

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

Volum 26, 2022

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



Institut
d'Estudis
Catalans

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

COMITÈ EDITORIAL

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

COMITÈ CIENTÍFIC

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

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

Volum 26, 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: agost 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

Reflexions per a una simplificació i modernització de les formes testamentàries i l'adequació del llibre quart del Codi civil de Catalunya a la nova regulació de la discapacitat,
per Antoni Vaquer Aloy 11

Llei 8/2022, de l'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears: una visió des d'Eivissa i Formentera,
per Àngel Custodio Navarro Sánchez 31

Les mesures civils de protecció dels fills i filles de dones víctimes de violència masclista,
per Mònica Navarro-Michel 75

El cens emfitèutic com a dret real de garantia i com a mecanisme de pagament,
per Pedro del Pozo Carrascosa 109

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya,
per Rosa Barceló Compte 137

Novetats processals en el control del clausulat abusiu: la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea durant l'any 2022,
per Antoni Mut Piña 147

Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2022, de 29 de noviembre, sobre la inconstitucionalidad del Decreto ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados, <i>per Alejandro Fuentes-Lojo Rius</i>	161
Reciprocitat i desequilibri econòmic en els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial, <i>per Gemma Rubio Gimeno</i>	173
MISCEL·LÀNIA	
Jornada «Reptes professionals en la contractació de crèdits hipotecaris», coordinada per Miriam Anderson i Esther Arroyo, de la Universitat de Barcelona, i Laura Alascio, de la Universitat Oberta de Catalunya <i>per Enrique Peruga Pérez</i>	197
Webinar: «Financial Services & Transparency», coordinada per Miriam Anderson i Esther Arroyo, de la Universitat de Barcelona, i Laura Alascio, de la Universitat Oberta de Catalunya <i>per Enrique Peruga Pérez</i>	200

ESTUDIS

REFLEXIONS PER A UNA SIMPLIFICACIÓ I MODERNITZACIÓ DE LES FORMES TESTAMENTÀRIES I L'ADEQUACIÓ DEL LLIBRE QUART DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA A LA NOVA REGULACIÓ DE LA DISCAPACITAT

Antoni Vaquer Aloy
Catedràtic de dret civil
Universitat de Lleida

Resum

L'article proposa una actualització del dret de successions en matèria de formes testamentàries. Per un costat, la supressió del testament tancat. Per l'altre, la reconfiguració del testament hològraf, amb inspiració en l'antic testament *parentum inter liberos*, de manera que només s'hi puguin fer atribucions al cònjuge o convivent en parella estable i als fills, a fi d'evitar la judicialització excessiva. Alhora, es proposa donar entrada a les noves tecnologies sense que quedi afectada l'autenticitat en la forma hològrafa.

Paraules clau: testament, testament tancat, testament hològraf, *parentum inter liberos*, noves tecnologies.

REFLEXIONES PARA UNA SIMPLIFICACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS Y LA ADECUACIÓN DEL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA A LA NUEVA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Resumen

El artículo propone una actualización del derecho de sucesiones catalán en materia de formas testamentarias. Por un lado, la supresión del testamento cerrado. Por el otro, la reconfiguración del testamento ológrafo, con inspiración en el antiguo testamento *parentum inter liberos*, de modo que solo admita atribuciones al cónyuge o al conviviente y a los hijos, con el fin de evitar la excesiva judicialización. Ulteriormente, se propone dar entrada a las nuevas tecnologías sin que quede afectada la autenticidad en la forma ológrafa.

Palabras clave: testamento, testamento cerrado, testamento ológrafo, *parentum inter liberos*, nuevas tecnologías.

THOUGHTS ON A SIMPLIFICATION AND MODERNIZATION OF TESTAMENTARY FORMS IN BOOK 4 OF THE CATALAN CIVIL CODE

Abstract

This paper proposes an update of the Catalan inheritance law in terms of testamentary forms. On the one hand, the suppression of the secret will. On the other hand, the reconfiguration of the holographic will, seeking inspiration in the ancient *parentum inter liberos*, so that it only admits attributions to the spouse or cohabitant and children, to avoid excessive judicialization. Subsequently, it is proposed to allow the use of new technologies without affecting the authenticity of the holographic form.

Keywords: will, secret will, holographic will, *parentum inter liberos*, new technologies.

1. INTRODUCCIÓ

Aquest no és el primer treball en què proposo fer algunes reformes en el llibre quart del Codi civil de Catalunya. L'han precedit una ponència a les Jornades de Tossa¹ i dos articles, un a l'*Anuario de Derecho Civil*² i l'altre a la *Revista Catalana de Dret Privat*.³ Crec que les reformes que proposava en aquests dos treballs previs segueixen essent raonables, per bé que, quant a les formes testamentàries, a continuació en formularé de noves, tot evitant repetir les que es contenen en l'Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya (CCCat),⁴ amb la majoria de les quals estic substancialment d'acord amb el benentès que no es proposa cap reformulació de la llegítima.⁵

1. A. VAQUER ALOY, «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Els reglaments europeus i l'evolució del dret de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2019, p. 403-457.

2. A. VAQUER ALOY, «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, núm. 3 (2020), p. 1067-1095.

3. A. VAQUER ALOY, «Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el dret civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 22 (2020), p. 77-105.

4. Última versió publicada: <<https://governobert.gencat.cat/ca/transparencia/Organitzacio-i-normativa/normativa-en-tramit/jus/en-tramit/llei-actualitzacio-codi-civil#bloc4>> (consulta: 5 novembre 2022).

5. Per això jo tampoc no formularé cap reforma en relació amb la llegítima; les orientacions bàsiques de la meva opinió ja es troben a A. VAQUER ALOY, «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima»,

2. FORMES TESTAMENTÀRIES

El dret civil català vigent accepta tres negocis *mortis causa*: el testament, el codicil i la memòria testamentària. Quant a la seva forma, el testament i el codicil poden ser notariais i hològrafs. Al seu torn, la forma notarial pot ser oberta (art. 421-13 CCCat) o bé tancada (art. 421-14 a 421-16 CCCat). Pel que fa al testament tancat, s'admet la forma electrònica en un suport durador i amb signatura electrònica (art. 421-14.2 CCCat). El codicil admet les mateixes formes que el testament (art. 41-20.3 CCCat). La memòria testamentària està gairebé mancada de formalitats, ja que només s'exigeix que tots els fulls estiguin signats pel testador, per bé que el seu contingut és limitat perquè només es pot referir a mobles i amb el límit del 10 % del valor del cabal relict (art. 421-21 CCCat).

Aquesta varietat de formes testamentàries, que es podria saludar des del punt de vista de la llibertat de testar, atès que facilita al causant diversos canals per a expressar la seva darrera voluntat, té una virtualitat pràctica escassa. Segons l'estadística, el 98 % dels testaments atorgats durant l'any 2021 van ser notariais oberts,⁶ la qual cosa significa que la resta de formes són residuals. I, encara, si es presta atenció a la jurisprudència, hom s'adona que no hi ha casos sobre testaments tancats, i això condueix a pensar que, en realitat, la gran majoria dels testaments són notariais oberts i, per tant, la resta són testaments hològrafs. Quant a aquests, de l'estudi de la jurisprudència es pot deduir una conflictivitat important derivada del fet que no existeix control ni de l'autoria, ni de la capacitat testamentària, ni del contingut, ni tampoc del compliment de les solemnitats exigides per la llei (art. 421-17 a 421-19 CCCat).

D'altra banda, és oportú considerar que les noves generacions de ciutadans estan molt més avesades al format audiovisual que a l'escriptura i que, si més no en teoria, tenen moltes més habilitats en les noves tecnologies, per la qual cosa escau, també, fer alguna reflexió sobre l'entrada en acció més decidida dels mitjans electrònics, cosa que no es va fer l'any 2008 quan es va aprovar el llibre quart del CCCat, que es va limitar a incloure la forma tancada electrònica en uns termes que són, com s'analitzarà, criticables.

InDret, any 2007, núm. 3, p. 1-25. L'avantprojecte esmentat opta per mantenir les línies mestres, però re-dueix la llegítima en determinats supòsits —essencialment quant als ascendents—. Dit d'una altra manera, es prefereix anar-la comprimint que reformular-la sobre noves bases, com, per exemple, les que suggereix R. ZIMMERMANN, «So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ...», *Archiv für die Zivilistische Praxis*, vol. 222, núm. 1 (2022), p. 3-55. La proposta ha transcendit als diaris: B. KÖHLER i R. ZIMMERMANN, «Schafft den gesetzlichen Pflichtteil ab!», *Frankfurter Allgemeine*, 18 d'octubre de 2022, disponible a <www.faz.net/aktuell/wirtschaft/schafft-den-gesetzlichen-pflichtteil-ab-18396162.html?GEP=s3> (consulta: 5 novembre 2022). Vegeu una proposta de regulació d'un dret d'aliments contra l'herència a R. ZIMMERMANN *et al.*, *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, p. 123-129.

6. Es pot consultar a <www.notariado.org/portal/-/herencias-testamentos-y-donaciones-crecion-a-doble-d%C3%ADgito-en-2021-como-consecuencia-de-la-pandemia> (consulta: 5 novembre 2022).

La proposta que es fa a continuació parteix de la tradició jurídica i és moderada, en el sentit que només planteja la modificació d'allò que sembla estrictament necessari per a acomodar les formes testamentàries no només a les necessitats actuals, sinó també a les previsiblement futures.

2.1. EL TESTAMENT NOTARIAL TANCAT

El testament notarial tancat es confecciona en dues fases: primer, el testador escriu el testament, o el fa escriure per algú, amb les garanties que la llei estableix (art. 421-14 CCCat); després, es presenta el testament al notari i, si escau, als testimonis, i s'estén l'acta d'atorgament (art. 412-15 CCCat). És un testament que permet una major privacitat perquè, un cop escrit, s'ha d'introduir en un sobre i tancar-lo, de manera que el notari desconeix la voluntat testamentària. Per tant, tot i que és un testament notarial, s'escriu privadament, sense l'assessorament del notari i sense que aquest en sàpiga el contingut.

El testament notarial tancat és un testament escrit, per bé que es pot escriure mitjançant un ordinador, a diferència del testament hològraf, tot ell manuscrit. A més, s'admet la forma electrònica,⁷ de manera que no cal imprimir el text de l'arxiu digital en paper, sinó que es pot protocol·litzar el mitjà durable que conté l'arxiu. En tot cas, s'exigeix la signatura electrònica, cosa que implica que mancarà de validesa si només se signa manuscritament o bé s'hi insereix una firma manuscrita continguda en un arxiu electrònic fotogràfic (per exemple, en format .jpeg, .png o .tiff), malgrat que és el que s'aproxima més a l'exigència de signatura del testador en qualsevol de les formes testamentàries. La redacció legal —«si el testament electrònic s'ha redactat en suport electrònic»— és prou àmplia i inconcreta per a admetre com a testament tancat tant un text escrit amb un processador de textos com un text mecanoscrit escanejat i després signat digitalment,⁸ per bé que en aquest darrer cas, com ja s'ha dit, tampoc no és vàlida la signatura manuscrita ni en un arxiu electrònic fotogràfic.

Existeix una causa d'incapacitat específica per a atorgar un testament tancat: no saber o no poder llegir (art. 421-14.5 CCCat). La raó és que en aquest cas el testador no pot verificar el contingut del sobre clos ni, per tant, el seu testament vertader.

7. El suport informàtic o la signatura electrònica no treuen el caràcter notarial al testament tancat en aquesta modalitat, com bé indica A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio», a E. LLAMAS POMBO, N. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ i E. TORAL LARA (dir.), *El nuevo derecho de las discapacidades*, Madrid, La Ley, 2022, p. 369-420, esp. p. 381.

8. Vegeu J. M. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El nou dret successori del Codi civil de Catalunya*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, p. 77-112, esp. p. 103-104.

La doctrina catalana ha rebut amb reticència el testament tancat digital. Jou Mirabent, que es mostra partidari de suprimir en general el testament tancat, adverteix dels riscos de la modalitat electrònica del testament tancat, ateses la dificultat de la perdurabilitat del suport i dels programaris i la caducitat del certificat digital, si transcorre un cert temps entre l'atorgament i l'obertura de la successió.⁹ En efecte, entre l'atorgament del testament i l'obertura de la successió pot transcórrer un període prou llarg i aleshores pot passar que el programari utilitzat per a crear l'arxiu digital ja no sigui compatible amb el nou entorn, la qual cosa podria impedir conèixer el contingut del testament. A més, existeix el risc del pirateig (*hacking*) de les nostres dades digitals, tant de la signatura electrònica que hi ha en el fitxer informàtic¹⁰ com de l'ordinador on està emmagatzemat. El desenvolupament de la pirateria informàtica,¹¹ fins i tot encara que s'incorporin dades biomètriques, suscita el dubte de si allò que apareix com a testament expressa en realitat la voluntat del testador, la identitat digital del qual pot haver estat suplantada. Si això s'esdevé, és evident que el testament ja no respon a la màxima que la voluntat del testador és la llei de la successió. I si s'aconsegueix provar, el testament és nul. Encara que s'imposi el requisit formal de la signatura electrònica reconeguda, és a dir, la signatura electrònica avançada basada en un certificat reconegut i generada mitjançant un dispositiu segur de creació de signatura (art. 3.3 de la Llei 59/2003, del 19 de desembre, de firma electrònica), això no assegura completament l'autenticitat del testament.¹²

9. L. JOU MIRABENT, «Art. 421-14 CCCat», a J. EGEA FERNÀNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. 1, Barcelona, Atelier, 2009, p. 209-215, esp. p. 214. En el mateix sentit, vegeu A. VAQUER ALOY, «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», p. 446-447.

10. Vegeu, per exemple, la publicació en línia *The Hacker News*, <<https://thehackernews.com/2021/02/shadow-attacks-let-attackers-replace.html>> (consulta: 5 novembre 2022). En el document nacional d'identitat (DNI) electrònic s'han detectat problemes de seguretat (<www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-11-09/dni-policia-certificado-digital-ciberseguridad_1475201/>; consulta: 5 novembre 2022). Del risc de suplantació del testador han advertit J. FERRER RIBA, «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, p. 15-32, esp. p. 32, i J. M. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, «El testamento en el nuevo libro iv del Código civil de Cataluña», p. 110 i 112.

11. Fins i tot les considerades ultrasegures criptomonedes, a causa de l'ús de la tecnologia de cadena de blocs o *blockchain*: <www.lavanguardia.com/economia/20220203/8032107/criptomonedas-piratas-robo-wormhole.html> (consulta: 5 novembre 2022).

12. No es pot compartir, doncs, l'afirmació que aquest requisit «se justifica en la necesidad de acreditar la identidad del testador ya que, de no ser así, podría suplantarse su identidad con la consiguiente falsificación del documento testamentario» (C. A. CALAZA LÓPEZ, «Art. 706.III CC», a M. P. GARCÍA RUBIO i M. J. MORO ALMARAZ (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2022, p. 523-530, esp. p. 529, amb relació al nou article 706.III del Codi civil espanyol, que reproduïx fil per randa l'article 421-14.2 CCCat, incís segon, ja que la realitat demostra la seva insuficiència.

Per consegüent, tenint en compte la nul·la transcendència pràctica del testament tancat i els problemes que suscita la seva variant digital, sembla raonable suprimir aquesta forma testamentària en el nostre dret de successions.

2.2. EL TESTAMENT HOLÒGRAF

Les formalitats associades al testament hològraf han romàs invariables en el Codi civil de Catalunya. Se segueix exigint que estigui totalment escrit a mà pel mateix testador i que hi constin la data i el lloc de l'atorgament i la signatura de l'atorgant, que ha de ser igualment manuscrita. L'única concessió és que fa prescindible la indicació del lloc o la data de la redacció del testament «si es poden acreditar d'alguna altra manera» (art. 422-1.2 CCCat). El legislador, doncs, no dona cap entrada a les noves tecnologies.

Cal recordar que la forma hològrafa no era una forma admesa en la tradició jurídica catalana i que la seva incorporació es va produir com a conseqüència de l'aplicació supletòria que va fer el Tribunal Suprem de la regulació del Codi civil espanyol en la matèria.¹³

D'altra banda, els testaments hològrafs presenten una litigiositat elevada. L'ús total o parcial d'elements mecànics en l'escriptura,¹⁴ l'existència o no d'un veritable *animus testandi*¹⁵ i els dubtes sobre l'autenticitat de l'autografia¹⁶ o la capacitat del

13. A. M. BORRELL I SOLER, *El Còdic civil a Catalunya*, Barcelona, Fidel Giró Impressor, 1904, p. 339-342. Després, E. SAGUER, «Forma ològrafa de testar (1906/5)», a M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL i Á. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Revista La Notaria: 150 años*, vol. II, *Fundamentos e instituciones del derecho de Cataluña. Fonaments i institucions del dret de Catalunya*, Barcelona, J. M. Bosch i Col·legi Notarial de Catalunya, 2008, p. 604-607.

14. Per exemple, Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Barcelona (Secció Dissetena) del 22 de novembre de 2018 (Roj: SAP B 11837/2018), sobre un testament amb les clàusules dispositives en part manuscrites i en part mecanografiades, que es reputa nul. Aquesta sentència s'ha de comparar amb la Interlocutòria de l'Audiència Provincial (IAP) de les Illes Balears del 17 de novembre de 2004 (Roj: AAP IB 398/2004), en què es valida un testament hològraf que s'ha fet utilitzant un formulari omplert a mà.

15. Per exemple, SAP de Barcelona (Secció Cartorzena) del 27 d'abril de 2021 (Roj: AAP B 3531/2021) i Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) del 16 de setembre de 2002 (Roj: STSJ CAT 10032/2002).

16. Per exemple, SAP de Barcelona (Secció Primera) del 20 de setembre de 2021 (Roj: SAP B 10633/2021), en què, malgrat que una testimoni afirmava que la testadora va escriure el testament davant seu i que una prova pericial en ratificava l'autoria, el Tribunal estima la nul·litat de la prova i es decanta per una altra que en negava l'autoria, sobre la base del caràcter no indubtable del document utilitzat per a confrontar la cal·ligrafia. Val a dir que la beneficiària del testament nul era la neta de la veïna.

testador,¹⁷ com a conseqüència de la privacitat en l'atorgament, són només algunes de les qüestions recurrents en les resolucions judicials.

Una actualització de la forma testamentària hològrafa respectuosa amb la tradició jurídica consisteix a posar a disposició dels testadors un testament amb menys formalitats que el testament notarial quan el contingut de la disposició de darrera voluntat és susceptible de generar poca litigiositat. A l'ensem, ha arribat l'hora d'obrir la porta amb menys timidesa a les noves tecnologies. Cal tenir en compte, en aquest sentit, que la poca complexitat de les clàusules dispositives és un element que la jurisprudència té en compte en casos que susciten dubtes sobre la validesa del testament.¹⁸ En definitiva, la proposta representa una modernització del testament *parentum inter liberos*, que va estar vigent fins al Codi de successions del 1991.

2.2.1. *El testament «parentum inter liberos»*

La doctrina catalana considerava el testament *parentum inter liberos*, d'origen romà,¹⁹ una forma privilegiada,²⁰ ja que el testament era vàlid malgrat no haver acudit a la forma nuncupativa.²¹ Ara bé, calia respectar unes determinades formalitats: l'escriptura a mà del testador i la indicació de la data de l'atorgament en lletres, no pas números. I el contingut era limitat: originàriament només podia incloure disposicions a favor dels fills, que després es van ampliar al cònjuge, però només quant al dret d'usudefruit, ja que qualsevol llegat que atribuís el dret de propietat esdevenia nul. Aquest contingut limitat als fills és precisament el que justificava el privilegi, tal com testimo-

17. Per exemple, SAP de les Illes Balears del 30 de juliol de 2019 (Roj: SAP IB 1716/2019) i SAP de València del 5 de juliol de 2019 (Roj: SAP V 2138/2019).

18. A tall d'exemple, Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 19 de setembre de 1998 (Roj: STS 5223/1998), STSJ del 17 de novembre de 2011 (Roj: STSJ CAT 10808/2011), SAP de Barcelona (Secció Dinovena) de l'1 de febrer de 2021 (Roj: SAP B 536/2021) i SAP de Lleida del 10 de març de 2022 (Roj: SAP L 233/2022).

19. Més en concret, en el dret romà tardà. S'atribueix a l'emperador Constantí en el Codi teodosià 2, 24, 1 (J. IGLESIAS, *Derecho romano*, Madrid, Ariel, 1982, p. 660; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, «La mujer y las disposiciones *inter liberos*», a J. GARCÍA SÁNCHEZ (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Madrid, BOE, p. 906).

20. G. BROCA i J. AMELL, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, vol. II, Barcelona, Imprenta Barcelonesa, 1886, § 647; A. M. BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña: Tomo V. Sucesiones por causa de muerte*, Barcelona, Bosch, 1944, p. 42-43; J. PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, J. Horta, Impresor, 1918, p. 131.

21. C. SIEBEN, *Disputatio jurídica inauguralis de testamento parentum inter liberos*, Harderovicus, Apud Viduam Alb. Sas & A. Olofs, 1725: «Dixit privilegium, ratio quoniam omni solemnitate extrinseca est liberatum».

niava Fontanella.²² La *Memoria* de Duran i Bas recull fidelment aquesta concepció del testament *parentum inter liberos* en el seu article 252:

El testamento *inter liberos*, o sea el que, prescindiendo de toda otra solemnidad externa, otorgue el ascendiente en favor de sus descendientes sin favorecer a ninguna otra persona que no sea el cónyuge para dejarle el usufructo, será válido mediante que el testador escriba de su propio puño la fecha del mismo, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señale a cada uno, expresándolas en letras y no en cifras o guarismos. En este testamento no podrá desheredarse a los descendientes.

A continuació, l'article 253 de la *Memoria* sancionava amb la nul·litat qualsevol altra disposició distinta de les esmentades.²³

Ara bé, un cop introduït pel Tribunal Suprem per la via de la supletorietat el testament hològraf del Codi civil, el privilegi perdia el seu sentit perquè ja no existien diferències formals significatives entre ambdós. El projecte de Compilació del 1955, en conseqüència, va establir un privilegi distint: el testament *parentum inter liberos* no estava sotmès a cap termini per a la seva protocol·lització, de manera que no caducava.²⁴ Aquesta regulació es va convertir en l'article 101.4 de la Compilació del

22. J. P. FONTANELLA, *Decisiones sacri regii Senatus Cathaloniae*, t. 1, Lugduni, 1668, dec. 203, núm. 7 i 8. Aquest autor indicava un segon privilegi: calia la revocació expressa d'aquest testament (núm. 9 i seg., atès que era favorable als fills), llevat que el nou testament fos igualment *inter liberos*, idea que mantenen F. M. F. [1870], «Testamentos *inter liberos*. Como deben ser revocados en Cataluña», a M. GARRIDO MELEIRO, J. M. FUGARDO ESTIVILL i Á. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Revista La Notaria: 150 años*, p. 589-593, i J. PELLA y FORGAS, *Código civil de Cataluña*, p. 128-129. Aquest segon privilegi no es va incorporar al text de la Compilació.

23. M. DURAN y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883, p. 292-293, on hi ha l'explicació de la regulació proposada. Amb redaccions diferents, els projectes privats d'apèndix no presenten variacions substancials; tot i això, els de F. ROMANÍ PUIGDENGOLAS i J. D. TRIAS y GIRÓ, *Ante-proyecto de apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona, 1903, art. 451, y J. ALMEDA, *Ante-proyecto de apéndice del derecho catalán*, Barcelona, s. d., art. 99, no inclouen el cònjuge entre els possibles afavorits. L'Avantprojecte del 1952 autoritza a fer llegats a favor d'estranyos o a favor del cònjuge, distints del d'usdefruit si no excedeixen la vuitena part de l'herència (art. 215), i incorpora la norma de revocació especial expressa d'aquest testament *inter liberos* (art. 216).

24. *Proyecto de compilación del derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1955, art. 232.II: «El testamento ológrafo en el que el testador otorgue disposiciones a favor de sus descendientes y no de ninguna otra persona excepto su cónyuge para dejarle el usufructo, no estará sujeto a plazo alguno para su protocolización» (s'ha utilitzat l'edició *Proyecto d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1995). En la versió de la *Revista Jurídica de Catalunya*, la redacció varia lleugerament: «Si contiene [el testamento hológrafo] disposiciones a favor únicamente de todos los descendientes del testador o, en su caso, además a su cónyuge para dejarle el usufructo, no estará sujeto a plazo alguno para su protocolización»; cal notar el «todos», que converteix el testament

dret civil especial de Catalunya del 1960 i, després, de la Compilació del dret civil de Catalunya, text refós del 1984. Tanmateix, aquest privilegi de la manca de caducitat provocava una inseguretat jurídica evident, ja que en qualsevol moment, fins i tot si havia transcorregut molt de temps, podia aparèixer un testament.²⁵ Aquesta és la raó en què va fonamentar la supressió el preàmbul del Codi de successions: «Els articles 120 i 121 regulen el testament hològraf prescindint de l'especialitat *parentum inter liberos* pel que fa a la seva caducitat per raons de seguretat jurídica».²⁶

2.2.2. La forma hològrafa en una reforma del dret de successions

Òbviament, aquí no es proposa recuperar la tradició jurídica *tout court*, sinó trobar-hi inspiració. La idea de base és disposar d'una forma testamentària més senzilla quan les disposicions testamentàries només concerneixen els fills i el cònjuge. I aquesta idea segueix essent raonable. La proposta que es formula és, doncs, oferir als testadors dues formes testamentàries: l'habitual del testament notarial obert i una d'hològrafa exclusivament quan el testament atribueixi l'herència als fills i al cònjuge o convivent en parella estable. Recordem que en el testament hològraf no s'admet el desheretament, per la qual cosa tots els fills, i el cònjuge si així ho volia el testador, han de rebre alguna atribució. Aquesta atribució ha de ser suficient, almenys, per a cobrir el que els correspongui per la llegítima estricta. No només el desheretament, sinó també la preterició, comporten la nul·litat d'aquest testament. La raó és evitar la litigiositat en la mesura que es pugui. En definitiva, es tracta d'un testament de repartiment de l'herència, de contingut senzill i sotmès a un mínim de solemnitats inferior a les del testament notarial.

Per fills cal entendre qualsevol fill i filla, independentment del tipus de filiació. Ara bé, cal tenir en compte que el desheretament i la preterició són aliens a aquesta forma hològrafa. Per consegüent, en cas de premoriència d'algun dels fills, els seus descendents legitimaris hauran de ser considerats en el testament en els termes suara indicats.²⁷ Quant al cònjuge o convivent en parella estable, l'atribució ja no ha d'estar

parentum inter liberos en un testament particional literalment, en el qual participen no només els fills, sinó tots els descendents).

25. Vegeu X. Roca Ferrer, «Art. 101 CC», a M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 1, Madrid, Edersa, 1982, p. 82.

26. Vegeu un exemple d'aquesta inseguretat a J. Marsal Guillamet, *El testament*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2000, p. 279. És per això que L. Puig Ferriol i E. Roca Trias, *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, t. II, Barcelona, Bosch, 1979, assenyalaven, quan era vigent la Compilació, que, més que un testament privilegiat, el que succeïa era que hi havia dues modalitats de testament hològraf: la del Codi civil espanyol i la pròpia de Catalunya.

27. L. Puig Ferriol i E. Roca Trias, *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, p. 239, entenen

limitada a l'usdefruit i, evidentment, esdevé aplicable, com en qualsevol altre testament, la previsió de l'article 422-13 CCCat si es produeix la crisi del matrimoni o s'extingeix la convivència de la parella estable.

Quant a les formalitats, i com ja s'ha expressat, cal prescindir amb decisió del requisit de la constància del lloc perquè no aporta res a l'autenticitat del testament hològraf.²⁸ En efecte, la clau de volta del testament hològraf és l'autenticitat de l'autoria. Per això cal seguir mantenint el requisit de l'autografia, ja que la lletra permet constatar, mitjançant la prova cal·ligràfica, que és el testador qui ha escrit el testament. No obstant això i sempre que es garanteixi la comprovació de l'autenticitat, la simplificació formal permetria donar entrada a les noves tecnologies. L'escriptura també té lloc si s'utilitza un llapis digital en un telèfon intel·ligent o una tauleta tàtil, tenint en compte que el Codi civil de Catalunya admet ja des del 2008 el testament tancat electrònic i que es poden protocol·litzar els mitjans durables en què es conté l'arxiu informàtic originat amb l'escriptura del testament.²⁹ També es pot considerar l'admissió del format audiovisual, sempre que el vídeo ofereixi una visió prou àmplia del testador que permeti excloure *prima facie* qualsevol situació de pressió (amenaces, violència) per part d'altri. La incorporació de noves tecnologies, d'altra banda, pot fer més atractiu el testament a les noves generacions. La data hi ha de constar sempre, ja sigui per escrit, ja sigui perquè l'arxiu informàtic o audiovisual genera per si sol la data de creació. En efecte, cal mantenir el requisit de la data perquè pot determinar la capacitat del testador o l'eficàcia de determinades disposicions. Com fins ara, no cal precisar com s'ha d'escriure la data, ni exigir que sigui completa si es pot situar el testament en un moment temporal sense que quedi qüestionada l'eficàcia de les disposicions testamentàries. Evidentment, si les metadades de l'arxiu informàtic palesen qualsevol modificació posterior a la defunció del causant, el testament serà nul.

Pel que fa al contingut, s'ha de circumscriure a la institució d'hereu i als llegats. La complexitat que comporten les substitucions pupilar i fideïcomissària, en les seves diverses modalitats, les exclou d'aquesta forma testamentària. El mateix passa amb la designació del beneficiari d'instruments d'estalvi i previsió, que ja té prou canals per a fer-se, amb independència que, com ja es va dir en un altre lloc, sigui peremptori el desenvolupament de l'article 421-23 CCCat, o dels marmessors. No hauria de ser possible revocar un testament obert notarial anterior, però sí un altre testament hològraf.³⁰ Tampoc el reconeixement de fills, però sí el nomenament de càrrecs tutelars i

que el testador podia nomenar hereu qualsevol dels descendents, encara que no fos fill seu, mentre tots els fills rebessin la seva llegítima.

28. A. VAQUER ALOY, «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», p. 434-436.

29. Vegeu A. VAQUER ALOY, «Nuevas tecnologías y derecho de sucesiones», a C. BAYOD (dir.), *Persona y derecho civil: Los retos del siglo XXI: (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles)*, València, Tirant lo Blanch, 2022, p. 245-268.

30. És evident que la possibilitat de fer còpies il·limitades del testament planteja un problema amb re-

d'administradors dels béns dels fills menors. Cal insistir-hi: la reducció de les solemnitats només la justifica la senzillesa del contingut del testament.

Com fins ara, aquest testament hològraf ha de ser adverat i protocol·litzat. Tanmateix, si es dona entrada a les noves tecnologies, seria raonable escurçar el termini per a procedir a l'adveració i la protocol·lització, tenint en compte l'obsolescència tan ràpida tant del maquinari (*hardware*) com del programari (*software*). Per exemple, una reducció a la meitat del termini actual sembla raonada.

2.3. EL CODICIL

El codicil reuneix els mateixos requisits formals que el testament (art. 421-20.3 CCCat). Per consegüent, el que s'ha dit fins ara val per al codicil. Tanmateix, la distinció entre testament i codicil la determina el contingut respectiu: la institució d'hereu és aliena al codicil (art. 421-20.2 CCCat). La causa rau en els principis successoris, en particular el principi de necessitat de la institució d'hereu: la validesa del testament requereix la institució d'hereu (art. 422-1.3 CCCat), i la manera de salvar de la nul·litat el màxim de la voluntat testamentària és disposar d'una altra forma testamentària la validesa de la qual no depengui de la institució d'hereu. Al capdavant, doncs, la raó de ser del codicil es troba en el principi de necessitat de la institució d'hereu.

La pervivència dels principis successoris ja fa temps que és qüestionada. Ho va fer en unes de les primerenques Jornades de Tossa Lluís Puig Ferriol.³¹ L'argument

lació a la revocació material del testament hològraf, que en aquest cas consistiria en l'esborrament de l'arxiu o la destrucció de l'ordinador, la tauleta tàtil, el mòbil o la memòria USB. I és que pot succeir que s'esborri una o alguna de les còpies, o es destrueixi la tauleta, però en resti alguna còpia, per exemple, al núvol. La *Uniform Electronic Wills Act* (UEWA), aprovada als Estats Units l'any 2019 per la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, formula un seguit de regles en el comentari a la secció 7, l'apartat (2) de la qual admet la revocació material del testament electrònic: un acte de revocació material en alguna còpia pot ser suficient per a tenir per revocat el testament, encara que subsisteixin altres còpies; imprimir una còpia i escriure-hi «revocat» pot tenir eficàcia com a acte revocatori, també si s'escriu en un dels arxius informàtics; tanmateix, enviar un correu electrònic en què es manifesti que s'ha revocat o que es revoca el testament està mancat d'eficàcia revocatòria, ja que la manifestació no es conté en el mateix testament. Alguna d'aquestes regles em sembla perillosament inconcreta. Al meu parer, l'únic arxiu original és el que es troba en el disc dur de l'ordinador, la tauleta tàtil o el telèfon intel·ligent que s'ha utilitzat per a la redacció, i la resta són còpies, per la qual cosa no tenen el mateix valor que l'original. Per això, només la supressió de l'arxiu en el disc dur i la destrucció del disc dur han de conduir a presumir la revocació del testament, presumpció *iuris tantum* que permet que qualsevol persona interessada pugui acreditar que la destrucció d'una còpia sí que evidencia la voluntat revocatòria. Novament, la idea de base és no obrir excessivament la porta a impugnacions oportunistes dels testaments atorgats.

31. LL. PUIG FERRIOL, «Els principis successoris catalans: present i futur», a CÀTEDRA DE DRET CIVIL CATALÀ «DURAN I BAS», *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa: La reforma de la Compilació: el sistema successori*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1985, p. 39-60. Vegeu en el

principal era l'afectació que representa a la llibertat de testar haver d'instituir necessàriament un hereu, o designar un marmessor universal que supleixi la institució. Ferrer i Riba,³² que va ser clau en la revisió del Projecte de llei del llibre quart del Codi civil de Catalunya, va afirmar que «[h]om no sap molt bé per què s'insisteix —a no ser per un desig identitari— en uns principis carregats d'excepcions i abandonats per tots els països de tradició jurídica romanista». Cal concedir que en la pràctica els principis successoris no han suscitat gaire problemes d'aplicació, més enllà de determinar l'aplicació de la clàusula codicil·lar (art. 422-6.1 CCCat) i convertir el pretès testament en codicil, però cal reconèixer que han patit algun sotrac, en especial en la regulació dels testaments confirmatoris (art. 422-9.4 CCCat) i la dels merament revocatoris (art. 422-9.5 CCCat), fins al punt que el preàmbul de la Llei 10/2008, que aprova el llibre quart, admet que es facin «excepcions o modulacions» als principis. En tot cas, és cert que afegeixen una complexitat segurament innecessària a la successió³³ i que coarten la llibertat testamentària pel fet que cal que el testador consideri almenys un hereu o un marmessor universal, i així es palesa en un grapat de sentències relatives, precisament, a testaments hològrafs.³⁴ Si no té altra transcendència pràctica que activar la clàusula codicil·lar, se'n pot prescindir. Sobretot si es pren en consideració la idea d'una forma hològrafa de contingut més senzill quan es tracta d'ordenar la successió entre els fills i el cònjuge o convivent en parella estable: que s'hagi d'instituir un o més hereus es converteix en un obstacle de difícil comprensió per al testador que opta per aquesta modalitat. En conseqüència, és oportú revisar els principis successoris, també pel que fa a la resta de principis que condueixen a poca cosa més que a una aversió a la successió parcialment intestada i a

mateix volum F. SOTO NIETO, «Principios sucesorios vigentes en el derecho civil especial de Catalunya. Conveniencia de su revisión», p. 253-262, qui opina similarment. A més, vegeu M. PÉREZ SIMEÓN (1999), «Incompatibilidades entre las sucesiones universales testamentaria e intestada en el “Codi de Successions” de Catalunya», a M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL i Á. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Revista La Notaria: 150 años*, p. 473-508, esp. 501.

32. J. FERRER i RIBA, «El nou dret català de successions», *InDret*, any 2008, núm. 4, p. 1. Vegeu, extensament, E. BOSCH CAPDEVILA, «La trajectòria històrica del principi *nemo pro parte* en el dret civil català», *Revista de Dret Històric Català*, núm. 1 (2001), p. 13-91, esp. p. 69-80 quant al debat previ al Codi de successions.

33. Igualment, M. ANDERSON, «Art. 422-9 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, p. 301.

34. Entre d'altres, STSJc del 5 d'abril de 2004 (consultable a L. PUIG FERRIOL, *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2004*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2006, p. 202 i seg.), SAP de Girona del 19 de maig de 2022 (Roj: SAP GI 691/2022; l'Audiència revoca la sentència de primera instància, que declarava la nul·litat del testament perquè entenia que sí que hi havia institució d'hereu), SAP de Lleida del 13 de febrer de 2013 (Roj: SAP L 115/2013; sobre l'eficàcia d'un contracte interpretatiu que postulava que el document hològraf contenia la institució d'hereu) i SAP de Barcelona del 8 de febrer de 2006 (Roj: SAP B 1114/2006; l'Audiència revoca la sentència de primera instància, que declarava la nul·litat del testament perquè entenia que sí que hi havia institució d'hereu).

prohibir les condicions resolutòries, la qual cosa, de retruc, fa del tot prescindible la figura del codicil en el nostre dret de successions.³⁵

2.4. LA MEMÒRIA TESTAMENTÀRIA

Quelcom semblant es proposa per a la memòria testamentària. La manca gairebé total de formalitats, llevat de la signatura manuscrita o electrònica, actua com a contrapès de la limitació del seu contingut: només s'hi pot fixar el destí de béns mobles el valor dels quals no ultrapassi el 10% del valor del cabal relict (art. 421-17 CCCat). El fet que s'introdueixi un testament hològraf amb escasses formalitats i sense limitacions quant al valor dels béns relictes fa igualment innecessari conservar les memòries testamentàries com a negoci per causa de mort.

3. L'ADEQUACIÓ DEL DRET DE SUCCESSIONS A LA CONVENCIÓ DE NOVA YORK DEL 2006

La reforma necessària del nostre dret de successions ve determinada per l'aplicació de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, signada a Nova York el 2006. Mitjançant el Decret llei 19/2021, del 31 d'agost, es va adaptar el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat. La modificació més vistenta és la supressió de la incapacitació judicial i l'establiment de mesures de suport quan siguin necessàries per a un exercici ple de la capacitat jurídica en condicions d'igualtat amb la resta de persones. De retruc, el legislador català ha suprimit la tutela i la curatela per a les persones majors d'edat i ha establert com a figura central l'assistència, que pot tenir o no funcions representatives.³⁶ I és que hi ha un grapat d'articles en què encara apareix la incapacitació: 421-9, 422-11.2, 425-10, 426-37.2, 428-6.4, 429-14, 431-12.3 i 461-24 CCCat. No escau, doncs, la solució automàtica de suprimir l'esment de la incapacitació o de mutar «persona incapacitada»

35. M. GARRIDO MELERO (1996), «La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el derecho catalán actual», a M. GARRIDO MELERO, J. M. FUGARDO ESTIVILL i Á. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Revista La Notaria: 150 años*, p. 609-656, esp. p. 619, ja assenyalava que la dualitat testament-codicil «no está presente en la sociedad jurídica civil actual».

36. Amb més detalls, vegeu A. VAQUER ALOY, «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad», a F. LLEDÓ YAGÜE, M. P. FERRER VANRELL, M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA i F. LÓPEZ SIMÓ (dir.), *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*, Madrid, Dykinson, 2023, p. 481-513; J. RIBOT IGUALADA, «El suport a l'exercici de la capacitat jurídica», a A. VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, 4a ed., Barcelona, Atelier, 2022, p. 309-340.

per «persona assistida». Ben al contrari, entenc que cal atendre la finalitat concreta de cada precepte.

3.1. LA CAPACITAT PER A TESTAR

Com qualsevol altre negoci jurídic, l'atorgament del testament requereix, per a la seva validesa, que la persona atorgant tingui prou capacitat de voler i entendre. La Convenció de Nova York i la seva implementació no alteren aquest principi bàsic, ja que presumeix que qualsevol persona, amb discapacitat o sense, té aquesta capacitat. En aquest sentit, entenc que els articles 421-3 i 421-4 CCCat, en la seva redacció vigent, no susciten cap qüestió de compatibilitat amb la Convenció, sempre que s'interpretin d'acord amb el seu esperit.

En canvi, l'article 421-9 CCCat ha de ser reformat perquè parteix de la incapacitació de la persona que vol atorgar un testament. La idea que el notari vulgui assegurar-se i contrastar amb l'opinió mèdica que la persona que vol testar té prou capacitat en aquell precís moment, no és contrària a la Convenció, ja que, com s'acaba de dir, la validesa del testament i de qualsevol altre negoci que vulgui atorgar la persona depèn de la seva aptitud mental de voler i comprendre'n les conseqüències jurídiques. Ara bé, en un context en què es presumeix la capacitat jurídica de qualsevol persona, la redacció del precepte ha de palesar l'excepcionalitat del supòsit de fet: ha de ser excepcional que el notari autoritzant tingui dubtes raonables sobre la capacitat d'enteniment de l'atorgant. Aquests dubtes només s'han de plantejar quan l'autoritat judicial no hagi disposat mesures de suport per a l'atorgant; i, si n'ha disposat, la sentència haurà d'haver especificat si la persona pot atorgar testament o no. Certament, tot i això el notari pot tenir dubtes, en particular si ha transcorregut un cert temps entre l'adopció de les mesures de suport i la seva eventual revisió periòdica, i el moment de l'atorgament.

Per consegüent, la reforma d'aquest article hauria de prescindir de la incapacitació i s'hauria de centrar en si el notari té dubtes raonables que, excepcionalment, la persona que vol testar no té prou lucidesa en aquell precís moment.³⁷ El recurs a facultatius que dictaminin sobre la capacitat d'enteniment de l'atorgant es pot mantenir igualment, i és una oportunitat per a clarificar la rellevància del certificat mèdic, de quin tipus de facultatius s'ha de tractar i, si es manté el nombre de dos facultatius, com s'ha de resoldre la discrepància que pugui existir entre ells. El notari, certament,

37. L. JOU MIRABENT, «Art. 421-9 CCCat», a J. EGEA FERNÀNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, p. 186-187, considera suprimible la previsió relativa a la persona no incapacitada. No obstant això, amb la desaparició de la incapacitació judicial, sembla que seria escaient disposar d'una norma comuna per a aquells supòsits en què el notari autoritzant tingui dubtes raonables, independentment de si l'atorgant és una persona amb discapacitat o no.

és qui acaba decidint, ja que només ell emet el judici de capacitat (art. 421-7 CCCat), però el dictamen pericial dels metges és clau en els casos d'impugnació del testament per manca de capacitat.

3.2. LA CAPACITAT PER A SER TESTIMONI

L'article 421-11 CCCat s'ocupa de la idoneïtat dels testimonis i el seu apartat 2a enumera, entre les persones no idònies, les que són incapaces per a testar. Per tant, les consideracions que s'han fet quant a la capacitat per a testar són traslladables aquí, llevat que en aquest cas no es pot recórrer als dos facultatius, sinó que és el notari qui decideix sense l'ajut de cap expert. La redacció s'avé amb la Convenció de Nova York, ja que no discrimina negativament en funció de la discapacitat. Igual que en la capacitat per a testar, però, els supòsits d'inidoneïtat han de ser excepcionals, ja que es presumeix que tota persona és capaç per a fer de tot.

3.3. LA SUBSTITUCIÓ EXEMPLAR

L'article 425-10 CCCat regula la substitució exemplar, prevista per a les persones «incapacitades judicialment». Però, atès que la incapacitació judicial ha estat suprimida, l'article ha de ser modificat, amb el benentès que val la pena mantenir vigent aquesta figura i que no s'oposa a la Convenció de Nova York.³⁸ Segons la meva

38. La substitució exemplar ha estat eliminada del Codi civil espanyol probablement perquè s'ha entès que és incompatible amb la Convenció de Nova York i la interpretació que es proposa (vegeu els detalls de la tramitació parlamentària a J. P. APARICIO VAQUERO, «Art. 776», a M. P. GARCÍA RUBIO i M. J. MORO ALMARAZ (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, p. 549-557; és més crítica C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Sustitución ejemplar: su errónea e injustificada desaparición y los problemas de interpretación de la disposición de derecho transitorio cuarta del Código civil», a M. P. REPRESA POLO i M. T. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Modificaciones sucesorias, discapacidad y otras cuestiones: una mirada comparativa*, Madrid, Reus, 2022, p. 165-177). La supressió s'ha defensat recalcant el caràcter personalíssim del testament, ja que així es reforça la llibertat de testar de les persones amb discapacitat i s'evita la substitució de la seva voluntat que comporta que els ascendents testin pel descendent amb discapacitat (M. P. GARCÍA RUBIO, «Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3 (2018), p. 179-180; M. E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, BOE, 2020 p. 353-354. A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 282, considera la supressió coherent amb la nova concepció de l'estatut de la persona amb discapacitat. Aplaudeix la supressió sense donar-ne els motius L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad», a E. MUÑOZ ESPADA (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*,

opinió, no hi ha cap contradicció amb la Convenció si queda palès que la substitució exemplar només pot tenir com a subjecte la persona la discapacitat de la qual la priva completament de l'exercici de la seva capacitat jurídica i li impedeix atorgar un testament vàlidament. En efecte, per molt que s'hagi de presumir la capacitat jurídica plena de tota persona, tingui o no discapacitat, és un fet innegable que hi ha persones que, per raó de la seva discapacitat, no han pogut formular ni expressar mai una voluntat pròpia. En conseqüència, aquestes persones no podran atorgar un testament vàlid, la qual cosa implica que, inevitablement, moriran intestades. I això comporta que els seus béns es repartiran de manera igualitària entre els seus successors abintestats, amb independència de quina hagi estat la seva actitud envers ella. La substitució exemplar permet, entre altres coses, modular aquesta successió afavorint més els qui hagin tingut cura de la persona substituïda, per la qual cosa la figura ha estat qualificada com una institució de protecció de la persona.³⁹

No hi ha motiu suficient per a suprimir del dret successori català la substitució exemplar, una institució que, a més, en la pràctica s'emptra, precisament, en interès dels descendents discapacitats. El que cal és eliminar la referència a la incapacitació judicial i que la redacció deixi ben clar que la persona substituïda només pot ser una persona que no pot exercir la seva capacitat jurídica per a atorgar testament perquè no té ni pot expressar una voluntat testamentària, i que la substitució ordenada queda sense efecte si canvien les circumstàncies i la persona pot formar i expressar la seva voluntat. La previsió legal que la substitució només pot beneficiar qui ha cuidat fins

Madrid, Wolters Kluwer, 2020, p. 33). En contra de la supressió perquè entén que és compatible amb la Convenció de Nova York, vegeu R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 113 (2021), p. 64-68; C. PÉREZ RAMOS, «La supresión de la sustitución ejemplar: problemas y posibles soluciones», a M. B. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (dir.), *Sistema de apoyos para personas con discapacidad*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 280-285; P. BOTELLO HERMOSA, «La sustitución ejemplar y su incomprensible supresión en el anteproyecto de Ley de 2018 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», a E. MUÑOZ ESPADA (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, p. 397-419. Vegeu un resum de les diverses posicions a J. ALVENTOSA DEL RÍO (2022), «Reformas en derecho de sucesiones», a J. R. de VERDA Y BEAMONTE, (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, València, Tirant lo Blanch, p. 478-483.

39. Vegeu, en particular, C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La sustitución ejemplar como medio de protección de la persona*, Madrid, Reus, 2018. Comparteix la seva opinió S. de SALAS MURILLO, «Reconsideración de la prohibición de suceder: el caso del tutor o curador», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 35 (2019), p. 75-76. Vegeu també, de ja abans, M. MEDINA ALCOZ (2011), «La protección de las personas discapacitadas a través de la sustitución ejemplar», a J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, La Ley, esp. p. 953-954; també en la mateixa línia, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021», p. 412, i M. ESPEJO LERDO DE TEJADA (2022), «Un epitafio y algunas dudas sobre la sustitución ejemplar», a M. GARCÍA MAYO i G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, p. 669-672.

a la mort la persona amb discapacitat⁴⁰ no és en absolut forassenyada i mereix una reflexió serena sobre la seva oportunitat.

3.4. L'AUTORITZACIÓ DE TERCERES PERSONES PER A LA DISPOSICIÓ DE BÉNS FIDEÏCOMESOS

D'acord amb l'article 426-37.2 CCCat, «[e]l fideïcomitent pot facultar el fiduciari a alienar o gravar béns fideïcomesos amb l'autorització d'una o diverses persones designades amb aquesta finalitat», la incapacitació de les quals determina que el fiduciari pot disposar sense autorització, llevat que la voluntat del fideïcomitent sigui una altra. La *ratio* del precepte, com la dels que s'aborden a continuació, en particular el relatiu al cessament de la marmessoria, és que la manca de capacitat d'obrar determina la ineficàcia de la disposició testamentària o el cessament en un càrrec de caire personalíssim.⁴¹ En termes actuals, en què capacitat jurídica i capacitat d'obrar s'han fusionat, perquè es presumeix la capacitat de totes les persones, tinguin o no discapacitat, el que esdevé determinant és que la persona tingui l'exercici ple de la seva capacitat jurídica; si, a causa d'una discapacitat, la persona necessita un suport representatiu per a l'exercici complet de la seva capacitat jurídica, ja no és ella qui decideix per si sola i, per molt que l'assistent hagi de respectar la seva voluntat, els seus desitjos i les seves preferències (art. 226-2.2 CCCat), l'autorització perd el seu sentit, atès que el fideïcomitent va dipositar la confiança en el criteri d'aquella persona. És lògic, doncs, que quan la mesura de suport tingui un efecte representatiu, la previsió testamentària relativa a l'autorització esdevingui ineficaç.

3.5. INEFICÀCIA DE LES PROHIBICIONS DE DISPOSAR EN UN TESTAMENT

L'article 428-6.4 CCCat disposa que si la prohibició de disposar en un testament està condicionada a l'autorització d'una o més persones, esdevé ineficaç quan aquella o totes «esdevenen incapaces». Atès que el precepte fa referència a la incapacitació judicial, cal substituir aquesta figura per l'establiment judicial de mesures de suport amb efecte representatiu, ja que llavors la persona amb discapacitat no pot exercir

40. Vegeu els arguments d'A. MUÑOZ CALVO, «Reflexiones sobre la sustitución ejemplar a propósito del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Notarios y Registradores* (blog), 8 de març de 2020, <www.notariosyregistradores.com/web/normas/futuras-normas/la-sustitucion-ejemplar-en-el-anteproyecto-de-ley-sobre-discapacidad/> (consulta: 11 novembre 2020).

41. Vegeu A. CUMELLA GAMINDE (2009), «Art. 426-37 CCCat», a J. EGEA FERNÀNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, p. 665.

amb plenitud la seva capacitat jurídica. La *ratio* és idèntica a la del supòsit del subapartat anterior.

3.6. CESSAMENT DELS MARMESSORS

Entre les causes de cessament dels marmessors, càrrec també personalíssim, l'article 429-14 CCCat esmenta la «incapacitat sobrevinguda». La norma és paral·lela a la de l'article 622-33.1c CCCat en matèria d'extinció del mandat, llevat que aquest precepte empra la terminologia «modificació judicial de la capacitat», que igualment s'ha d'entendre superada per l'aplicació de la Convenció de Nova York. En aquest cas, seria oportú modificar l'article en el sentit que l'establiment de mesures de suport judicial amb efecte representatiu, que comporten que la persona amb discapacitat no pot exercir per si sola la seva capacitat jurídica, ha de comportar el cessament del marmessor —i el del mandatari.

3.7. LA MODIFICACIÓ O RESOLUCIÓ DEL PACTE SUCCESSORI

L'article 431-12.3 CCCat considera la modificació o resolució d'un pacte successori en el cas que l'atorgant sigui «menor o incapaç» atès que li manca la «capacitat d'obrar plena». No és adequada, només, la referència a la persona incapaç —que no és el mateix que incapacitada—, sinó, també, l'esment de la capacitat d'obrar plena, que és una terminologia que, arran de l'adequació al Conveni de Nova York, ja no és apropiada. En aquest cas, però també en altres articles —en particular, per la relació que tenen, l'article 431-4 CCCat—, seria convenient que la norma tingués com a destinatàries persones que necessiten mesures de suport per a exercir plenament la seva capacitat jurídica, de manera que sigui l'assistent amb funcions representatives qui hagi de consentir la modificació o resolució.

3.8. L'ADMINISTRACIÓ DE BÉNS ADQUIRITS PER TÍTOL SUCCESSORI

L'article 461-24 CCCat regula l'administració dels béns adquirits per títol successori: faculta el causant per a nomenar la persona que ha d'administrar i estableix a qui correspon l'administració en cas que no hi hagi designació voluntària. El precepte considera que l'adquirent dels béns sigui una persona menor d'edat o incapacitada. Extingida la incapacitació, l'administració de béns d'altri només pot afectar qui no té capacitat (el menor d'edat) o qui no pot exercir plenament la seva capacitat jurídica per causa d'una discapacitat. Per consegüent, en comptes d'una persona incapacitada, ara es tracta d'una persona amb mesures de suport ordenades per l'autoritat judicial i

amb funcions representatives, ja que són aquestes les persones que poden veure afectada l'administració dels béns propis.

D'altra banda, suprimida la tutela dels majors d'edat, l'administrador per defecte ja no ha de ser el tutor, sinó l'assistent amb facultats representatives.

Ara bé, el manteniment d'aquest precepte es pot qüestionar perquè la matèria també està regulada en el llibre segon del Codi civil de Catalunya, on probablement troba la seva ubicació més idònia (art. 222-41, 236-25 i 236-26 CCCat). Com s'ha assenyalat, el que és propi de les successions és que el causant concedeixi a l'administrador la facultat de prendre per si mateix possessió dels béns hereditaris, sense necessitat de recórrer a l'hereu.⁴² Si la regulació sobre el nomenament d'administradors especials se circumscriu al llibre segon, aleshores només caldria regular en el llibre quart l'autorització per a prendre possessió per si mateix, la qual podria encabir-se dins dels preceptes sobre llegats. També seria el moment idoni per a especificar que l'administrador està legitimat per a la *interrogatio in iure*, ja que, com es desprèn del mateix article 461-24 CCCat, la persona administradora no està legitimada per a acceptar l'herència, atès que no està cridada a adquirir l'herència, i, encara que es faci una interpretació generosa, en realitat no és una «persona interessada en la successió» en els termes que indica l'article 461-12.2 CCCat: el seu interès és l'administració, no l'herència, perquè no està cridada a adquirir-la.

42. E. BOSCH CAPDEVILA, «Art. 461-24 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, p. 1544-1546.

LLEI 8/2022, DE L'11 DE NOVEMBRE, DE SUCCESSION VOLUNTÀRIA PACCIONADA O CONTRACTUAL DE LES ILLES BALEARS: UNA VISIÓ DES D'EIVISSA I FORMENTERA¹

Ángel Custodio Navarro Sánchez

Secretari de l'Administració local

Vocal del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears

Vocal del Consell Assessor de Patrimoni Immaterial de les Illes Balears

Resum

L'aprovació de la Llei 8/2022, de l'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, constitueix una fita històrica en el desenvolupament, la protecció i el reconeixement dels drets civils a l'arxipèlag en matèria hereditària, enfront del que

1. Sobre la nova Llei, vegeu aquests articles nostres, d'abast sencer o en part: Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2022a), «Un exemple reeixit de desenvolupament, protecció i reconeixement del dret civil d'Eivissa i Formentera: la recent Llei 8/2022, d'11 de novembre, sobre successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears», en *El Pitiús 2023: Almanac per a Eivissa i Formentera*, Eivissa, Institut d'Estudis Eivissencs, p. 178-186; Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2022b), «“Salvo el derecho de propiedad...” ¿Se cumple exactamente esa cláusula en las Illes Balears, en particular en el supuesto de las licencias urbanísticas en el suelo rústico?», *Revista Digital CEMCI* (Diputació de Granada, Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional [CEMCI]), núm. 56 (octubre-desembre), p. 1-37, disponible en línia a <<https://revista.cemci.org/numero-56/pdf/trabajos-de-evaluacion-3-salvo-el-derecho-de-propiedad-se-cumple-exactamente-esa-clausula-en-las-illes-balears.pdf>>; Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2023a), «La nova Llei de modernització dels pactes successoris a les Balears i Pitiüses», *Diario de Mallorca*, 13 de gener de 2023, secció «Opinió», p. 26, disponible en línia a <www.diariodemallorca.es/opinion/2023/01/13/nova-llei-modernitzacio-dels-pactes-81116006.html>; Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2023b), «La nova Llei de modernització dels pactes successoris a les Balears i Pitiüses», *Diario de Ibiza*, 15 de gener de 2023, secció «Opinió», p. 16, disponible en línia a <www.diariodeibiza.es/opinion/2023/01/15/nova-llei-modernitzacio-dels-pactes-81186166.html>; Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2023c), «Recompte de pactes successoris possibles segons la Llei 8/2022», *Missèr: Revista de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears* (Palma: Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears), núm. 136 (gener-març), secció «Opinió», p. 38-41, disponible en línia a <[www.icaib.org/tecnologia-aliada-en-el-numero-136-de-misser/#lightbox\[gallery204363\]/0](http://www.icaib.org/tecnologia-aliada-en-el-numero-136-de-misser/#lightbox[gallery204363]/0)>; Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2023d), «El dret civil Pitiús: desenvolupat, protegit i reconegut en la novíssima Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears», en *Eivissa*, Eivissa, Institut d'Estudis Eivissencs (en premsa).

fins ara preveïen, de manera molt limitada, els llibres respectius de la Compilació de dret civil de les Illes Balears.

Estam davant d'un text, redactat pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears i amb la participació també del Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera, que ha assumit de manera plena el Parlament de les Illes Balears i s'ha aprovat unànimement, per via meteòrica, entre el 20 de juliol i el 25 d'octubre de 2022.

L'exposició de motius i el text normatiu evidencien, en matèria de successió paccionada o contractual, l'existència innata de les Balears «estrictes» (Mallorca i Menorca), per una banda, i de les Pitiüses, per l'altra. I els drets civils respectius, que en virtut d'aquesta norma s'han actualitzat i modernitzat degudament, sens perjudici de preservar els principis que els són propis i característics. Amb la nova Llei, el dret civil propi d'Eivissa i Formentera presenta fins i tot més mostres de pactes successoris que el dret civil de Mallorca (i Menorca).

La regulació transcendeix, en tot l'arxipèlag, la mera regulació civil i afecta també la consideració dels drets civils respectius com a elements cabdals de la cultura i el tarannà de cada illa. L'enfortiment de la competència civil pel conjunt de poders autonòmics queda evidenciat clarament i s'inicia un camí que pot implicar una ampliació orgànica d'aqueixos drets civils de manera indubtable.

Paraules clau: pluralitat de drets civils en matèria successòria, arxipèlag les illes Balears i les Pitiüses, diversitat de pactes.

LEY 8/2022, DEL 11 DE NOVIEMBRE, DE SUCESIÓN VOLUNTARIA PACCIONADA O CONTRACTUAL DE LAS ISLAS BALEARES: UNA VISIÓN DESDE IBIZA Y FORMENTERA

Resumen

La aprobación de la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Islas Baleares, constituye un hito histórico en el desarrollo, la protección y el reconocimiento de los derechos civiles en el archipiélago en materia hereditaria, frente a lo que hasta ahora preveían, de forma muy limitada, los respectivos libros de la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares.

Estamos ante un texto, redactado por el Consejo Asesor de Derecho Civil de las Islas Baleares, con participación también del Consejo Asesor de Derecho Civil Propio de Ibiza y Formentera, que ha asumido de forma plena el Parlamento de las Islas Baleares y que se ha aprobado unánimemente, y por vía meteórica, entre el 20 de julio y el 25 de octubre de 2022.

La exposición de motivos y el texto normativo evidencian, en materia sucesoria paccionada o contractual, la existencia innata de las Baleares «estrictas» (Mallorca y Menorca), por un lado, y de las Pitiusas, por el otro. Y de los derechos civiles respectivos, que en virtud de esta norma se han actualizado y modernizado debidamente, sin perjuicio de preservar los principios que les son propios y característicos. El derecho civil propio de Ibiza y Formentera presenta con la nueva Ley, incluso, más muestras de pactos sucesorios que el derecho civil de Mallorca (y Menorca).

La regulación trasciende, en todo el archipiélago, a la mera regulación civil y afecta también a la consideración de los respectivos derechos civiles como elementos primordiales de la cultura y el talante de cada isla. El fortalecimiento de la competencia civil por el conjunto de los poderes autonómicos queda claramente evidenciado y se inicia un camino que puede implicar una ampliación orgánica de esos derechos civiles de forma indudable.

Palabras clave: pluralidad de derechos civiles en materia sucesoria, archipiélago de las islas Baleares y las Pitiusas, diversidad de pactos.

LAW 8/2022, 11TH NOVEMBER, ON CONTRACTUAL SUCCESSION ON BALEARIC ISLANDS LAW: A VIEW FROM EIVISSA AND FORMENTERA

Abstract

The approval of Law 8/2022, of November 11, on pacified or contractual voluntary succession of the Balearic Islands constitutes a historical milestone in the development, protection and recognition of civil rights in the archipelago in hereditary matters, compared to what until now was foreseen, in a very limited way, in the respective books of the Compilation of Civil Law of the Balearic Islands.

We are facing a text, drafted by the Advisory Council of Civil Law of the Balearic Islands, with the participation of the Advisory Council of Civil Law of Eivissa and Formentera, which has been fully assumed by the Parliament of the Balearic Islands, and has been unanimously approved, and meteorically, between July 20 and October 25, 2022.

The exposition of motives and the regulatory text show, in matters of pacified or contractual succession, the innate existence, of the «strict» Balearic Islands (Mallorca and Minorca), on the one hand, and of the Pitiüses Islands, on the other. And the respective civil rights, which under this rule have been duly updated and modernized, without prejudice to preserving the principles that are their own and characteristic of them. The civil law of Eivissa and Formentera presents with the new law, even more samples of succession agreements than the civil law of Mallorca (and Minorca).

Regulation transcends, in all the archipelago, mere civil regulation, and also affects the consideration of the respective civil rights as key elements of the culture and character of each island. The strengthening of civil competition, by the set of autonomic powers, is clearly evidenced; and a path begins that may involve an organic expansion of those civil rights in an undoubted way.

Keywords: plurality of civil rights in succession, archipelago of the Balearic Islands and Pitiüses, diversity of covenants.

1. UN CAMÍ INICIAT LA TARDOR DEL 2018

Fruit de l'aprovació de la Llei 7/2017, del 3 d'agost, de modificació de la Compilació de dret civil de les Illes Balears (disposició addicional cinquena), es creà el Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears com a òrgan permanent de consulta i assessorament al Govern i al Parlament de les Illes Balears i als consells insulars quan aquestos ho sol·licitin, en matèria de dret civil de l'arxipèlag. En aquest òrgan estan representades en paritat dones i hòmens i, igualment en paritat, hi estan representades les quatre illes, i s'hi reconeixen l'existència i les funcions del Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera (hereu de l'anterior Consell Assessor per al Manteniment, la Conservació i la Defensa del Dret Foral d'Eivissa i Formentera), adscrit al Consell Insular d'Eivissa, però amb representació del Consell Insular de Formentera.

La vàlua d'aqueixa Llei del 2017 és considerable perquè establí l'única eina possible —i viable— d'avenç per a la modificació i el desenvolupament del dret civil d'Eivissa i Formentera, del dret civil de Mallorca i del dret civil de Menorca, des de la pluralitat innata d'aquests drets civils (i no des d'un dret civil balear genèric), des de la seua consideració com a molt més que estricta matèria jurídica, perquè implica també el reconeixement de la identitat profunda dels quatre pobles illencs i dels respectius caràcters i tarannàs, imbricat tot en la cultura de cada illa. I les diferents maneres de ser. En el fons es tracta, per la via civil, d'una plasmació de l'article 1.1 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, segons la redacció vigent, fruit de la Llei orgànica 1/2007, del 28 de febrer, que, tot i la seva rúbrica «Illes Balears», esmenta i cita de manera exhaustiva la pluralitat constitutiva interna, innata a tot l'arxipèlag:

La nacionalitat històrica que formen les illes de Mallorca, de Menorca, d'Eivissa i de Formentera, com a expressió de la seva voluntat col·lectiva i en l'exercici del dret a l'autogovern que la Constitució reconeix a les nacionalitats i les regions, es constitueix en comunitat autònoma dins el marc de la pròpia Constitució i del present Estatut.

Aquesta qüestió és refermada de manera absoluta en l'article 12.4 del propi Estatut, rubricat «Principis rectors de l'activitat pública» i que de manera ben clara estableix:

Les institucions pròpies [Parlament de les Illes Balears, Govern de les Illes Balears, Presidència de les Illes Balears i els quatre consells insulars] han d'orientar la funció de poder públic en el sentit de consolidar i desenvolupar les característiques de nacionalitat comuna dels pobles de Mallorca, Menorca, Eivissa i Formentera, així com les peculiaritats de cada illa com a vincle de solidaritat entre si.

I si bé és cert que l'Estatut es refereix —en l'article 30.27— a la competència exclusiva de la comunitat autònoma per a la conservació, la modificació i el desenvolupament del dret civil propi de les Illes Balears, la manera efectiva de poder-ho articular, per l'evidència de la matèria en la història i en el present, és fent-ho des del dret civil propi *de cadascuna* de les illes Balears.

El Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears es constituí davant la Presidència de les Illes Balears, al Consolat de Mar, a la ciutat de Palma, el 23 d'octubre de 2018, en la legislatura passada, i el 2 de març de 2020, en aquesta que ara acaba, i en col·laboració permanent amb el Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera, amb impuls sobretot en aquests dos darrers anys (malgrat la pandèmia, en moltes reunions per via electrònica), ha aconseguit lliurar al Govern i al Parlament de les Illes Balears un text tècnic consensuat sobre una matèria importantíssima per a tot l'arxipèlag i el dret civil respectiu: la Proposta de llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears.

Formar part d'aquest òrgan assessor, per a l'illa de Formentera, junt amb una companya formenterera (Pilar Serra Escandell) i les dos companyes eivissenques (Olga Cardona Guasch i Maria Torres Bonet), com a representants de les Pitiüses, junt amb els companys mallorquins i menorquins, és tot un honor, i per això ara, amb modèstia i humilitat, vull fer partícip l'opinió pública del conjunt de territoris de parla catalana del que, al meu parer, significa aquest text, vigent des de fa menys d'un mes.

2. UN CAMÍ QUE HA ARRIBAT A BON PORT ENTRE L'ESTIU I LA TARDOR DEL 2022

En efecte, el text redactat es va aprovar, com és més que notori, com a Proposició de llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, el juliol del 2022, al Parlament de les Illes Balears, per unanimitat dels grups de la Cambra;² es va prendre en consideració, també per unanimitat, el setembre del 2022;³ es va tramitar

2. *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* (BOPIP), núm. 164 (15 juliol 2022), p. 9387-9402, disponible en línia a <<http://web.parlamentib.es/webgtp/scripts/UnRegExpn.asp?CFnumExp=102022PLEX-0003>>.

3. Segons el que es deriva de l'acord adoptat el 20 de setembre de 2022. Així es conté en el *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears*, x legislatura, núm. 132 (20 setembre 2022), disponible en línia a <<http://web.parlamentib.es/repositori/PUBLICACIONS/10/ple/PL-10-132.pdf>>. És prou significatiu que dels vuit diputats que hi intervingueren, tots a favor, de diferents tendències polítiques, per a referir-se al dret civil propi de l'arxipèlag, tres parlin de «dret foral», terme que no apareix ni en l'Estatut, ni en la Compilació, ni en la nova Llei, però és suficientment explícit per a evidenciar un fet diferencial de l'arxipèlag i de la seua història i cultura: així ho van fer els diputats Lafuente i Mir (Grup Parlamentari [GP] Popular), Rodríguez i Farré (GP VOX-Actua Baleares) i Sanz i Igual (GP Mixt). A més, la diputada Pilar Costa i Serra (GP Socialista), per a referir-se a l'actual Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa

per procediment directe i en lectura única el dia 25 d'octubre de 2022,⁴ i es va aprovar al Parlament per unanimitat el 25 d'octubre de 2022,⁵ atès que es va considerar una llei tècnica de fàcil discussió i tramitació. No podem deixar de dir que, casualitats de la vida, aqueix dia 25 d'octubre se celebra la festivitat de Sant Frutos (eremita, de l'època visigoda més tardana; en castellà *San Frutos*, també conegut com *San Frutos Pajarero* o *San Frutos de Segovia*); i sembla que, com que estan en joc els fruits civils i les herències en vida, el sant ha fet honor al seu nom i ha obrat el «miracle» que la Llei s'aprovi precisament en aqueixa jornada.

I ara cal referir-se a la Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, publicada en el número 148 (17 de novembre de 2022) del *Butlletí Oficial de les Illes Balears* (BOIB) (versió catalana, p. 46210-46230, disponible en línia a <<https://intranet.caib.es/eboibfront/ca/2022/11652/666583/llei-8-2022-d-11-de-novembre-de-successio-voluntar>>; versió castellana, p. 46950-47971, disponible en línia a <<https://intranet.caib.es/eboibfront/es/2022/11652/666583/ley-8-2022-de-11-de-noviembre-de-sucesion-voluntar>>). En el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* (BOPIB) es va publicar abans, l'11 de novembre de 2022, en el número 180 (p. 10082-10097, disponible en línia a <<http://web.parlamentib.es/repositori/PUBLICACIONS/10/bopibs/bopib-10-180.pdf>>). Va entrar en vigor, segons la disposició final tercera, dos mesos després d'haver-se publicat en el BOIB, el dia 17 de gener de 2023, festivitat de Sant Antoni. Així mateix, s'ha publicat en el número 290 (3 de desembre de 2022) del *Boletín Oficial del Estado* (BOE) (p. 165790-165814), com a Llei 8/2022, de l'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual

i Formentera, parlà de la «Comissió de Dret Foral d'Eivissa i Formentera», segurament en atenció al nom que des del 1998 fins al 2010 tengué el consell assessor civil pitius: Consell Assessor per al Manteniment, la Conservació i la Defensa del Dret Foral d'Eivissa i Formentera.

4. BOPIB, núm. 173 (30 setembre 2022), p. 9809, dia 25 d'octubre de 2022, «Agenda», disponible en línia a <www.parlamentib.es/Actividad/Actividad.aspx>.

5. *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears*, x legislatura, núm. 138 (25 octubre 2022), «IV. Adopció d'acord sobre la proposta de la Mesa d'aplicar el procediment directe i en lectura única a la Proposició de llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears (RGE núm. 5476/22)», p. 8449, i «V. Debat i votació, si n'és el cas, de la Proposició de llei de successió voluntària paccionada o contractual», p. 8449-8454, disponible en línia a <<http://web.parlamentib.es/repositori/PUBLICACIONS/10/ple/PL-10-138.pdf>>. Feim esment que, en aquesta sessió definitiva sobre l'assumpte, dels vuit diputats que intervingueren, tots a favor i de diferents tendències polítiques, per a referir-se al dret civil propi, cinc empraren el terme «dret foral» i, en alguna ocasió, inclús el de «dret foral civil», expressions que no apareixen ni en l'Estatut, ni en la Compilació, ni en la nova Llei, però expliciten un concepte ple d'*autocronia* en cadascuna de les illes i en l'imaginari col·lectiu, no només jurídic: així ho van fer els diputats Lafuente i Mir (GP Popular), Méndez i Baiges (GP Ciudadanos) i Sanz i Igual (GP Mixt) i les diputades Sans i Regis (GP Unidas Podemos) i Costa i Serra (GP Socialista), que igualment parlà de la «Comissió de Dret Foral d'Eivissa i Formentera». Vegeu «El Parlament aprova la llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears» (notícia), *Parlament de les Illes Balears* (blog), 25 d'octubre de 2022, disponible en línia a <www.parlamentib.es/webdocs/NoticiaPIB.aspx?id=3722>.

de les Illes Balears. Aquesta publicació al BOE està disponible en línia a: <www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-20278>.

Una cosa com aquesta —proposar una llei per unanimitat de tots els grups, tramitar-la per la via d'urgència i aprovar-la per unanimitat de tots— no és gaire comuna en el Parlament de les Illes Balears i evidencia que les forces polítiques han confiat plenament en el text que tècnicament ha elaborat el Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears amb la col·laboració del Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera. Fins i tot, i per tal d'evidenciar des del Consell Assessor de tot l'arxipèlag la necessitat de complir estrictament la legalitat vigent en matèria toponímica a la comunitat autònoma, en tot moment en llengua catalana (segons l'article 14.1 de la Llei 3/1986, de normalització lingüística a les Illes Balears), s'ha posat un èmfasi especial en el fet que el topònim *Eivissa*, l'únic legal, surti així —*Eivissa*, i no pas *Ibiza*— en la versió oficial castellana de la Llei. El mateix succeeix amb el topònim *Pitiüses*, que apareix escrit així, en la seua única forma legal, en la versió oficial en castellà de la Llei, i no pas amb la forma *Pitiusas*. I així, en català, és com s'han publicat tots dos topònims en la versió oficial castellana (també, per descomptat, en el BOE esmentat, núm. 290/2022, del 3 de desembre), la qual cosa constitueix una altra fita de la Llei, de cara a la publicació oficial dels topònims. Això, inexplicablement, per exemple, no ho compleix ni una llei tan significativa com la Llei 4/2022, del 28 de juny, de consells insulars, en la seua versió oficial en castellà.

La memòria tècnica del treball dut a terme, *Memòria interna explicativa del Projecte de llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears elaborat pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears*, es pot localitzar en línia, dins l'espai reservat pel Govern de les Illes Balears al Consell Assessor, en la pàgina web oficial de la Comunitat Autònoma: <www.caib.es/sites/conselldretcivil/f/406013>.

3. EL FONS JURÍDIC DEL TEXT DE LA NOVA LLEI: BREUS PINZELLADES

La rellevància del text queda palesa pel fet que deroga els articles 8-13, 50-51 (relatius al dret civil de Mallorca, també aplicables a Menorca des de l'aprovació de la Llei 7/2017; és a dir, vuit articles) i 72-77 (relatius al dret civil d'Eivissa i Formentera, és a dir, sis articles) de la Compilació de dret civil de les Illes Balears, aprovada com a text refós pel Decret legislatiu 79/1990, del 6 de setembre. És a dir, en total deroga catorze preceptes.

I ara la nova Llei passa a tenir:

— Vuitanta articles, repartits en tres títols: el títol I, «Disposicions comunes», articles 1-4; el títol II, «La successió contractual de les illes de Mallorca i Menorca», articles 5-50; el títol III, «La successió paccionada a les illes d'Eivissa i Formentera», articles 51-80.

- Dos disposicions addicionals; la segona, més que rellevant per al dret propi de cada illa, com es veurà.
- Una disposició transitòria única.
- Una disposició derogatòria única.
- Tres disposicions finals (la primera, «Títol competencial»; la segona, «Text refós», que té una repercussió especial en el supòsit del dret civil de les Pitiüses; la tercera, «Entrada en vigor»).

4. L'EXPOSICIÓ DE MOTIUS

En l'exposició de motius s'explicita, amb deteniment, el perquè d'una regulació renovada i actualitzada de la successió voluntària paccionada o contractual a l'arxipèlag, d'acord amb les necessitats dels nostres dies. I, tot seguit, es descriu i s'explica allò que, com a nova regulació, contenen cadascun dels títols i de les disposicions addicionals, la transitòria, la derogatòria i les finals.

Però més que el fons substantiu dels pactes successoris pròpiament dits, el joc de la nova regulació, les normes del dret civil comparat de les comunitats autònomes amb institucions similars i que han valgut per a inspirar-se en alguns supòsits, les innovacions sense equivalents, etc. —qüestions importants per a altres treballs i estudis específics fets per veus més qualificades que un mateix—, *el que ens interessa és com es tracta en la Llei allò que els pactes o contractes successoris representen en l'organigrama del dret civil d'Eivissa i Formentera, del dret civil de Mallorca i del dret civil de Menorca, i si, en això, la Llei ha desenvolupat, protegit i reconegut aqueixos drets.*

Curiosament i sense que la qüestió aparentment signifiqui res, la referència en el nom de la Llei a la *successió voluntària paccionada* (que apareix esmentada en primer lloc) es correspon amb el nom d'aquest tipus de successió a les illes d'Eivissa i Formentera (matèria que apareix tractada en el títol III), i la referència a la *successió contractual* (que apareix esmentada en segon lloc) es correspon amb el nom d'aquest tipus de successió a les illes de Mallorca i Menorca (matèria que apareix tractada en el títol II). Hi ha un encreuament singular, que enforteix el fons de la Llei, com es veurà, perquè, a l'hora de descriure la successió voluntària paccionada a les Pitiüses, també se la considera, en diversos articles, exemple de successió contractual. I també a Mallorca i Menorca es parla de pactes successoris.

Pel que fa al fons, la Llei dona una nova redacció a l'article 6 de la Compilació (precepte aplicable a Mallorca i Menorca) i diu que «[l]'herència es defereix per testament, per llei i pels contractes regulats en la Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears».⁶ De cara a Eivissa i Formentera no hi ha hagut canvis

6. Totes les cursives de les citacions textuais són nostres.

en la Compilació i es manté la redacció de l'article 69.1 originari: «La successió es defereix per testament, *per pacte* o per disposició de la Llei».

En l'exposició de motius, les referències als respectius drets civils —així, amb aquest nom— i al contingut i els principis propis de cadascun d'ells, *qüestió més que rellevant, són paleses des del començament*. Així ho explicam tot seguit, de manera necessàriament sintètica.

En aqueix sentit, llegim en el punt I:

El considerable augment en els darrers anys de l'ús dels negocis jurídics de successió paccionada o contractual per ordenar i planificar en vida la successió, l'augment de l'esperança de vida i els nous models de família, entre altres factors, han provocat el ressorgiment d'aquestes institucions *amb àmplia tradició jurídica a les Illes Balears, institucions que tenen les seves especialitats per a cada illa, que es troben en la Compilació i que també queden reflectides en aquesta llei amb una regulació diferent per illes*.

La reforma de la Compilació de dret civil de les Illes Balears de l'any 2017 ja va fer extensiva l'aplicació dels pactes successoris prevists per a Mallorca a l'illa de Menorca. La regulació en la Compilació és breu, i la falta d'una actualització davant una figura que ha augmentat el seu ús notablement, que es planteja, a més, la possibilitat que els estrangers també en puguin fer ús, d'acord amb les normes que estableix el Reglament successori europeu, fa necessària aquesta nova regulació.

En el punt II:

Pel que fa a la forma i l'estructura de la llei que ara es presenta, s'ha optat per separar els pactes successoris per illes i distingir els que són d'aplicació a Mallorca i Menorca dels d'Eivissa i Formentera, precedits d'un títol previ amb disposicions comunes que fan referència a aspectes com l'objecte o l'eficàcia de la norma. *D'aquesta manera es manté l'estructura de la Compilació i les seves particularitats, i es regulen en títols diferents els pactes successoris de Mallorca i Menorca i els pactes successoris d'Eivissa i Formentera*.

L'àmbit objectiu és merament descriptiu: la successió paccionada o contractual de les Illes Balears, *que no impedeix la reflexió futura sobre noves modalitats de pactes o l'aplicació de les figures d'unes illes a les altres, sempre, en aquest cas, salvaguardant la necessària adequació als principis successoris del dret civil propi de cada illa*.

En el cas de Mallorca i Menorca, el títol II s'ha dividit en tres capítols. El capítol primer recull les disposicions generals i comunes dels diferents tipus de pactes que es regulen per a aquestes dues illes (la donació universal i el pacte de definició), i es refereix als requisits de forma i capacitat, d'una banda, i a les regles d'interpretació i integració, de l'altra.

[...]

El títol III està dedicat als pactes successoris de les illes d'Eivissa i Formentera i també es divideix en tres capítols. El capítol primer conté les disposicions comunes a tots els pactes successoris pitiüsos, amb la salvaguarda que, per tradició, també s'han estipulat en capítols matrimonials, espòlits, la qual cosa evidencia l'especial vinculació del fet successori amb el règim econòmic matrimonial paccionat a les Pitiüses.

El capítol segon regula els pactes d'institució. La seva variada tipologia ha determinat la divisió interna del capítol en tres seccions: la primera, sobre aspectes generals; la segona, relativa als pactes d'institució a títol universal; finalment, la secció tercera preveu els pactes d'institució a títol singular.

En el punt III:

Aquesta llei regula els pactes existents avui, però amb possibilitat oberta a noves modalitats.

Després de les disposicions generals dels articles 5 a 10 ja esmentades, el capítol segon està dedicat a la donació universal de béns presents i futurs aplicable a les illes de Mallorca i Menorca.

Fins ara, aquesta figura es trobava regulada en els articles 8 a 13 de la Compilació de dret civil de les Illes Balears. Aquesta figura es caracteritza pel seu doble vessant: el caràcter successori (la donació universal atribueix al donatari la condició d'hereu universal del donant, amb caràcter general, de manera irrevocable) i la naturalesa contractual (que suposa la transmissió de béns de present, encara que no necessàriament de tot el patrimoni). Aquesta figura exigeix que sempre hi hagi una transmissió de present i no exigeix una relació de parentiu per tal que es pugui formalitzar la donació universal.

[...]

D'acord amb el principi d'unitat, el causant només pot atorgar una única donació universal. La possibilitat de renovar el pacte successori formalitzat inicialment entre els mateixos subjectes amb inclusió de nous béns no s'entén com un acte separat del primer.

En el punt IV:

El pacte de definició es regula en el capítol tercer i s'estructura en tres seccions: la primera conté les disposicions generals; la segona regula el pacte de definició limitada a la llegítima; i la tercera regula la definició per més de la llegítima, i fa referència a altres drets successoris que es preveu que podrien arribar a tenir.

[...]

[...]. S'ha prescindit de la tan comentada expressió «de veïnatge civil mallorquí», que ha estat una reivindicació generalitzada.

Es manté la intangibilitat de la llegítima en els termes de la Compilació.

En el punt v:

El títol tercer, seguint l'ordre previst en la Compilació, es dedica als pactes successoris a les illes d'Eivissa i Formentera, una de les institucions més definidores del dret civil pitiús. La seva importància es palesa històricament en els atorgaments d'espòlts, veritables cartes de constitució familiar, on s'establien les bases, ja no sols de l'economia conjugal, sinó de l'organització del patrimoni entre generacions, a través de la figura dels heretaments. La Compilació de 1961 se'n va fer ressò, però va ser la reforma de 1990 la que va desenvolupar la successió contractual, que a partir d'aleshores ja no hauria d'anar vinculada necessàriament al matrimoni.

Amb aquesta llei es fa una passa més, ja que aprofundeix en el tractament de la successió contractual, tot introduint normes dirigides a resoldre dubtes sorgits en la pràctica habitual, regulant de manera més completa i sistematitzada les diferents modalitats fins ara previstes en la Compilació, i afegint-ne de noves. La normativa territorial i urbanística aplicable en aquestes illes també es fa ressò dels pactes successoris pitiüsos i del seu ús i utilitat.

En el capítol primer, sobre disposicions generals, s'estableix un concepte ampli de pacte successori, susceptible d'abastar-ne la rica tipologia, com també se'n delimita àmpliament l'objecte: qualsevol tipus de béns o drets patrimonials no personalíssims. Així mateix, s'afirma la compatibilitat entre la successió contractual, la testada i la intestada, d'acord amb els principis que inspiren la successió mortis causa a Eivissa i Formentera. Com a novetat, es regulen la pluralitat i la compatibilitat de pactes successoris: el fet que s'hagi atorgat un pacte no n'impedeix la formalització posterior d'altres a favor de qualsevol persona. El pacte posterior que no contradigui l'anterior serà vàlid. A més, s'estableixen les pròpies regles d'interpretació i integració dels pactes successoris.

El capítol segon està dedicat als pactes successoris d'institució i se subdivideix en tres seccions. La secció primera conté els aspectes generals, és a dir, comuns a tots els pactes d'institució, amb les degudes innovacions d'acord amb la pràctica notarial i les necessitats de la societat actual, sempre tenint en compte la tradició d'Eivissa i Formentera sobre la matèria. [...]

[...]

En la secció segona es regulen els pactes d'institució a títol universal, els quals confereixen a la persona instituïda la condició d'hereu contractual i poden ser amb transmissió actual dels béns o sense aquesta transmissió actual de béns.

La secció tercera regula els pactes d'institució a títol singular, característics del dret civil pitiús, que confereixen a la persona instituïda la qualitat de legatària contractual, i també poden ser amb transmissió actual de béns o no.

Els articles 74 a 80 conformen el capítol tercer, i es dediquen als pactes de finiment o de renúncia. Per primera vegada se'n regulen diferents modalitats segons l'abast de la renúncia: finiment limitat a la llegítima i no limitat a la llegítima. Alhora, el finiment limitat a la llegítima podrà ser general o especial. [...]

A més, en el tractament del finiment especial s'han previst dues modalitats en funció dels béns presents sobre els quals s'atorga la renúncia, segons que es faci en consideració a tots o només en consideració a alguns béns del causant, d'acord amb el que estableix l'article 77.1.b. [...]

En el punt vi:

El text normatiu es tanca amb dues disposicions addicionals, la primera de les quals fa referència a una sèrie de modificacions normatives.

[...]

Finalment, a més d'una disposició derogatòria única que deroga els articles de la Compilació de dret civil de les Illes Balears sobre pactes successoris, hi ha tres disposicions finals. La primera conté el títol competencial; la segona, l'autorització al Govern de les Illes Balears per a la refosa total o només de les disposicions de les illes d'Eivissa i Formentera dins el text de la Compilació; i la tercera estableix l'entrada en vigor, que serà de dos mesos des de la publicació de la llei en el Butlletí Oficial de les Illes Balears.

5. EL CONTINGUT DE LA LLEI, EN GENERAL

La Llei, com és evident, tracta de plasmar les afirmacions anteriors en el text normatiu pròpiament dit i desenvolupa la qüestió en dos títols diferents, com ben diferents són el dret civil de Mallorca (i Menorca) i el dret civil d'Eivissa i Formentera. I, pel que fa al fons, l'article 4, del títol I, conté una regla que evidencia la força de cada llibre de la Compilació *per se*, per separat: el llibre I, «Disposicions aplicables a l'illa de Mallorca»; el llibre II, «Disposicions aplicables a l'illa de Menorca», per remissió explícita, en tot això, al de Mallorca; el llibre III, «Disposicions aplicables a les illes d'Eivissa i Formentera».

En aqueix sentit, feim nostra l'afirmació d'una persona tan significativa com el president del mateix Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, el notari mallorquí Bartolomé Bibiloni Guasp, en les primeres jornades organitzades sobre la Llei, «La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears» (organitzades pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears i l'Institut d'Estudis Autonòmics i

dutes a terme els dies 11, 17 i 25 de gener de 2023). En concret, en l'acte d'obertura de les Jornades el dia 11 de gener, des de Palma i per a tot l'arxipèlag per via telemàtica, en la seva conferència «Les línies generals de la Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears» Bibiloni digué:

Els dos títols de la llei, el II sobre *La successió contractual de les illes de Mallorca i Menorca* i el títol III, sobre *La successió paccionada a les illes d'Eivissa i Formentera, són com si es tractàs de dues lleis diferents*; per una banda el dret civil de Mallorca i Menorca en la matèria i, per l'altra, el dret civil d'Eivissa i Formentera.⁷

En sentit idèntic, en la segona sessió d'aqueixes mateixes Jornades, la del dia 17 de gener (dia d'entrada en vigor de la Llei), el lletrat mallorquí Miquel Àngel Mas i Colom, també membre del Consell Assessor esmentat, en la seva brillant intervenció «La donació universal de béns presents i futurs», sobre aquesta institució típicament mallorquina (i ara també menorquina), va explicar a propòsit de la justificació de la Llei:

Som unes illes. La mar que ens envolta marca el nostre marc mental, i també jurídic. Per això, més que dret civil balear, hem de parlar de dret civil de les Illes Balears i, en aquesta matèria dels pactes successoris, s'ha distingit clarament entre el dret civil de Mallorca i Menorca i el dret civil d'Eivissa i Formentera.⁸

La conferència final d'aqueixes Jornades, «Els pactes successoris a Eivissa i Formentera en la Llei 8/2022», impartida el dia 25 de gener per la lletrada eivissenca Olga

7. B. BIBILONI GUASP (2023), «Les línies generals de la Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears», en *Jornades. La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears. Palma, 11, 17 i 25 de gener de 2023 (sessions presencials i en línia)* (vídeo), Palma, Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autonòmics i Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears (col·l.), ponència del dia 11 de gener de 2023, disponible en línia a <www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/ca/2023_la_nova_regulacia_dels_pactes_successoris_a_les_illes_balears/>.

8. M. À. MAS I COLOM (2023a), «La donació universal de béns presents i futurs», en *Jornades. La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears. Palma, 11, 17 i 25 de gener de 2023 (sessions presencials i en línia)* (vídeo), ponència del dia 17 de gener de 2023, disponible en línia a <www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/ca/2023_la_nova_regulacia_dels_pactes_successoris_a_les_illes_balears/>. Vegeu, així mateix, M. À. MAS I COLOM (2023b), «Las herencias en vida pueden ser muy útiles e incluso pagar menos», entrevista de Miquel Adrover, *Diario de Mallorca*, 22 de gener de 2023, disponible en línia a <www.diariodemallorca.es/mallorca/2023/01/22/miquel-angel-herencias-vida-utiles-81467684.html>, i igualment publicat a *Diario de Ibiza*, 23 de gener de 2023, disponible en línia a <www.diariodeibiza.es/ibiza/2023/01/23/miguel-angel-herencias-vida-utiles-81677318.html>, on a la pregunta «¿Qué ha sido lo que ha llevado más debate jurídico por parte del Consell de Dret Civil a la hora de elaborar la ley?», Mas respon: «Ha sido un trabajo arduo de años. Lo más relevante es que Mallorca y Menorca tienen un derecho civil diferente a Eivissa y Formentera y debe fomentarse que cada isla realice su regulación».

Cardona Guasch, amb excel·lència i prou coneixement sobre tradició i modernitat en el dret civil pitiús, ho deixà ben clar:

La nova Llei no suposa un canvi dràstic, pel que fa a Eivissa i Formentera, i els pactes successoris, però sí un desenvolupament exhaustiu i amb detall de moltes i moltes coses, just a partir de la realitat del dret propi de les Pitiüses i de la seua estricta tradició. Així per exemple, en matèria de principis successoris, el dret d'Eivissa i Formentera és ben distint del dret de Mallorca i Menorca, i en seu de pactes successoris així es plasma clarament.⁹

En conseqüència, l'evidència dels tres llibres de la Compilació —i el que aquests representen, amb llurs principis interns innats— s'ha tengut prou en compte de cara a la redacció de la nova Llei, i s'han desenvolupat les respectives tradicions i pràctiques singulars del dret de cadascú, per illes; amb absoluta rotunditat i segmentació. Així es plasma, en fi, i amb prou claredat, en el treball de la mallorquina també vocal del Consell Assessor i catedràtica de dret civil de la Universitat de les Illes Balears Antònia Paniza Fullana, intitulat «Una primera aproximación a la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears»,¹⁰ publicat en el número 23 (2022) de la *Revista Jurídica de les Illes Balears*, on la referència a la tradició pròpia d'Eivissa i Formentera és nítida i directa quan es parla de pactes successoris explicitats en espòlits: «Para los heredamientos hay que ajustarse al contenido de los *espòlits*, atendiendo a la tradición jurídica pitiusa, que se tiene muy en cuenta en el título [III] de la ley que ahora se comenta».

En efecte, així es considera en el propi contingut normatiu d'allò aprovat, *i no només* en l'exposició de motius, perquè l'article 4 de la Llei 8/2022 —amb la rúbrica «Aplicació supletòria»— confirma que cada dret civil de l'arxipèlag és un compartiment estanc:

A manca de disposició expressa d'aquesta llei, s'han d'aplicar als pactes [nomenclatura que abunda més a les Pitiüses] i als contractes successoris [nomenclatura

9. O. P. CARDONA GUASCH (2023), «Els pactes successoris a Eivissa i Formentera», en *Jornades. La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears*. Palma, 11, 17 i 25 de gener de 2023 (sessions presencials i en línia) (vídeo), ponència del dia 25 de gener de 2023, disponible en línia a <www.caib.es/sites/institutestudisautonomics/ca/2023_la_nova_regulacio_dels_pactes_successoris_a_les_illes_balears>.

10. A. PANIZA FULLANA (2022), «Una primera aproximación a la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears», *Revista Jurídica de les Illes Balears* (Conselleria de Presidència, Funció Pública i Igualtat del Govern de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears), núm. 23 (2022), p. 185-194, disponible en línia a <https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2023/02/23-2022_RJIB_ICAIB_18-gener.pdf>.

que abunda més a Mallorca i Menorca] *les normes del respectiu llibre de la Compilació de dret civil de les Illes Balears, pel seu caràcter de dret comú, establert en la regla 2a del punt 3 de l'article 1 d'aquesta.*

De manera que, en tot allò que la nova Llei —molt detallada i més que exhaustiva— no en diga expressament res, s'ha de seguir el llibre respectiu (no els altres llibres), i en el supòsit de les Pitiüses s'ha de seguir, exclusivament, el que diu el llibre III. Així es desprèn de l'article 1 del mateix text de la Compilació, que ara reproduïm, segons la redacció derivada de l'esmentada Llei 7/2017, del 3 d'agost, que en l'apartat 1 (el primer de la Compilació, amb la força diàfana que això comporta) ja ho avança:

1. El dret civil de les Illes Balears es compon pels drets civils històrics de les illes de Mallorca, de Menorca i d'Eivissa i Formentera, *d'acord amb la tradicional divisió per llibres d'aquesta Compilació [...]; pel costum i pels principis generals del dret civil propi; i en la regla 2a de l'apartat 3 [sobre regles generals] ho diu ben clarament: 2a. Les disposicions dels diferents llibres d'aquesta Compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis.*

Aqueixa força del llibre respectiu de la Compilació la torna a confirmar la Llei 8/2022 amb un èmfasi especial de cara a Eivissa i Formentera, perquè si bé en la disposició derogatòria única de la nova Llei es deroguen els articles 72-77 (relatius als pactes successoris aplicables a les Pitiüses), 8-13, 50 i 51 (relatius a la successió contractual aplicable a Mallorca i Menorca) de la Compilació, la disposició final segona de la nova Llei, explícitament, com no pot ser d'altra manera, *autoritza el Govern de les Illes Balears perquè, en el termini de dos anys des de l'entrada en vigor de la nova Llei, dugui a terme la refosa total o —com a obligació preceptiva i taxativa— només la de les disposicions de les illes d'Eivissa i Formentera d'aquesta Llei dins el text de la Compilació, amb l'especificació que 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: en definitiva, de cara a les Pitiüses, per tal que tot acabi regulat i encabit en el venerat i venerable llibre III. Així com a Mallorca i Menorca aquesta no ha set una qüestió transcendent, sí que ho ha set per a Eivissa i Formentera, i així ho hem tractat de fer vore als altres companys del Consell Assessor en representació de Mallorca i de Menorca, i així s'ha plasmat com a llei.*

Però encara hi ha més *demonstracions que acrediten, sens dubte, en la nova Llei, l'enfortiment del dret civil pitiús*, que podem avançar ara, tot i que es tracta de qüestions que podrien ser esmentades més avall, quan parlem de cada institució:

— En l'article 56 de la Llei 8/2022, «Contingut dels pactes successoris» —que són descrits en l'apartat 1: «Els pactes successoris poden contenir qualssevol disposicions *mortis causa*, a títol universal o singular, amb les substitucions, modalitats, re-

serveis, renunciïes, clàusules de reversió, càrregues i obligacions que els atorgants hi estableixin, sense que per això perdin la seva condició de negoci jurídic gratuït»—, s'ha afegit explícitament una crida expressa a la tradició jurídica pitiüsa en l'incís següent, de cara a descriure el tipus de càrregues i obligacions que poden contenir els pactes: «Les càrregues i obligacions poden consistir, *segons la tradició jurídica pitiüsa*, en la cura i l'atenció d'algun dels atorgants o de tercers». Però això no impedeix que s'hagin fet també innovacions en àmbits específics, sense equivalència a Mallorca i Menorca: «[...] els pactes successoris poden instrumentar les institucions que conté la legislació de l'Estat relativa a la protecció patrimonial de les persones amb discapacitat». I que inclou, a les Pitiüses, per decisió expressa, com a dret propi, el que es deriva de la Llei estatal 41/2003, del 18 de novembre, «de protecció patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad».

— S'ha establert de manera taxativa un règim propi d'interpretació i integració dels pactes successoris (art. 58 de la Llei 8/2022, com han fet Mallorca i Menorca per als seus contractes successoris en els art. 9-10) i, entre altres regles, en l'apartat 2 de l'article 58 se n'han establert dos que porten a col·lació, de bell nou, la tradició jurídica d'Eivissa i Formentera (i, per descomptat, no la tradició de Mallorca i Menorca):

En la interpretació de les clàusules controvertides cal ajustar-se a les regles següents: [...] c) En els pactes successoris de finiment s'entendran, en el sentit que s'indica en l'article 74.2 d'aquesta llei, *tot atenent la tradició jurídica de les illes d'Eivissa i Formentera*; d) Per a la interpretació dels heretaments cal ajustar-se al que resulti del conjunt d'estipulacions contingudes en els espòlits dels quals formin part, *tot atenent la tradició jurídica pitiüsa*.

S'esmenta aquí la figura importantíssima per al dret civil pitiús dels *espòlits*, ver-tadera clau de volta de la tradició pròpia d'Eivissa i Formentera, de clara arrel i pràctica catalana des de la conquesta del 1235, millorada amb els segles en matèria de dret de família i de dret de successions, cosa que pròpiament no ocorre ni a Mallorca ni a Menorca, i que s'identifica amb les institucions catalanes equivalents, qüestió sobre la qual tornarem més endavant. No s'ha previst en la normativa pitiüsa, emperò, una regla explícita com la mallorquina (i menorquina) continguda en l'article 10 de la Llei, titulat «Integració», del tenor següent:

Per a la integració dels negocis successoris contractuals cal ajustar-se als principis successoris propis de les illes de Mallorca i Menorca recollits, directament o indirectament, en l'articulat de la Compilació de dret civil de les Illes Balears.

Tanmateix, és innat que a Eivissa i Formentera, amb el seu dret civil privatiu, hom pot arribar a solucions equivalents, i més perquè els principis successoris propis

de les Pitiüses són tan diferents dels de Mallorca i Menorca. En efecte, així com a les Pitiüses —article 69.2 de la Compilació— s'estableix que «[e]l testament i el pacte successori seran vàlids encara que no contenguin institució d'hereu o que aquesta no compregui la totalitat dels béns», a Mallorca i Menorca, d'acord amb les velles regles romanes —article 14 de la Compilació— «la institució d'hereu és requisit essencial per a la validesa del testament». A més, l'article 53 de la Llei 8/2022, «Compatibilitat entre successions», reconeix aquesta peculiaritat del dret civil d'Eivissa i Formentera, realitat innata d'aquest dret: «La successió contractual és compatible amb la testamèn-tària i la intestada en els termes prevists en aquest títol [el III]».

L'article 60 de la Llei 8/2022, «Persones instituïdes» —mitjançant pacte succe-sori—, s'ha innovat amb l'apartat 1: «1. Poden ser instituïdes en pacte successori les persones físiques, majors o menors d'edat, i les persones jurídiques, ja sigui a títol uni-versal o singular». I, en la referència a les substitucions fideïcomissàries, torna a fer-se una referència a la tradició estricta d'Eivissa i Formentera, i no a cap altra (apartat 2): «Poden ser instituïdes en pacte una o més persones, ja sigui amb caràcter simultani o successiu. En aquest darrer cas, s'han d'observar les limitacions establertes per a les substitucions fideïcomissàries, *d'acord amb la tradició jurídica pitiüsa*».

A propòsit del pacte d'institució a títol universal (art. 73.III de la Compilació, que deia que «[l]a donació universal de béns presents i futurs equival a la institució contractual d'hereu» i que la nova Llei deroga), precepte que tenia una dicció similar —no idèntica— a la de les regles mallorquines previstes en l'article 8.1 de la Com-pilació (i que per a Mallorca i Menorca es preveu, amb una redacció no similar, pels termes emprats, però sí pel significat profund, en l'article 11 de la nova Llei), s'ha eliminat, de cara a les Pitiüses, qualsevol referència a la «donació universal» en matèria pròpiament de successió voluntària paccionada, i es parla, simplement, conforme a la tradició pitiüsa —ben establerta, fins i tot en la dicció quotidiana— de pacte succe-sori d'institució a títol universal. Així, l'article 66 de la Llei 8/2022, «Concepte» [del pacte d'institució a títol universal], diu: «1. Els pactes successoris a títol universal confereixen a la persona instituïda la qualitat d'hereva contractual». No es fa cap refe-rència, doncs, al concepte de *donació universal* propi de Mallorca i Menorca (si bé és cert que s'hi manté una referència, com a *nomen iuris*, en matèria d'espòlits o capitu-lacions matrimonials, conforme a l'article 66.6b de la Compilació, segons la redacció derivada de la Llei 7/2017, del 3 d'agost, però —això sí— sense fer remissions al dret civil de Mallorca).¹¹

11. En aqueix sentit, els apartats b i c del punt 6 de l'article 66, relatius al contingut possible dels espòlits, diuen:

Article 66. Els espòlits

[...]

6. Contingut

Finalment, a propòsit del *finiment de la llegítima*, conegut popularment com «es finiquitu de llegítima», tot donant a la paraula castellana *finiquito* una pronúncia autòctona segons el català de les Pitiüses (art. 77, par. 3, de la Compilació, sobre el finiment, que deia que «[e]n allò que no hagi estat convingut per les parts, serà d'aplicació la regulació de la definició mallorquina, en la mesura que sigui compatible amb la funció i el significat usuals a Eivissa i Formentera» i que la nova Llei deroga), directament s'ha regulat la figura *in extenso*, sense cap remissió —de cap mena— a allò previst per a la definició mallorquina. I així ho confirma l'article 58.2c de la Llei 8/2022, ja vist anteriorment, que ho condueix explícitament a la tradició jurídica pitiüsa, per les diferències que presenten la institució mallorquina i la pitiüsa. Una figura que tendria, com a origen remot, tal com explica la doctrina, la paràbola del fill pròdig, recollida a l'Evangelí segons Lluc (15,11-32), expressió de pietat i justícia.

6. EL CONTINGUT DE LA LLEI, EN PARTICULAR

Com hom pot apreciar, la regulació mallorquina (i menorquina) en el text normatiu és més extensa —i detallista en allò que tracta inclusivament en matèria processal, on la competència per a aprovar-ho també seria la derivada de l'article 31.2 de l'Estatut d'autonomia— que la pitiüsa, però en el fons, si hom atén el contingut exhaustiu, *hi ha, sens dubte, més modalitats de pactes successoris a les Pitiüses que no pas a Mallorca i Menorca*. En aqueix sentit, la nova normativa dedicada a Eivissa i Formentera no és sintètica (com la que va aprovar l'any 1990 el Parlament, redactada bàsicament, des del punt de vista tècnic, pel notari José Cerdà Gimeno, mestre *en dret* i *de dret* a les Pitiüses, on, més que tractament d'institucions, el que hi havia era citacions d'aquestes i d'alguns principis, i ha set la pràctica la que l'ha omplert de contingut), però segueix mantenint la idea de no ser una regulació detallista i, com es pot apreciar, és molt més oberta. *Des d'un punt de vista tècnic, hi ha també un intent d'abstracció de cara a la descripció completa dels pactes que hom podria pensar, amb*

[...]

b) Podran convenir-se en espòlits totes aquelles estipulacions referides a institucions que, d'acord amb les seves pròpies normes reguladores, admetin el seu atorgament en capítols matrimonials. En particular, donacions *propter nuptias*, dot, escriu, acolliment en una quarta part dels milloraments, pactes sobre la forma i quantia de contribució a l'aixecament de les càrregues del matrimoni, *donacions universals*, *pactes successoris*, usdefruit universal i fidúcia successòria, com també qualssevol altres que els interessats considerin convenients, fins i tot en previsió de ruptura matrimonial.

c) Les institucions contingudes en els espòlits es regiran pel que hagin convingut les parts i, subsidiàriament, per la seva regulació específica.

[...].

una divisió en el si de la Llei (disposicions generals dels pactes successoris, pactes d'institució [a títol universal i a títol singular] i pactes de finiment o de renúncia, distingint el limitat i el no limitat a la llegítima) *que comporta una veritable teoria general del pacte successori*. En el recompte final hom pot constatar, amb rotunditat, que els pactes successoris són una de les grans construccions del dret civil pitiús i que així es plasma en allò que al final s'ha aprovat amb més versatilitat i expressions que no pas en els drets de Mallorca i Menorca.

En la Llei 8/2022, el *títol II, relatiu a Mallorca i Menorca*, preveu, tret d'un error en el recompte, aquestes dos grans figures, amb totes aquestes vicissituds:

a) Donació universal de béns presents i futurs (exemple de pacte d'institució des d'una perspectiva tècnica, sense que aquestes paraules surtin en la descripció o conceptualització de la figura) (art. 11-37).

b) Definició (exemple de pacte de renúncia, sense que tampoc no apareguin aquestes paraules en la descripció o conceptualització de la figura) (art. 38-50).

La donació universal, al seu torn, pot:

c) Tenir efectivitat en vida del donant universal (art. 13).

d) Tenir l'efectivitat ajornada (art. 13).

En la donació universal es pot preveure que les divergències entre les parts:

e) Se sotmetin a mediació (art. 14).

En la donació universal, si el donatari universal premor al donant sense deixar descendència, és possible:

f) L'exercici del dret de retracte dels béns pel donant universal (art. 21 i 22).

La donació universal pot ser objecte de:

g) Novació (art. 24).

h) Dissentiment mutu (art. 25).

i) Revocació (art. 29, sobre causes generals, i art. 30, sobre causes específiques), que pot fer-se per via notarial (art. 31) o per via judicial (art. 32). La regla general és, no obstant això, la irrevocabilitat (art. 28).

En la donació universal, en cas de premoriència del donatari:

j) La novació i el dissentiment mutu es poden fer entre el donant i els hereus del donatari premort (art. 26).

La definició, pel seu abast, pot ser (art. 38):

k) *Limitada a la llegítima* (art. 45-47).

l) *Àmplia o per més de la llegítima* (art. 48-50).

L'atribució, la compensació o la donació que comporta que aquell que les rebí o les hagi rebut atorgui el pacte de renúncia a la llegítima o per més de la llegítima (la definició), les poden fer o les poden haver fet (art. 38):

m) L'ascendent definidor.

n) L'hereu contractual de l'anterior.

o) Altres ascendents.

En la definició, en cas de premoriència del descendent definit a l'ascendent, sense deixar aquell descendència, pot existir (art. 41):

p) El dret de retracte previst en els articles 21 i 22.

La definició limitada a la llegítima (art. 45):

q) No impedeix una definició futura posterior per més de la llegítima.

La definició, en les dos manifestacions esmentades (limitada a la llegítima o en la forma àmplia), pot ser:

r) Objecte de dissentiment mutu (art. 42).

s) Objecte de revocació (art. 43),¹² que també pot fer-se per via notarial o per via judicial.

12. Enfront de la no possibilitat de revocació, segons l'article 50 de la Compilació del 1990, tal com ha palesat la Sentència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears 1/2023, del 13 de gener, per a un supòsit mallorquí de donació amb definició, anterior a l'entrada en vigor de la Llei 8/2022, i que podem resumir amb la frase «[l]a sentència del TSJB que lo deniega a un padre, pese a

I el títol III, relatiu a Eivissa i Formentera, preveu, també tret d'un error en el recompte, totes aquestes figures, directament o per remissió a la Compilació, amb totes aquestes vicissituds:

a) Pacte successori formalitzat per dos o més persones, mitjançant el qual es defereix la successió mortis causa d'una d'elles en relació amb tots o amb part dels seus béns (art. 51.1a).

b) Pacte successori formalitzat per dos o més persones, mitjançant el qual es renuncia a la llegítima o a altres drets en la successió d'una altra persona, sigui o no atorgant del pacte (art. 51.1b).

Els pactes successoris poden comportar:

c) La transmissió actual de tots o de part dels béns del causant (art. 51.2).

d) La transmissió diferida de tots o de part dels béns del causant (i implicar simples crides a la successió) (art. 51.2).

Pel contingut economicomatrimonial i successori del pacte, o només successori, pot tractar-se de:

*e) Pacte successori contingut en capítols matrimonials, «espòlits» (art. 51.3, en relació amb l'art. 66 de la Compilació), expressió d'una disposició familiar —i del règim econòmic conjugal paccionat— i també expressió successòria plenament establerta en la memòria col·lectiva jurídica mitjançant la figura històrica dels *heretaments*.*

f) Pacte successori no contingut en capítols matrimonials, fora dels «espòlits», expressió successòria exclusivament i que no es vincula necessàriament al matrimoni.

Per la possibilitat d'atorgar un, dos o més pactes, hom parla de:

g) Pluralitat de pactes successoris (art. 54).

que su hija fuera condenada por coacciones, fue dictada cuatro días antes de la entrada en vigor de la nueva normativa que sí lo permite», ara és evident que la nova normativa sí que ho permet. En aquest sentit, vegeu M. À. MAS I COLOM (2023b), «Las herencias en vida pueden ser muy útiles e incluso pagar menos» (entrevista), *Diario de Mallorca*, 22 de gener de 2023, disponible en línia a: <www.diariodemallorca.es/mallorca/2023/01/22/miquel-angel-herencias-vida-utiles-81467684.html>.

El desenvolupament de la pluralitat de pactes successoris (art. 54) implica la realitat següent:

h) L'atorgament d'un pacte successori no pot impedir al causant atorgar altres pactes ulteriors a favor de qualssevol persones, amb independència que hagin estat instituïdes amb anterioritat o que hagin renunciat a la llegítima o a qualsevol altre dret a la successió del causant.

Pel contingut dels pactes (art. 56):

i) Poden contenir qualssevol disposicions *mortis causa*, a títol universal o singular, amb les substitucions, modalitats, reserves, renúncies, clàusules de reversió, càrregues i obligacions que els atorgants estableixin, sense que per això els pactes perdin la condició de negoci jurídic gratuït.

j) Les càrregues i obligacions poden consistir, segons la tradició jurídica pi-tüsa, en la cura i l'atenció d'algun dels atorgants o de tercers.

k) Poden incloure els pactes per a instrumentar les institucions que conté la legislació de l'Estat relativa a la protecció patrimonial de les persones amb discapacitat.

Els pactes d'institució —amb aquesta terminologia— poden ser (art. 60.1 i 65):

l) A títol *universal* (desenvolupat en els art. 66-69), en la doble modalitat de pactes amb transmissió actual (art. 68) i pactes sense transmissió actual (art. 69).

m) A títol *singular* (desenvolupat en els art. 70-73), en la doble modalitat de pactes amb transmissió actual (art. 72) i pactes sense transmissió actual (art. 73).

El desenvolupament dels pactes d'institució pot fer-se:

n) Juntament amb un pacte d'institució a títol universal (amb o sense transmissió actual de béns).

o) Juntament també amb un pacte d'institució a títol singular (amb o sense transmissió actual de béns).

Tots els pactes poden ser:

p) Objecte de dissentiment mutu (art. 55).

q) Objecte de revocació (art. 62). La regla és la irrevocabilitat, però hi ha excepcions.

r) Objecte de novació (art. 63).

Els pactes successoris d'institució a títol universal amb transmissió actual:

s) Subsisteixen en cas de premoriència de l'instituit, sense que es doni la reversió a favor de l'instituent, tret que s'hagi pactat de manera expressa en el moment de l'atorgament (art. 68.3).

Els pactes successoris d'institució a títol universal sense transmissió actual de béns confereixen únicament la qualitat personalíssima d'hereu contractual:

t) Queden sense efecte per premoriència de la persona física instituïda o per extinció de la persona jurídica (art. 69.2).

Els pactes successoris d'institució a títol singular amb transmissió actual:

u) Subsisteixen en cas de premoriència de l'instituit, sense que es doni la reversió a favor de l'instituent, tret que s'hagi pactat de manera expressa en el moment del seu atorgament (art. 72.3).

Els pactes successoris d'institució a títol singular sense transmissió actual de béns, que confereixen únicament la qualitat personalíssima de legatari contractual:

v) Queden sense efecte per premoriència de la persona física o per extinció de la persona jurídica instituïda (art. 73).

Els pactes de finiment o de renúncia (art. 74) poden ser:

w) Limitats a la llegítima (art. 74.2, i desenvolupats en els art. 76-78).

x) No limitats a la llegítima (art. 74.2, i desenvolupats en els art. 79 i 80).

L'atribució, la compensació i la donació de béns, drets o sous que comporten que aquell que els rebi o els hagi rebut atorgui el pacte de finiment, les poden fer o les poden haver fet (art. 74.1):

y) L'ascendent.

z) L'hereu contractual de l'anterior, fins al punt que l'atribució, la compensació i la donació fetes per l'hereu contractual poden consistir en béns que no formin part del patrimoni del causant.

aa) Altres ascendents, conforme a la referència final de l'article 51.1b.

Els pactes de finiment poden (art. 74.3):

- bb)* Contenir la transmissió actual dels béns.
- cc)* No contenir la transmissió actual dels béns.

Els pactes de finiment poden (art. 74.5):

- dd)* Ser objecte de dissentiment mutu.
- ee)* Ser objecte de revocació, però la regla general és la irrevocabilitat.

Els *pactes de finiment limitat a la llegítima* (art. 77) admeten aquestes altres modalitats, amb noves derivacions:

ff) *Generals* (art. 77.1.a), exemple de finiment fet en consideració a tots els béns presents i futurs del causant.

gg) *Especials* (art. 77.1.b), exemple de finiment fet únicament en consideració a tots o alguns dels béns presents del causant.

hh) Hi ha la possibilitat d'un nombre il·limitat de finiments especials previs a un finiment general (art. 77.1.b *in fine*).

L'atorgament d'un pacte de finiment limitat a la llegítima permet com a possible (art. 79):

- ii)* L'atorgament d'un pacte de finiment futur no limitat a la llegítima.

Com es pot apreciar de manera senzilla, la nova regulació de la successió paccionada a Eivissa i Formentera, tot seguint la tradició històrica i la pràctica i la vivència pitiüses, amb les degudes i necessàries adaptacions al present i de cara al futur, evidencia un fil conductor que connecta amb una *consideració del fet successori pactat com a expressió de llibertat de la persona*, per se, però també de *solidaritat dins del nucli familiar i entre generacions* (i, per això, pot aparèixer expressada en forma d'*espòlits*, que poden abraçar també el règim economicomatrimonial, o no), i de *reconeixement, en fi, que aquest mode de delació de l'herència —amb la transmissió en vida de tot o part del patrimoni i dels drets susceptibles de ser transmesos per aquesta via, de present o diferida a la mort del transmissor— és un bé lloable en si mateix que el poble d'Eivissa i el poble de Formentera, de la mateixa manera, atresoren des de temps immemorial*. I així s'ha tractat de conservar, actualitzar i millorar en favor de la societat de les dos illes, en el món dels nostres dies. A tall d'exemple, com que s'ha detectat la pràctica

notarial del pagament de llegítimes de la via materna amb béns de la via paterna (així, l'assumpte tractat en el Jutjat de Primera Instància d'Eivissa l'any 1943, lligall 629, any 1943, núm. 45), ara s'ha inclòs aquesta possibilitat i la seua versatilitat en l'article 74.1 *in fine* de la Llei 8/2022, amb la introducció de novetats que l'amplien i que van en aqueix mateix sentit, a propòsit del finiment, i que permet un major joc en el si de les famílies: «L'atribució, la compensació o la donació feta per l'hereu contractual pot consistir en béns que no formin part del patrimoni del causant».

Com a conseqüència d'això anterior, és connatural la consideració que *s'enforteix el dret civil d'Eivissa i Formentera no només en el vessant estrictament jurídic i d'actualització d'aquest dret, sinó fins i tot en el cultural i patrimonial*: expressió d'allò tangible i d'allò intangible, segons el preàmbul de l'Estatut d'autonomia, com a llegat de la tradició més antiga, actualitzada al llarg dels segles i les èpoques i segons les necessitats del poble d'Eivissa i del poble de Formentera en cada moment. En concret, estam davant d'una part més que rellevant del llegat de les Pitiüses, i ho fem basant-nos en l'article 18.3 de l'Estatut d'autonomia (precepte no gaire conegut, introduït en la reforma estatutària del 2007, però importantíssim, i del qual es deriva que «[e]ls poders públics de les Illes Balears vetllaran per la protecció i la defensa i interessos del poble de les Illes Balears [en realitat, innatament, dels quatre pobles illencs] i el respecte a la diversitat cultural de la comunitat autònoma i el seu patrimoni històric») i en l'article 34.1 també de l'Estatut d'autonomia (hereu de l'article 13.1, provinent del text estatutari originari del 1983, amb millores de redacció en 2007) a propòsit de la cultura autòctona, vistos els valors materials i immaterials que tot el text aprovat comporta, en plena sintonia alhora amb el que estableixen els apartats *a* i *b* de l'article 3 de la Llei 18/2019, del 8 d'abril, de salvaguarda del patrimoni cultural immaterial de les Illes Balears.¹³ S'acredita, també, des de l'enfocament del patrimoni cultural, etnogràfic,

13. Aqueix article diu:

Article 3

Àmbits del patrimoni cultural immaterial

El patrimoni cultural immaterial es manifesta, en particular, en els àmbits següents:

a) Formes de comunicació, tradicions i expressions orals i les seves produccions, incloses la llengua i les seves modalitats i particularitats lingüístiques com a vehicle del patrimoni cultural immaterial, com també la toponímia tradicional com a instrument per a la denominació geogràfica del territori.

[...]

b) Formes de sociabilitat col·lectiva i d'organització social, com també els usos i els costums tradicionals i el dret consuetudinari de cadascuna de les illes, inclosa la tradició jurídica privativa pròpia de cada illa.

Feim esment que, a propòsit de la redacció de la lletra *b* d'aquest article 3, acabada de citar, humil-

identitari, històric i lingüístic autòcton (pel que fa al lèxic propi i el seu significat jurídic profund, també en aquesta matèria molt concreta, conforme als articles 35.1 de l'Estatut d'autonomia i 2.5 de la Llei de normalització lingüística), i fins i tot arriba a explicitar no només les parelles estables —segons la Llei balear 18/2001, del 19 de desembre—, sinó, inclús, les parelles de fet, tot reconeixent la diversitat de variables que s'ajunten en l'espai vivencial i mental —com a microcosmos particular— d'Eivissa i Formentera.

En aqueix sentit, i a això dedicam l'apartat final d'aquests comentaris, la Llei, en la part pitiüsa, també conté una constatació de la vinculació de la nova regulació amb el dret públic aplicable a Eivissa i Formentera (cosa que no s'aprecia a les illes de Mallorca i Menorca, però sí a les Pitiüses): per la imbricació que té el dret privat d'Eivissa i Formentera amb el dret públic, per exemple en matèria urbanística i territorial, i com així es constata per mitjà dels pactes successoris, però també igualment en matèria agrària i d'usos als espais naturals.

7. INNOVACIONS EN EL DRET CIVIL PITIÜS A PROPÒSIT DELS PACTES SUCCESSORIS COM A CONCEPTE

Les innovacions introduïdes per la Llei 8/2022 són sobretot:

a) La incorporació d'un precepte relatiu a la possibilitat d'atorgar un, dos o més pactes successoris, que és el que la Llei denomina «Pluralitat de pactes successoris» (art. 54), i que s'instrumenta així:

L'atorgament d'un pacte successori no impedirà al causant atorgar-ne d'altres amb posterioritat a favor de qualssevol persones, amb independència que hagin estat instituïdes amb anterioritat, o hagin renunciat a la llegítima o a qualsevol altre dret a la successió del causant.

Aquesta és una qüestió rellevant que tracta d'evitar interpretacions equívokes, errònies o esbiaixades per part de l'Agència Estatal d'Administració Tributària (AEAT) i de l'Agència Tributària de les Illes Balears (ATIB), en particular de cara a les Pitiüses, a propòsit del segon o ulterior pacte successori a títol singular, que s'havia interpretat (?) com a exemple de mera «donació». Ara, una volta aprovada la Llei

ment i modestament, i abans de ser membre del Consell Assessor de Patrimoni Immaterial de les Illes Balears, hi vaig participar i, en concret, vaig fer la proposta explícita d'aqueixa redacció, que, sense esmenes ni debat, es va acceptar per a redactar el Projecte de llei i també es va aprovar en el Ple del Parlament, i avui és Llei.

estatal 11/2021, del 9 de juliol, «de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego»,¹⁴ que ha modificat la també estatal Llei 35/2006, del 28 de novembre, «del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio», s'ha de seguir la nova redacció de l'article 36 de la Llei 8/2022, segon paràgraf. I, pel que fa a la modificació de la Llei estatal 29/1987, del 18 de desembre, «del impuesto sobre sucesiones y donaciones» (i la qüestió de l'acumulació de donacions i, ara ja, sens dubte, de contractes i de pactes successoris), s'ha de seguir l'article 30, amb el lapse dels tres anys per a evitar acumulacions, cosa que repercutirà en l'atorgament espaiat, en el temps, dels pactes successoris.

b) La previsió de la «[c]ompatibilitat de pactes successoris» (art. 55), que es regula així: «El pacte successori posterior serà vàlid sempre que no contradigui les disposicions contingudes en el pacte successori precedent, tret dels casos de dissentiment mutu i revocació prevists en l'article 62 d'aquesta llei».

14. Sobre el Projecte de llei i les greus repercussions d'aquest en el dret civil pitiús, vegeu els nostres articles en la premsa d'Eivissa i Formentera: Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2021a), «En defensa efectiva dels pactes successoris propis del dret civil pitiús», *Diario de Ibiza*, 20 de gener de 2021, disponible en línia a <www.diariodeibiza.es/opinion/2021/01/20/defensa-efectiva-dels-pactes-successoris/1198107.html>; Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2021b). «Per una fiscalitat justa dels pactes successoris a les Pitiüses i a la resta de l'Estat: una visió per a actuar en la seua defensa», *El Periódico de Ibiza y Formentera*, 23 de gener de 2021, disponible en línia a <www.periodicodeibiza.es/opinion/opinion/2021/01/23/1232219/per-fiscalitat-justa-dels-pactes-successoris-les-pitiuses-resta-estat-visio-per-actuar-seua-defensa.html>.

Igualment, vegeu l'Acord del Ple del Consell Insular de Formentera del 29 de gener de 2021, relatiu a l'assumpte:

3.1.2. PRP 2021/38 Per una fiscalitat justa dels pactes successoris del dret civil pitiús en seu d'IRPF. Tramitació d'un text conjunt, a partir de la proposta al Ple formulada per l'Equip de Govern, per una fiscalitat justa dels pactes successoris del dret civil pitiús en seu d'IRPF i de la proposició del grup polític Sa Unió de Formentera PP-Compromís, RGE 2021/1163, relativa a la defensa del dret civil d'Eivissa i Formentera, de Mallorca i de Menorca.

La tramitació parlamentària de la llei estatal i el resultat final ha millorat alguna —no totes— de les repercussions desfavorables de què parlàvem en aquells articles i en el mateix acord del Ple del Consell Insular, i aqueix ha set el resultat definitiu, amb solucions que enforteixen, en part, els pactes successoris, però no en el sentit complet que es tractà en la sessió plenària del 29 de gener de 2021. Fins i tot, tenguí una entrevista a la Televisió d'Eivissa i Formentera (TEF), en la primavera del 2021, sobre les repercussions del projecte de llei estatal esmentat, en els pactes successoris pitiüsos.

c) La inclusió d'un precepte detallat sobre el «[c]ontingut dels pactes successoris» (art. 56), matèria que ja hem tractat abans.

d) La previsió d'un precepte relatiu a l'«[o]becte dels pactes successoris» (art. 57), precepte importantíssim¹⁵ que diu el següent: «Poden ser objecte de pacte successori qualssevol tipus de béns o de drets patrimonials no personalíssims». La meua proposta fou atorgar-hi una redacció descriptiva, no exhaustiva, del tipus següent:

Poden ser objecte de pacte successori qualssevol tipus de béns o de drets —exclosos els personalíssims— susceptibles de contingut patrimonial, com ara i entre d'altres, els relatius a una explotació agrícola, industrial, comercial, turística o de caire concessional, així com l'empresa familiar, els establiments professionals i les facultats i drets de contingut mediambiental, territorial o urbanístic.

Emperò, es va descartar perquè era massa detallista en uns supòsits i, tal volta, perquè no incloïa altres possibles béns, en els altres. En qualsevol cas, les equivalen-

15. En la *Memòria interna explicativa del Projecte de llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears elaborat pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears*, de la qual parlàvem abans i que es pot localitzar en línia dins l'espai reservat pel Govern de les Illes Balears al Consell Assessor en la web oficial de la Comunitat Autònoma: <www.caib.es/sites/consellldretcivil/f/406013>. Sobre aquesta qüestió, es llegeix textualment el següent (i empram ara la cursiva per a fer notori un aspecte fonamentalíssim per a entendre la Llei):

3.1.6. Objecte dels pactes successoris

Nova és la norma relativa a plasmar l'*Objecte dels pactes successoris*, si bé segueix la pràctica notarial present, la realitat de les coses del dia a dia i *el dret civil comparat, especialment el dret civil de Catalunya —amb què es comparteix l'origen, els principis i l'estructura del dret civil pitiús—* i el de Galícia. Per primera vegada, es vol posar de manifest, que, tot i que no s'enumeri taxativament en el text de l'article, en què pot consistir l'objecte d'un pacte successori. No s'ha d'oblidar que es tracta d'un mode de delació de l'herència i que, com a tal, pot projectar-se sobre qualsevol bé del causant, sempre que no tenga caràcter personalíssim. Així, al igual que es conté en dret civil comparat, de Galícia i de Catalunya, podrà abastar àmbits com l'industrial, el comercial, el turístic, el relacionat amb les concessions, així com en l'àmbit de l'empresa familiar, els establiments professionals i les facultats i drets de contingut mediambiental, territorial o urbanístic. Aquesta darrera possibilitat enllaça amb la normativa aplicable al sòl rústic de les dos illes (Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears i Llei 6/1997, de 8 de juliol, del sòl rústic de les Illes Balears) i es concreta en el Pla Territorial Insular d'Eivissa i el Pla Territorial Insular de Formentera en matèria de construccions a sòl rústic especialment. Amb aquesta redacció es volen evitar interpretacions, com ara les de l'ATIB i l'AEAT, que han considerat que determinats béns o drets no eren susceptibles de ser transmesos en pacte successori.

cies amb el dret civil de Catalunya, per raons òbvies, són moltes i profundes, però també hi ha diferències.¹⁶

16. En el Codi civil de Catalunya és el llibre IV, «Successions» (segons la redacció derivada de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del Parlament de Catalunya; *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 [17 juliol 2008]), el que en el títol III, «La successió contractual i les donacions per causa de mort», tracta aquesta qüestió: art. 431-1 a 431-30 (que formen el capítol I, «Els pactes successoris»: secció primera, «Disposicions generals», art. 431-1 a 431-17; secció segona, «Els heretaments», art. 431-18 a 431-28; secció tercera, «Pactes successoris d'atribució particular», art. 431-29 i 431-30) i art. 432-1 a 432-5 (que formen el capítol II, «Les donacions per causa de mort»). A tall d'exemple, l'article 431-6, «Càrregues i finalitat del pacte successori», en l'apartat 2 estableix el següent: «Les càrregues poden consistir, entre d'altres, en la cura i atenció d'algun dels atorgants o de tercers, i la finalitat, també entre d'altres, en el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar o en la transmissió indivisa d'un establiment professional». Una solució gairebé idèntica té el dret civil del Principat d'Andorra, país estranger pel que fa al dret espanyol, però pertanyent a la mateixa tradició jurídica que la del mateix dret civil de Catalunya, tal com es deriva explícitament de la seua Llei 46/2014, del 18 de desembre, de la successió per causa de mort (*Bulletí Oficial del Principat d'Andorra*, any 2015, núm. 4, del 21 de gener de 2015), que, tot i que no s'ha tengut en compte en la normativa representada per la Llei balear 8/2022, de l'11 de novembre, és prou expressiva d'haver arribat a solucions molt coincidents. A aquest efecte, la Llei andorrana del 2014 dedica el títol II a la successió contractual (art. 68-93), que en el capítol I, «Els pactes successoris» (art. 68-93), inclou les seccions següents: secció primera, «Disposicions generals» (art. 68-80); secció segona, «Els heretaments» (art. 81-91), i secció tercera, «Pactes successoris d'atribució particular» (art. 92-93). A tall d'exemple, igualment, l'article 71 es refereix a l'objecte dels pactes successoris i ho descriu així: «1. La successió paccionada pot ser ordenada amb la mateixa amplitud i amb els mateixos termes que la testada, fent constar la finalitat assistencial o empresarial que, al seu cas, sigui determinant». El fonament d'aquesta normativa andorrana nova el trobam en l'exposició de motius, que plenament podria aplicar-se a les Pitiüses: «4. La regulació dels pactes successoris i heretaments ha requerit una actualització i modernització que ha tingut en compte la seva potencialitat per a ser un instrument adequat de transmissió de les empreses familiars, tan característiques del nostre teixit econòmic». Curiosament, el dret civil andorrà (de molt fonda arrel romanista), i com succeeix amb el dret civil pitiús, però no ocorre amb el dret civil mallorquí i menorquí, admet la compatibilitat de la successió testada (i, per tant, també la contractual) amb la intestada. No ens podem estar, en fi, de transcriure més coses de l'exposició de motius d'aquesta llei andorrana perquè, de cara al sistema de fonts i la interpretació històrica, és prou il·lustrativa a propòsit del pes del dret civil català històric, i això, de retruc, a les Pitiüses també té un fonament historiconormatiu, per mor de la conquesta catalana del 1235, del fet d'haver pertangut Eivissa i Formentera, durant segles, a l'Arquebisbat de Tàrragona i de la tradició multicentenària que tot això comporta, i de cara a la interpretació del dret civil pitiús:

Tot i que no es té en compte la sistemàtica de la codificació catalana, aquesta legislació (tant el codi de successions de 1991 com el llibre quart del codi civil de 2008) s'ha tingut en compte per ser, precisament, la més recent i la més evolucionada tècnicament en el nostre àmbit jurídic-cultural i, especialment, per formar part d'una tradició jurídica comuna, manifestada pel fet que el Dret català anterior al Decret de Nova Planta de 1716 ha format part de la regulació civil andorrana (no només com a lleis pàtries, sinó també com a complement del dret supletori), tal com ho estableix expressament l'exposició de motius de la Llei de reforma del Dret de successions, de 31 de juliol de 1989 i tal com ho ha reconegut la jurisprudència en la important STSJA núm. 2255, de 18 de novembre de 2004 (precedida per les STSJA núm. 2233 de 23 de setembre de 2004 i núm. 2132 de 8 de gener de 2004).

e) La inclusió d'una *referència, tot i que mínima, però certa* (cosa que no ocorre a Mallorca i Menorca), *a la ruptura de la parella de fet, a més a més de tractar els supòsits de nul·litat matrimonial, separació legal i divorci, i extinció de la parella constituïda legalment*, com a causa unilateral de revocació, per l'instituent, dels pactes successoris sense transmissió actual de béns, tant a títol universal com a títol singular (art. 62.1d).

f) La millora substantiva i adjectiva en la regulació dels anomenats fins ara «pactes successoris de llegat», com a exemple d'autèntica successió contractual a títol singular, que passen a anomenar-se, amb ple encert pel que fa al fons i l'atenció sistemàtica en la Llei, «[p]actes d'institució a títol singular» (art. 70-73). I es regulen, de manera harmònica i detallada, seguint l'exemple dels pactes d'institució a títol universal (art. 66-69), amb les particularitats pròpies derivades del seu caràcter singular. En sentit similar ho fan la major part dels drets civils hispànics que admeten la figura dels pactes successoris amb previsió de figures a títol singular.¹⁷

I, fins i tot, en la disposició adicional segona, «Fonts del dret privat», de la Llei 46/2014 d'Andorra, a propòsit de considerar-les normes subsidiàries i de fixar-les, s'indica en el punt 3 (com a dret subsidiari) el següent, prou eloqüent, amb una simple frase d'una tradició de molts i molts de segles i imbricada en el dret derivat de la recepció de l'anomenat *ius commune*: «Mentre no es legisli en matèria de dret privat, s'aplica [a Andorra] com a supletori l'anomenat dret comú romano-canònic, d'acord amb els principis generals que informen l'ordenament jurídic andorrà». En el supòsit de les Illes Balears, s'ha de seguir el que està establert en l'article 1.3, regla quarta, de la Compilació de dret civil de les Illes Balears, segons la redacció derivada de la Llei 7/2017, del 3 d'agost, de manera que cal distingir necessàriament per illes el respectiu dret i, per tant, la respectiva tradició jurídica i llur història singular i singularitzada: mallorquina, menorquina i pitiusa. En aqueix sentit i de cara a la interpretació, sobretot, de la institució dels heretaments a Eivissa i Formentera, hom també haurà de seguir el dret civil català de l'època medieval i de l'edat moderna.

17. Els pactes o contractes successoris són objecte de tractament, a més de Catalunya (que hem tractat amb extensió en la nota anterior), en les lleis següents, que citam segons l'ordre protocol·lari de les comunitats autònomes, així com de la Comunitat Foral de Navarra. Pel que fa al País Basc, hom ha de seguir la Llei 5/2015, del 25 de juny, de dret civil basc (en eusquera, *5/2015 Legea, ekainaren 25ekoa, Euskal Zuzenbide Zibilar buruzkoa*), on, en el títol II, «De las sucesiones», el capítol III, «De los pactos sucesorios» (art. 100-109), els tracta. Pel que fa a Galícia, hom ha de seguir la Llei 2/2006, del 14 de juny, de dret civil de Galícia (en gallec, *Lei 2/2006, de 14 de xuño, de Dereito Civil de Galicia*), on en el títol X, «Da sucesión por causa de morte», el capítol III, «Dos pactos sucesorios» (art. 209-227), els tracta, amb figures tan importants com les dels anomenats «pactos de mellora», «a mellora de labrar e posuír» i «o pacto de apartamento». Pel que fa a l'Aragó, hom ha de seguir el Decret legislatiu 1/2011, del 22 de març, d'aprovació del text refós de les lleis civils aragoneses, conegut com a Codi de dret foral d'Aragó, on en el llibre III, «Derecho de sucesiones por causa de muerte», el títol II, «De la sucesión paccionada», dividit en sis capítols, els tracta: capítol I, «Disposiciones generales» (art. 377-384); capítol II, «Institución a favor del contratante» (art. 385-394); capítol III, «Institución recíproca» (art. 395-396); capítol IV, «Pacto en favor del tercero» (art. 397-398); capítol V, «Pactos de renuncia» (art. 399), i capítol VI, «Revocación» (art. 400-404). No existeix una versió oficial formal del Codi, per ara, en les llengües pròpies de l'Aragó (l'aragonès i el català d'Aragó), però l'article 382 del Codi sí que diu el següent, prou eloqüent:

Idioma de los pactos sucesorios. Los pactos sucesorios podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los contratantes elijan. Si el notario au-

Estam aquí —en el supòsit dels articles 70-73— davant una figura *més que relevant* del dret civil pitiús (una de les estrelles de la «companyia o grup de pactes», si se'ns permet la frase), sense parangó ni comparació en el dret civil mallorquí (i

torizante no conociera la lengua o modalidad lingüística elegida, el pacto se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los otorgantes y aceptado por el notario, que deberá firmar el documento.

Vegeu, emperò, J. I. LÓPEZ SUSÍN, J. MANZANA PUYOL i M. MARTÍNEZ TOMEY, *Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés según el Código del derecho foral de Aragón*, Saragossa, El Justicia de Aragón, 2016, 143 p. Finalment, pel que fa a Navarra, hom ha de seguir la Llei 1/1973, de l'1 de març, per la qual s'aprova la Compilació del dret civil foral de Navarra o Fuero nuevo, segons la redacció de la importantíssima Llei foral 21/2019, del 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació del dret civil foral de Navarra o Fuero nuevo (en eusquera, 21/2019 Foru Legea, *apirilaren 4koa, Nafarroako Foru Zuzenbide Zibilaren Konpilazioa edo Foru Berria aldatu eta eguneratzekoa*), el llibre II de la qual, «De las donaciones y sucesiones», en el títol IV, «De los pactos o contratos sucesorios», dividit en dos capítols, els tracta, amb el benentès que, a Navarra, com se sap i seguint la tradició històrica en matèria civil foral, hom no parla d'articles, sinó de lleis, i així s'esmenten. En efecte, l'esmentat títol IV es divideix en dos capítols: el capítol I, «Disposiciones generales» (lleis 172-176), i el capítol II, «Disposiciones especiales sobre pactos de institución» (lleis 177-183). El dret civil foral valencià, en espera d'una modificació explícita de la Constitució espanyola (CE) que reguli amb contingut de fons, de manera plena i no retòrica la competència que l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana preveu (art. 3.4, 7.2 i 49.2, així com la disposició transitòria tercera, segons la redacció donada per la Llei orgànica 1/2006, del 10 d'abril, de reforma de l'Estatut valencià, aprovat per la Llei orgànica 5/1982, de l'1 de juliol) i que es recuperi el contingut civil dels antics furs del regne de València, actualitzats degudament en aquesta matèria, ara per ara només és un dret civil foral de caire estrictament agrari i hidràulic, d'arrel tradicional i de plasmació consuetudinària. I, per tant, a causa del Decret de Nova Planta del regne de València del 29 de juny de 1707, que abolí aquells furs, no es preveu res de res d'això que comentam ni jurídicament és viable. En aqueix sentit i per a tancar-ho del tot, les sentències del Tribunal Constitucional 82/2016, del 28 d'abril, 110/2016, del 9 de juny, i 192/2016, del 16 de novembre (totes, emperò, amb el vot particular del qui fou vicepresident del Tribunal Constitucional, Sr. Xiol Ríos), així ho establiren. En la Llei 10/2007, del 20 de març, de la Generalitat Valenciana, de règim econòmic matrimonial valencià, es parlava, fins i tot, de l'aprovació futura d'una llei de dret successori valencià, però aqueixa Llei 10/2007 va ser declarada inconstitucional per la Sentència del Tribunal Constitucional 82/2006, del 28 d'abril, ja esmentada. En conseqüència, serà necessària la reforma constitucional *ad hoc* amb nou sentit de l'article 149.1.8a de la CE (i parlar d'una foralitat valenciana recuperada, en connexió amb la disposició addicional segona de la mateixa CE); i, en el cas que s'aprovi, després sí que podrà tenir desenvolupament el dret civil foral valencià, incloent-hi la qüestió hereditària, i, per tant, segurament allí, la matèria de l'herència paccionada o contractual. Com és evident, tot i que hi ha estatuts d'autonomia que fan referència al respectiu dret consuetudinari i a la seua protecció i conservació (en Astúries, Castella i Lleó, Extremadura —també amb el Fuero del Baylío— i en la regió de Múrcia, i aquestes dos darreres comunitats autònomes fins i tot amb competència en matèria de cassació davant la Sala Civil i Penal del respectiu Tribunal Superior de Justícia), les respectives comunitats no tenen cap normativa amb rang de llei en la matèria que tractam. Per al conjunt de l'Estat, en fi, és necessari recordar que va vigir la Llei de les Corts Generals 49/1981, del 24 de desembre, de l'Estatut de l'explotació familiar agrària i dels agricultors joves, que preveia en els articles 16-20 la possibilitat de la delació de l'herència agrària mitjançant la figura del pacte successori, però aquesta llei va quedar derogada per la disposició derogatòria única de la Llei 19/1995, del 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries.

menorquí), on no existeix, i que no es pot confondre —de cap de les maneres— amb una mera *donació*, sinó que té plens efectes successoris. *I, en tal sentit, se l'ha protegit, defensat i promocionat, en tots els ordres: també davant interpretacions manifestament incorrectes de l'ATIB i de l'AEAT sobre la seua naturalesa jurídica o sobre el que comporten.*¹⁸ És tal el grau de rellevància d'aquest pacte que en el futur, potser, qui sap si es podria fer extensiu a les illes de Mallorca i Menorca, com es deriva d'aquestes dos afirmacions explícites de l'exposició de motius (EM): «No [s']impedeix la reflexió futura sobre noves modalitats de pactes o l'aplicació de les figures d'unes illes a les altres, sempre, en aquest cas, salvaguardant la necessària adequació als principis successoris del dret civil propi de cada illa» (EM, II, redactat amb la idea d'estar parlant

18. En efecte, ha set recurrent l'equivocació de l'ATIB consistent a conceptualitzar el segon o ulterior pacte successori de llegat atorgat a les Pitiüses per persones subjectes al dret civil pitiús i amb béns immobles radicats a Eivissa i Formentera, com a *donació*, la qual cosa confon la naturalesa hereditària de la figura del pacte successori d'institució, si bé a títol singular, raó per la qual era necessari establir una sèrie de regles, taxatives, que evitassin qualsevol equivocació futura i, en conseqüència, evitar errors de tributació com els que s'han derivat de la intervenció esbiaixada de l'ATIB, que, en no comprendre la realitat de les institucions pitiüses —perquè no existeixen a Mallorca—, els atribuïa un tipus de gravamen errat, de manera que els atorgants pitiüses no podien aprofitar-se de la fiscalitat assenyada relativa a les figures successòries com ara la representada per la Llei 22/2006, del 19 de desembre, de reforma de l'impost de successions i donacions (i, ara, del Decret legislatiu 1/2014, del 6 de juny, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en matèria de tributs cedits per l'Estat, art. 57 i 59). Els errors també s'han produït a propòsit de vetar l'atorgament o l'admissió d'una pluralitat de pactes, quan resulta que aquests, conforme al règim propi d'Eivissa i Formentera, permeteren —i permeten— temporalitzar l'atribució dels béns pels pares, la rebuda d'aquests pels fills i l'ordenació de l'atorgament, d'una manera raonable, segons el propi estalvi i la llibertat personal de cadascú, sense que es vegessin interferides ni agredides o gravades les figures sense fonaments i amb desmesura. No haver previst unes regles com les que inclou la nova Llei (sens perjudici de les derivacions fiscals de la Llei estatal 11/2021, del 9 de juliol, «de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal») hauria desincentivat la pràctica de les institucions pitiüses i les hauria ferit. I s'haurien vist afectades o distorsionades en la seua efectivitat quotidiana pel fet, completament involuntari per part seva, que a Mallorca i a Menorca, simplement, no es poden atorgar aqueixos tipus de pactes perquè el dret civil vigent allí —diferent per història i tradició del pitiús— no els ho permet. La qüestió ha tingut tanta repercussió que, fins i tot, en la sessió del 16 de novembre de 2022 del Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera es donà compte del corresponent *Informe en relació amb la pretensió de l'Agència Tributària de les Illes Balears de liquidar com a donacions alguns pactes successoris propis del dret civil aplicable a les illes d'Eivissa i Formentera*, elaborat pel notari, llavors de Formentera i ara d'Eivissa, Javier González Granado i qui redacta aquest article. Deixam constància del fet que l'entrada en vigor de la Llei 8/2022 ha estat rebuda amb satisfacció per l'Associació Professional de Tècnics Tributaris de Catalunya i Balears (APttCB), presidida per l'eivissenc Joan Torres Torres, de la qual cosa es feia ressò la premsa. «Técnicos tributarios celebran la modernización de la ley de pactos sucesorios que este martes entra en vigor en Baleares», publicà l'agència de notícies Europa Press el dia 17 de gener de 2023. I, entre d'altres, també el *Diario de Mallorca* en parlà el dimecres 18 de gener de 2023, p. 14: «La ley de herencias en vida, ya en vigor: "Evitará confusiones con los tributos"». També en parlaren diaris digitals, com ara *Menorcaaldia.com*, <<https://menorcaaldia.com/2023/01/18/los-tecnicos-tributarios-celebran-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-de-herencias-en-vida/>>.

de tot l'arxipèlag); «Aquesta llei regula els pactes existents avui, però amb possibilitat oberta a noves modalitats» (EM, III, redactat amb la idea d'estar parlant explícitament de Mallorca i Menorca). En aqueix sentit, vegeu la crítica de la mallorquina catedràtica de dret civil de la Universitat de les Illes Balears, ja jubilada, i membre de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears María Pilar Ferrer Vanrell, en l'article intitulat «¿Quo vadis, legislador?»,¹⁹ qui, amb caràcter general, considera que «[l]a ley 8/2022, es insuficiente, confusa e imprecisa en su terminología jurídica» i troba insuficient la regulació dels pactes successoris a Mallorca i Menorca, per contrast amb Eivissa i Formentera (en aquest àmbit). Específicament diu: «También faltan otros pactos que debería contener la nueva ley 8/2022, por ej., el pacto de atribución particular [i, amb això, s'està referint a Mallorca i Menorca, sense tradició *ad hoc* constatable]; la definición a la legítima viudal entre cónyuges o parejas estables, principalmente, cuando pasan a ulteriores matrimonios y por edad ya no tendrán hijos en común, y acuerden dejar su patrimonio a sus respectivos hijos». Aquestes darreres institucions, que s'han de conceptuar com a pactes de renúncia en l'àmbit matrimonial o equivalent de les parelles estables, no s'han previst per a cap illa ni com a *definició* (per a Mallorca i Menorca) ni com a *finiment* (per a les Pitiüses).

g) El desenvolupament, a les Pitiüses, a propòsit dels *pactes de finiment limitats a la llegítima* (art. 77), de les *dos noves modalitats* que ja hem tractat abans, amb derivacions afegides molt reeixides, d'abast programador i progressiu, en el si de les famílies i del fenomen successori en vida: el *finiment general*, fet en consideració a tots els béns presents i futurs del causant; i el *finiment especial*, fet únicament en consideració a tots o alguns dels béns presents del causant. I l'establiment, per la Llei, d'un règim il·limitat de possibles finiments especials previs a un finiment general de la llegítima, amb la flexibilitat que comporta aquesta fórmula de cara a la presa de decisions.

h) La innovació de l'article 77.2, que tracta de l'*aixecament de l'afecció real*, característica de la llegítima pitiüsa,²⁰ i de com actua aquesta (art. 81.2 i 82.1 de la Compilació), amb una nova concreció que la millora:

19. M. P. FERRER VANRELL (2023), «¿Quo vadis, legislador?», *Missèr: Revista de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears* (Palma: Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears), núm. 136 (gener-març), secció «Las páginas de la Academia», p. 48-51, disponible en línia a <www.icaib.org/tecnologia-aliada-en-el-numero-136-de-misser/#lightbox/gallery204363/0>.

20. Feim esment que, en virtut de la Llei 7/2017, del 3 d'agost, s'ha modificat, en la versió catalana de la Compilació, que era l'originària del 1990, entre altres preceptes, l'importantíssim article 81.1 a propòsit del pagament de la llegítima, que es pagarà, segons la versió catalana, d'acord amb la forma genuïna de designar els diners a Eivissa i Formentera, «en sous o metàl·lic», aspiració històrica d'abast jurídic, però també identitari i de fons substantiu, i expressió redactada d'acord amb la tradició eivissenca i formenterera enfront de la redacció que mantenia el precepte, que, malgrat referir-se al dret civil privatiu de les Pitiüses, tenia la seua versió catalana redactada en mallorquí (català de Mallorca) i emprava la paraula «doblers», terme absolutament desconegut a les Pitiüses i considerat fins i tot com un mallorquinisme lingüístic impropri

En cas que l'ascendent transmeti per qualsevol títol successori o per donació [qüestió diferent als títols successors] algun dels béns immobles en consideració als quals s'ha atorgat finiment, l'adquirent podrà inscriure'l lliure d'afecció real per raó de la llegítima del renunciant.

8. EL VALOR DE LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL SEGONA I LA SEUA RELACIÓ ÍNTIMA AMB EL RESPECTIU DRET CIVIL A L'ARXIPÈLAG

La disposició addicional segona no té rúbrica, però el seu contingut —tot i que amb una redacció difícil, per mor de tot el que diu i conté de manera comprimida, però amb molt de pes— *és molt important per al conjunt de la Llei* (i les institucions que s'hi encabeixen) i, com es veurà, fins i tot per al conjunt dels drets civils a l'arxipèlag, perquè materialment estam davant d'un precepte que podria haver-se ubicat en l'article 1 de la Compilació. En veritat, és una disposició addicional que actua com una suma de principis rectors a l'hora d'aplicar la nova Llei i, inclús, tot el dret civil propi a la comunitat autònoma (de manera similar als «[p]rincipis rectors de l'activitat pública» de què parla l'article 12 de l'Estatut d'autonomia, assenyaladament en l'apartat 3). El seu impulsor fou el Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera.

D'aquesta disposició addicional es deriva que la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (i, per tant, els organismes i ens que en depenen; per exemple, l'ATIB, però no només ella, sinó tots els dependents i, en general, les mateixes administracions al servei dels poders territorials de l'arxipèlag i els organismes i ens dependents), en l'exercici de les competències previstes en l'Estatut d'autonomia i en funció dels principis que les inspiren i dels altres principis que conté l'Estatut:

a) Ha de garantir i promoure l'aplicació del dret civil propi i, en particular, la de les institucions jurídiques regulades en aquesta Llei, tot respectant les peculiaritats i la substantivitat del dret de cadascuna de les illes.

b) Ha de vetllar perquè en cap cas no es puguin adoptar mesures que perjudiquin o desincentivin l'aplicació del dret civil propi o de les institucions esmentades.

per complet *del i per al* llibre III, el que recull el dret civil propi d'Eivissa i Formentera. I s'ha suprimit i s'ha substituït pel nom autòcton d'Eivissa i Formentera, «sous», i sense emprar el terme estàndard del català, «diners», que s'ha considerat *més que llunyà* i sense cap ús a les Pitiüses. En la versió en castellà d'aquest article 81.1 simplement es diu «en dinero o metálico». La llegítima es paga, doncs, a Mallorca (i a Menorca) en «doblers» (art. 48 i, per remissió, per a Menorca, art. 65), tot emprant la veu pròpia del català d'aquelles illes, i a Eivissa i Formentera es paga en «sous o metàl·lic» (art. 81.1), tot fent servir la veu pròpia del català pitiús.

Estam, en realitat, davant *un precepte que fa una crida explícita al propi quadre de fonts i a l'aplicació d'aquestes fonts*, com consideren els apartats 2 i 3 (i, en particular, aquí, la regla 4a) de l'article 1 de la Compilació.

En aqueix sentit, podríem subdividir o esmicolar la disposició addicional segona de la Llei 8/2022 en aquestes altres regles o apartats successius, la redacció de les quals ara reconstruïm per a fer més fàcil l'explicació i la interpretació del que volem fer avinent.

La CAIB, en l'exercici de les competències previstes en l'Estatut d'autonomia i en funció dels principis que les inspiren i dels altres principis que aquell conté (al marge de les competències), *ha de:*

a) *Garantir i promoure, en general, l'aplicació del dret civil propi, tot respectant les peculiaritats i la substantivitat del dret de cadascuna de les illes*, clara crida a una aplicació i una interpretació autoctonistes del dret civil respectiu. D'aquesta manera, les exigències de la regla quarta de l'article 1.3 de la Compilació («En l'aplicació del dret civil propi, aquest ha de ser interpretat d'acord amb els principis generals que l'informen i, si es tracta de la interpretació d'una institució històrica, s'ha de prendre en consideració la tradició jurídica singular, continguda a les antigues lleis i els costums insulars; la doctrina dels doctors i les decisions de la Reial Audiència, quan existissin per aquella institució») queden refermades per aquesta disposició addicional segona, que condueix a l'obligació de respectar les tradicions jurídiques més antigues a l'arxipèlag, segons el dret civil històric de Mallorca, el de Menorca i el de les Pitiüses, respectivament, i sense confusions ni invasions, de cap mena, del dret de Mallorca en els altres.

b) *Garantir i promoure, en particular, l'aplicació de les institucions jurídiques regulades en aquesta Llei, tot respectant les peculiaritats i la substantivitat del dret de cadascuna de les illes*, clara crida, a més, a una aplicació i una interpretació autoctonistes de les innovacions introduïdes en matèria de successió voluntària paccionada o contractual conforme a aqueixa naturalesa plural innata del dret civil a l'arxipèlag, segons el règim propi de Mallorca i Menorca, per una banda, i el de les Pitiüses, per l'altra.

c) *Vetllar, en general, perquè en cap cas no es puguin adoptar mesures que perjudiquin o desincentivin l'aplicació del dret civil propi*, una altra vegada una clara crida a una aplicació i una interpretació autoctonistes —en clau interna illenca— del dret civil respectiu.

d) *Vetllar, en particular, finalment, perquè en cap cas no es puguin adoptar mesures que perjudiquin o desincentivin l'aplicació de les institucions* (jurídiques regulades en aquesta Llei) *esmentades*, que és una molt clara crida, a més, a una aplicació i una interpretació autoctonistes —novament en clau interna illenca— de les innovacions introduïdes en matèria de successió voluntària paccionada o contractual conforme a aqueixa naturalesa plural del dret civil a l'arxipèlag.

Emperò, ben distint a aquest parer és el d'una persona tan significativa en el conjunt del dret civil a les Illes Balears com el mallorquí catedràtic de dret civil de la Universitat de les Illes Balears, ja jubilat, i president de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears Miquel Coca Payeras, en el treball intítulat «Cuarenta años sin afianzar un modelo de política legislativa sobre el derecho civil de las Illes Balears»,²¹ on, a propòsit de la Llei 8/2022, diu, amb caràcter general, que «[l]a única preocupación que aparece constantemente en esa Ley especial es la de diferenciar el bloque normativo de Mallorca y Menorca del de Eivissa y Formentera, siguiendo el modelo de la Compilación», cosa que considera ja superada per complet. I, pel que fa a la disposició addicional segona, la considera, literalment, lletra morta: «Incluso en el brindis al sol contenido en la disposición adicional segunda, *se refleja el presupuesto de que, en ningún caso, el ordenamiento civil de las Illes Balears será único para las islas*». Però resulta que ha set, aquesta *forma* i aquest *contingut* de la Llei, l'única manera viable de poder avançar i aprovar *una* llei com la present, plural i diversa, com plurals i diversos són els drets civils a l'arxipèlag (salvant les distàncies, fins i tot ho són molt més del que signifiquen, en tots els ordres, l'Aran a Catalunya i els seus drets civils),²² inclosa la qüestió de fer, en el nostre supòsit, una redacció normativa tan exhaustiva com sigui possible per a evitar equivocacions per part de l'Administració tributària estatal i balear aplicant baixos propis d'unes illes i el seu dret respectiu, a les altres, amb errors manifestos. I sense reconèixer-ho així, palesament, no s'hauria aprovat cap llei.

La disposició addicional segona, ara aquí versada, guarda «alguna» relació —ni que siga pel llenguatge emprat— amb part del que significa o comporta l'article 33.4

21. M. COCA PAYERAS (2022), «Cuarenta años sin afianzar un modelo de política legislativa sobre el derecho civil de las Illes Balears», *Revista Jurídica de les Illes Balears* (Conselleria de Presidència, Funció Pública i Igualtat del Govern de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears), núm. 23 (2022), p. 93-114, disponible en línia a <https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2023/02/23-2022_RJIB_ICAIB_18-gener.pdf>.

22. Vegeu en aqueix sentit, l'article 52 de la Llei 1/2015, del 5 de febrer, del règim especial d'Aran, intítulat «Dret civil aranès» i que transcrivim en la seua forma oficial occitana, perquè és fàcilment comprensible, com a llengua pròpia de l'Aran i, també, germana del català:

Article 52. Dret civiu aranès 1. Eth Conselh Generau d'Aran, per miei des organs competenti, en collaboracion damb era Comission de Codificacion de Catalonha, a de velhar per preservar es institucions juridiques araneses recuellhudes ena Querimònia e era rèsta de privilègis contengudi enes institucions de dret civiu privat e de dret public. 2. Eth Conselh Generau d'Aran, en collaboracion damb era Comission de Codificacion de Catalonha, a de prepausar ath Govèrn dera Generalitat es mesures entara actualizacion des figures de dret civiu privat e de dret public aranès que considèrè de besonh entà garantir-ne er avier.

El contingut no pot ser més explícit a l'hora de remarcar la tradició aranesa en matèria de dret civil privat i de dret públic.

de Llei 8/2018, del 28 de juny, d'actualització dels drets històrics d'Aragó,²³ precepte que diu literalment:

Artículo 33

El conocimiento del derecho y servicio público

[...]

4. El ejercicio por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón de sus competencias en materia tributaria y fiscal tendrá por objeto garantizar y promover la aplicación del derecho foral aragonés, sin que en ningún caso puedan adoptarse medidas que perjudiquen o desincentiven su aplicación. Del mismo modo, la Diputación General de Aragón velará para que las normas y actos del Estado en materia tributaria y fiscal no produzcan tampoco esos efectos negativos.

Aqueix precepte s'ha salvat del que ha comportat la Sentència del Tribunal Constitucional 158/2019, del 12 de desembre, que ha declarat nombroses inconstitucionalitats en aqueix mateix article 33 i en d'altres de la llei aragonesa esmentada, però l'apartat 4 ha perviscut. Es tracta d'un precepte que ben clarament podria haver-se inclòs, directament, en el Codi de dret foral d'Aragó, aprovat pel Decret legislatiu 1/2011, del 22 de març, com a norma substantiva o de fons (amb les normes successives, fins a la redacció del moment present).

Dins del mateix dret foral d'Aragó (i de la seua actualització), l'esmentat article 33.4 de la Llei 8/2018, del 29 de juny, es complementa amb les competències de la Comissió Aragonesa de Dret Civil (art. 34) pel que fa a la defensa del dret civil propi. A les Illes Balears, salvant les distàncies substantives i adjectives, alguna equivalència s'aprecia amb les competències del Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera i, així mateix, amb les competències del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, segons la Llei 7/2017, del 3 d'agost, diverses voltes citada.

23. En els articles publicats a la premsa pitiüsa el gener del 2021, dels quals tracta la nota a peu de pàgina anterior número 13, hi vaig donar notícia d'aquest precepte aragonès i de la Sentència del Tribunal Constitucional 158/2019, del 12 de desembre. I el Consell Assessor de Dret Civil Propi d'Eivissa i Formentera es va fer ressò del que representa aqueix precepte aragonès i l'assumí per a incloure en la nova Llei unes regles, si no iguals, sí almenys equivalents o paregudes, en part. Aquesta és la raó per la qual s'ha acabat aprovant aqueixa regla, tot i que sense rúbrica, enfront del que passa amb la resta de la Llei.

9. LA VINCULACIÓ EXPLÍCITA DEL DRET CIVIL PITIÜS, EN MATÈRIA DE PACTES SUCCESSORIS, AMB EL DRET URBANÍSTIC I TERRITORIAL APLICABLE A EIVISSA I FORMENTERA, I VICEVERSA

Aquesta és una qüestió sobre la qual duim anys investigant.²⁴ I, com que repercuteix moltíssim en la matèria que tractam, ben modestament i humilment ho hem tractat de fer avinent, de manera reiterada, als altres membres del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears des de les Pitiüses estant.

En efecte, la relació del dret civil propi d'Eivissa i Formentera amb les normes urbanístiques i territorials aplicables a les Pitiüses es plasma clarament en el que diu l'article 14 bis de la Llei 1/1991, del 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears (LEN), com a conseqüència de la redacció derivada de la Llei 8/2003, del 25 de novembre, de mesures urgents en matèria d'ordenació territorial i urbanisme a les Illes Balears,²⁵ el contingut de l'exposició de motius de la qual —avui vigent— resulta especialment rellevant a propòsit d'aquesta qüestió concreta. Això és el que s'hi diu com a justificació:

En aquesta llei, es preveuen les condicions especials de parcel·la mínima en sòl afectat per la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears, en els casos de *transmissió per causa de mort i d'acord amb les particularitats pròpies del dret civil especial* [sic, per específic, quan l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, segons la redacció derivada de la Llei orgànica 3/1999, del 8 de gener, vigent en 2003, ja havia suprimit la paraula «especial»] *d'Eivissa i Formentera, així com en els casos de donacions entre pares i fills*, deixant la seva regulació al Pla territorial insular. *S'estableixen condicions de manteniment de la titularitat de la propietat, evitant situacions de transmissió de la mateixa, que distorsionarien la intenció del manteniment en el nucli familiar del sòl adquirit per qüestió hereditària.*

24. Á. C. NAVARRO SÁNCHEZ (2015), «La lluita per la protecció i defensa del dret civil de les Pitiüses des de Formentera», en *Jornades d'Estudis Locals Joan Marí Cardona*, vol. 5, Formentera, Consell Insular de Formentera i Institut d'Estudis Balearics, p. 25-67.

25. Sobre aquesta matèria, vegeu O. P. CARDONA GUASCH (2011), «Balanc de l'aplicació de la Compilació a Eivissa i Formentera», en *El dret viscut: 50 anys de la Compilació del dret civil de les Illes Balears (1961-2011)*, Palma, Lleonard Muntaner, Institut d'Estudis Autònoms, Govern de les Illes Balears i Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears, p. 169-201 (L'Arjau; 24).

L'article 14 bis de la LEN (amb contingut civil pitiús manifest) diu:

Article 14 bis

El Pla Territorial Insular d'Eivissa i Formentera podrà reduir fins a un 25 % les superfícies previstes als articles 12 i 14 quan es tracti de *finques registrals resultants d'actes dispositius de segregació derivats de testaments o pactes successoris, o que siguin necessaris per a dur a terme la partició de béns per idèntica raó hereditària o per a procedir al pagament de la llegítima, o quan es tracti de donacions entre pares i fills*. Les llicències d'edificació en parcel·les que es beneficiïn de la reducció prevista en l'apartat anterior només s'atorgaran prèvia acceptació, per part del propietari, de l'obligació de no transmetre *inter vivos* l'esmentada finca en el termini de quinze anys a comptar des de l'atorgament de la llicència.

L'eficàcia d'aquesta es demorarà al moment en què s'acrediti, davant de l'ajuntament competent, haver practicat la corresponent inscripció al Registre de la Propietat de l'esmentada obligació. En qualsevol cas, la llicència es condicionarà al manteniment d'aquesta obligació.

És a dir, existeixen (per a determinats terrenys qualificats com a sòl rústic protegit —àrees d'alt nivell de protecció [AANP], àrees naturals d'especial interès [ANEI] i àrees rurals d'interès paisatgístic [ARIP]— i per a determinats àmbits del sòl rústic comú amb qualificació específica de sòl forestal —sòl rústic comú-sòl forestal [SRC-SF]) a les illes d'Eivissa i Formentera, on hi ha edificacions i, sobretot, on poden fer-se'n de noves —allí on es puga i estiga permès—, unes exigències molt concretes que confereixen drets d'edificació en aqueixos sòls, però no en cas contrari: no escauen fora de l'herència i en les institucions derivades d'aquesta (o són tantes les exigències de superfície segons el sistema ideat, per a la resta de casos, que les finques esdevenen, *de iure*, pel factor multiplicador en les segregacions, inedificables). Només si les parcel·les en sòl rústic s'han obtingut per *actes dispositius* [provinents] *de segregació derivats de testaments o pactes successoris, o que siguin necessaris per a dur terme la partició de béns per idèntica raó hereditària o per a procedir al pagament de la llegítima, o quan es tracti de donacions entre pares i fills*, s'hi podrà construir; però no en la resta de casos. Amb l'obligació, a més, de mantenir la vinculació —constatable en el Registre de la Propietat de manera expressa com a càrrega real, segons l'article 15 i els concordants de la Llei 8/1997, del 8 de juliol, del sòl rústic de les Illes Balears— amb el que podríem anomenar el *tronc familiar* i de no poder vendre durant quinze anys: en aquest sentit, el Pla Territorial Insular d'Eivissa i Formentera del 21 de març de 2005 (ara reduït a l'illa d'Eivissa com a Pla Territorial Insular d'Eivissa, en virtut de la creació del Consell Insular de Formentera en 2007, per la reforma de l'Estatut d'autonomia conforme a la Llei orgànica 1/2007, del 28 de febrer, i materialitzat en el Pla Territorial Insular de Formentera del 27 de setembre de 2010), fins i tot, per a

determinats supòsits de sòl rústic, ha ampliat aquestes exigències, ni més ni menys, a vint-i-cinc anys (és a dir, a mantenir la vinculació amb el tronc familiar i a no poder vendre durant vint-i-cinc anys).

Així, la crida —per una norma amb rang de llei, la citada LEN, i el seu desenvolupament en el pla territorial corresponent, ja siga a Eivissa (segons la redacció vigent, del 2019),²⁶ ja siga a Formentera (segons la redacció vigent, del 2020)—²⁷ al pacte successori conforme al dret civil propi és patent com a institució més que imbricada entre allò privat —dret civil pitiús— i allò públic —legislació territorial i urbanística i de planejament territorial i urbanístic vigent a Eivissa i Formentera— en un cercle complet. I diàfan.

Doncs bé, l'exposició de motius de la nova Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears ho diu explícitament, tot i que d'una manera minúscula, a propòsit de les Pitiüses (amb alguna aportació de qui això escriu, per tal que aquesta obvietat, que expressa moltes qüestions de la pràctica del dret a les Pitiüses, en un *tot* orgànic públic/privat i privat/públic, no s'amagàs i es digués clarament): «la normativa territorial i urbanística aplicable en aquestes illes [Eivissa i Formentera] també es fa ressò dels pactes successoris pitiüsos i del seu ús i utilitat» [en el punt v de l'exposició de motius], cosa que no ocorre, en absolut, a les illes de Mallorca i Menorca i en el seu dret civil privatiu.

Sense ser un supòsit de tronalitat, a la manera de la propietat al territori històric de Biscaia (a la Biscaia foral), al territori rústic aforat biscaí, a les Pitiüses la qüestió d'aqueixes normes de dret públic i de dret privat, totes elles imbricades, té tantes *particularitats* que no era possible deixar-les d'esmentar, ja que neutralitzen i enerven una resposta senzilla o fàcil a propòsit de la relació del dret civil propi, aquí materialitzat en la institució del pacte o contracte successori, i les regles urbanístiques i territorials aplicables al sòl rústic d'Eivissa i Formentera.

26. Per tal que es vegi la realitat del que deim, ens remetem al Pla Territorial Insular d'Eivissa segons l'acord del Ple del Consell Insular d'Eivissa del 15 de maig de 2019 (BOIB, núm. 67 [18 maig 2019]), norma 16, punts 6-11, «Segregacions i divisions de finques en sòl rústic», règim que, pel que sembla, es vol canviar i fer més permissiu i obert en aquest final del mandat 2019-2023. En efecte, s'hi vol afegir el supòsit de la relació successòria entre oncle i nebot consanguini, o, dit en eivissenc, entre *blanco* i nebot (o siga, la relació del padrí —sense descendents— i el fillol); també la relació entre avis i nets, o, dit en català pitiús, entre *güelos* i nets (en realitat, sense el castellanisme, entre *majors* i nets), i fins i tot s'hi vol preveure supòsits de dissolució del condomini entre germans respecte de finques adquirides per un títol diferent de l'hereditari.

27. Per tal que es vegi la realitat del que deim, ens remetem al Pla Territorial Insular de Formentera segons l'acord del Ple del Consell Insular de Formentera del 25 de febrer de 2020 (BOIB, núm. 110 [18 juny 2020]), quarta modificació, i a la seva publicació com a text refós: article 38 (apartats 4 i 7), «Divisions, segregacions i fraccionaments»; article 68 (apartat 3), «Condicions de parcel·la», i article 71.1b, «Establiments regulats per la normativa autonòmica sobre la prestació de serveis turístics en el medi rural».

Estam davant d'unes institucions que són expressió d'un tot imbricat —de dret privat i de dret públic, i viceversa— fonamentat en el valor de la tradició i la vivència pitiüses en multitud d'aspectes, materials i immaterials, però que s'ha sabut actualitzar al món del segle XXI i a les necessitats, vives, de la societat eivissenca i de la societat formenterera.

Això s'aprecia fins i tot, finalment, en aquestes afirmacions, ben expressives i ponderades, de la diputada Costa i Serra (del Grup Parlamentari Socialista) en defensar el vot afirmatiu de la Llei, el 25 d'octubre de 2022, al Ple del Parlament de les Illes Balears, inclosa la visió particular pitiüsa de l'assumpte (i el valor que encara té, *per se*, inclús en el nom, tot i que sembli vetust, arcaic o arcaïtzant, el concepte quasi intangible, per a les Pitiüses, de *dret foral d'Eivissa i Formentera*, on els pactes successoris són la clau de volta del sistema hereditari propi):

Ara veim la part final i pot semblar més fàcil del que segurament la feina interna va ser, perquè *hem de recordar que no tot és tan fàcil com sembla, que la Compilació de les Illes Balears, a més, està dividida en diferents llibres i que aquesta reforma dels pactes successoris ha estat, a més, molt respectuosa amb les particularitats de les diferents illes, per una banda Mallorca i Menorca i, per l'altra, tant Eivissa i Formentera*, com ara hi feia referència el company, el diputat Sr. Sanz.

Els pactes successoris, evidentment, ja existien i existeixen en el nostre ordenament jurídic i en els darrers anys han anat augmentant; el que fem ara és una revisió, també diria que una ampliació i, sobretot, una clarificació, per a donar més seguretat jurídica a totes aquelles persones que, en definitiva, el que fan és avançar la seva herència en vida, i a tots els operadors jurídics que hi intervenen i, així, evitar posteriors litigiositats.

Aprofit, també, per agrair la feina que ha fet la Comissió de Dret Foral d'Eivissa i Formentera, dependent del Consell d'Eivissa, perquè han estat col·laboradors dialogants i han ajudat que avui tenguem aquesta proposta consensuada, tenint en compte la gran tradició i història d'aquests pactes a les Illes Pitiüses. I un dels temes que vull destacar és que clarifica la norma tot el que fa referència a la revocació, que sempre és un tema molt controvertit i que feia necessari ampliar la regulació per evitar litigis de futur.

BIBLIOGRAFIA

- BIBILONI GUASP, B. (2023). «Les línies generals de la Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears» [vídeo]. En: *Jornades. La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears. Palma, 11, 17 i 25 de gener de 2023 (sessions presencials i en línia)*. Palma: Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears (col·l.), ponència del dia 11 de gener de 2023. Disponible en línia a: <www.caib.es/sites/institutestudisautonomic/ca/2023_la_nova_regulacio_dels_pactes_successoris_a_les_illes_balears/> (consulta: 20 gener 2023).
- CARDONA GUASCH, O. P. (2011). «Balanz de l'aplicació de la Compilació a Eivissa i Formentera». En: *El dret viscut: 50 anys de la Compilació del dret civil de les Illes Balears (1961-2011)*. Palma: Lleonard Muntaner, Institut d'Estudis Autònomic, Govern de les Illes Balears i Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears, p. 169-201 (L'Arjau; 24).
- CARDONA GUASCH, O. P. (2023). «Els pactes successoris a Eivissa i Formentera» [vídeo]. En: *Jornades. La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears. Palma, 11, 17 i 25 de gener de 2023 (sessions presencials i en línia)*. Palma: Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears (col·l.), ponència del dia 25 de gener de 2023. Disponible en línia a: <www.caib.es/sites/institutestudisautonomic/ca/2023_la_nova_regulacio_dels_pactes_successoris_a_les_illes_balears/> (consulta: 20 gener 2023).
- COCA PAYERAS, M. (2022). «Cuarenta años sin afianzar un modelo de política legislativa sobre el derecho civil de las Illes Balears». *Revista Jurídica de les Illes Balears* [Conselleria de Presidència, Funció Pública i Igualtat del Govern de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears], núm. 23 (2022), p. 93-114. Disponible en línia a: <https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2023/02/23-2022_RJIB_ICAIB_18-gener.pdf> (consulta: 20 gener 2023).
- FERRER VANRELL, M. P. (2023). «¿Quo vadis, legislador?». *Missèr: Revista de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears* [Palma: Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears], núm. 136 (gener-març), secció «Las páginas de la Academia», p. 48-51. Disponible en línia a: <[www.icaib.org/tecnologia-alida-en-el-numero-136-de-misser/#iLightbox\[gallery204363\]/0](http://www.icaib.org/tecnologia-alida-en-el-numero-136-de-misser/#iLightbox[gallery204363]/0)> (consulta: 20 gener 2023).
- GONZÁLEZ GRANADO, J.; NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2022). *Informe en relació amb la pretensió de l'Agència Tributària de les Illes Balears de liquidar com a donacions alguns pactes successoris propis del dret civil aplicable a les Illes d'Eivissa i Formentera*. Formentera: [inèdit].

- LÓPEZ SUSÍN, J. I.; MANZANA PUYOL, J.; MARTÍNEZ TOMEY, M. (2016). *Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés según el Código del derecho foral de Aragón*. Saragossa: El Justicia de Aragón, 143 p.
- MAS I COLOM, M. À. (2023a). «La donació universal de béns presents i futurs» [vídeo]. En: *Jornades. La nova regulació dels pactes successoris a les Illes Balears. Palma, 11, 17 i 25 de gener de 2023 (sessions presencials i en línia)*. Palma: Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears (col·l.), ponència del dia 17 de gener de 2023. Disponible en línia a: <www.caib.es/sites/institutestudisautonomic/ca/2023_la_nova_regulacio_dels_pactes_successoris_a_les_illes_balears/> (consulta: 20 gener 2023).
- MAS I COLOM, M. À. (2023b). «Las herencias en vida pueden ser muy útiles e incluso pagar menos». Entrevista de M. Adrover. *Diario de Mallorca*, 22 de gener de 2023. Disponible en línia a: <www.diariodemallorca.es/mallorca/2023/01/22/miguel-angel-herencias-vida-utiles-81467684.html> (consulta: 20 gener 2023).
- MAS I COLOM, M. À. (2023b). «Las herencias en vida pueden ser muy útiles e incluso pagar menos». Entrevista de M. Adrover. *Diario de Ibiza*, 23 de gener de 2023. Disponible en línia a: <www.diariodeibiza.es/ibiza/2023/01/23/miguel-angel-herencias-vida-utiles-81677318.html> (consulta: 20 gener 2023).
- MAS I COLOM, M. À. (2023c). «Las herencias en vida se podrán revocar en las islas gracias a la nueva Ley». Entrevista de M. Adrover. *Diario de Mallorca*, 16 de febrer de 2023. Disponible en línia a: <www.diariodemallorca.es/mallorca/2023/02/16/herencias-vida-podran-revocar-gracias-83023790.html>. (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2015). «La lluita per la protecció i defensa del dret civil de les Pitiüses des de Formentera». En: *Jornades d'Estudis Locals Joan Marí Cardona*. Vol. 5. Formentera: Consell Insular de Formentera i Institut d'Estudis Balearics, p. 25-67.
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2021a). «En defensa efectiva dels pactes successoris propis del dret civil pitiús». *Diario de Ibiza*, 20 de gener de 2021. Disponible en línia a: <www.diariodeibiza.es/opinion/2021/01/20/defensa-efectiva-dels-pactes-successoris/1198107.html> (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2021b). «Per una fiscalitat justa dels pactes successoris a les Pitiüses i a la resta de l'Estat: una visió per a actuar en la seua defensa». *El Periódico de Ibiza y Formentera*, 23 de gener de 2021. Disponible en línia a: <www.periodicodeibiza.es/opinion/opinion/2021/01/23/1232219/per-fiscalitat-justa-dels-pactes-successoris-les-pitiuses-resta-estat-visio-per-actuar-seua-defensa.html> (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2022a). «Un exemple reeixit de desenvolupament, protecció i reconeixement del dret civil d'Eivissa i Formentera: la recent Llei 8/2022, d'11 de novembre, sobre successió voluntària paccionada o contractual de les

- Illes Balears». En: *El Pitiús 2023: Almanac per a Eivissa i Formentera*. Eivissa: Institut d'Estudis Eivissencs, p. 178-186.
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2022b). «“Salvo el derecho de propiedad...”. ¿Se cumple exactamente esa cláusula en las Illes Balears, en particular en el supuesto de las licencias urbanísticas en el suelo rústico?». *Revista Digital CEMCI* [Diputación de Granada, Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional (CEMCI)], núm. 56 (octubre-diciembre), p. 1-37. Disponible en línea a: <<https://revista.cemci.org/numero-56/pdf/trabajos-de-evaluacion-3-salvo-el-derecho-de-propiedad-se-cumple-exactamente-esa-clausula-en-las-illes-balears.pdf>> (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2023a). «La nova Llei de modernització dels pactes successoris a les Balears i Pitiüses». *Diario de Mallorca*, 13 de gener de 2023, secció «Opinió», p. 26. Disponible en línea a: <www.diariodemallorca.es/opinion/2023/01/13/nova-llei-modernitzacio-dels-pactes-81116006.html> (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2023b). «La nova Llei de modernització dels pactes successoris a les Balears i Pitiüses». *Diario de Ibiza*, 15 de gener de 2023, secció «Opinió», p. 16. Disponible en línea a: <www.diariodeibiza.es/opinion/2023/01/15/nova-llei-modernitzacio-dels-pactes-81186166.html> (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2023c). «Recompte de pactes successoris possibles segons la Llei 8/2022». *Missèr: Revista de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears* [Palma: Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears], núm. 136 (gener-març 2023), secció «Opinió», p. 38-41. Disponible en línea a: <[www.icaib.org/tecnologia-aliada-en-el-numero-136-de-misser/#iLightbox\[-gallery204363\]/0](http://www.icaib.org/tecnologia-aliada-en-el-numero-136-de-misser/#iLightbox[-gallery204363]/0)> (consulta: 20 gener 2023).
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. (2023d). «El dret civil pitiús: desenvolupat, protegit i reconegut en la novíssima Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears». En: *Eivissa*. Eivissa: Institut d'Estudis Eivissencs [en premsa].
- PANIZA FULLANA, A. (2022). «Una primera aproximación a la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears». *Revista Jurídica de les Illes Balears* [Conselleria de Presidència, Funció Pública i Igualtat del Govern de les Illes Balears, Institut d'Estudis Autònomic i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears], núm. 23 (2022), p. 185-194. Disponible en línea a: <https://revistajuridicaib.icaib.org/wp-content/uploads/2023/02/23-2022_RJIB_ICAIB_18-gener.pdf> (consulta: 20 gener 2023).

LES MESURES CIVILS DE PROTECCIÓ DE FILLS I FILLES DE DONES VÍCTIMES DE VIOLÈNCIA MASCLISTA¹

Mònica Navarro-Michel

*Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona*

Resum

La reforma del Codi civil de Catalunya del 2021 ha reduït el catàleg de mesures que es poden adoptar en relació amb els fills i filles de dones víctimes de violència masclista. La prohibició de la guarda compartida en aquests casos no és una novetat, però sí que ho és la introducció del criteri, amb caràcter general, de la no atribució d'un règim d'estades, comunicació i relació entre els menors i el progenitor maltractador de la mare, que només es podrà acordar de manera excepcional. Aquest treball examina el recorregut normatiu de les mesures civils en relació amb els menors quan hi ha violència masclista contra la seva mare, i la seva aplicació pels tribunals. Finalment, s'analitza la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 106/2022, ja que, encara que afecta el dret espanyol, i no el català, posa de manifest que la interpretació de les normes pot desfer els esforços legislatius tendents a protegir els menors quan hi ha violència masclista contra la mare.

Paraules clau: violència masclista, guarda compartida, règim d'estades, comunicació i relació, protecció dels menors, violència vicària.

LAS MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN DE HIJOS E HIJAS DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA MACHISTA

Resumen

La reforma del Código civil de Cataluña de 2021 ha reducido el catálogo de medidas que se pueden adoptar en relación con los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia machista.

1. Aquest treball s'emmarca en l'activitat del projecte d'investigació «Nuevos desarrollos en la auto-determinación personal y familiar: del estatus a la autorregulación», finançat pel Ministeri de Ciència i Innovació (ref. PID2021-123985NB-I00).

La prohibición de la guarda compartida en estos casos no es una novedad, pero sí lo es la introducción del criterio, con carácter general, de no atribución de un régimen de estancias, comunicación y relación entre los menores y el progenitor maltratador de la madre, que solo se podrá acordar de manera excepcional. Este trabajo examina el recorrido normativo de las medidas civiles en relación con los menores cuando hay violencia machista contra su madre, y su aplicación por los tribunales. Finalmente, se analiza la STC 106/2022, ya que, aunque afecta al derecho español, y no al catalán, pone de manifiesto que la interpretación de las normas puede deshacer los esfuerzos legislativos tendentes a la protección de los menores cuando hay violencia machista contra la madre.

Palabras clave: violencia machista, guarda compartida, régimen de visitas, protección de menores, violencia vicaria.

CIVIL MEASURES FOR THE PROTECTION OF CHILDREN OF WOMEN VICTIMS OF GENDER-BASED VIOLENCE

Abstract

The 2021 reform of the Catalan Civil Code has reduced the catalog of measures that can be adopted in relation to the children of victims of gender violence. The prohibition of shared custody in these cases is not a novelty; the novelty lies in the introduction of a general rule that prevents contact between the children and the father who commits gender-based violence against their mother; contact will only be possible in exceptional cases. This paper examines the regulatory pathway of civil measures in relation to minors when there is gender-based violence against their mother, and their application by the courts. Finally, the judgement by the Spanish Constitutional Court 106/2022 will be analyzed because, even though it affects Spanish law and not Catalan law, it shows that the way certain provisions are interpreted may undo all legislative efforts aimed at the protection of minors in the field of gender-based violence against their mother.

Keywords: gender-based violence, shared custody, contact rights, child protection, vicarious violence.

1. INTRODUCCIÓ. LA CREIXENT VISIBILITZACIÓ DELS MENORS D'EDAT COM A VÍCTIMES DE LA VIOLÈNCIA MASCLISTA

La lluita contra el fenomen de la violència masclista ha posat el focus, cada vegada més, en els menors d'edat fills i filles de dones víctimes de la violència masclista. Tradicionalment s'havia mantingut que els menors² només quedaven afectats pels actes de violència (agressions, amenaces, coaccions) dirigits directament contra ells, que constituïen actes de maltractament infantil. Però progressivament s'ha anat donant visibilitat als menors també en el context de la violència masclista.³ El primer pas va ser identificar les situacions en què calia protegir-los com a víctimes indirectes de la violència masclista, que cada vegada s'han anat ampliant més, ja que no només ho són quan són testimonis visuals de la violència masclista contra la mare, sinó quan l'escolten o quan en pateixen els efectes indirectes.⁴ El pas següent va ser considerar-los, en tot cas, víctimes directes de la violència masclista, ja que l'ambient de violència afecta el seu benestar i el seu desenvolupament. L'exposició a la violència masclista produeix efectes psicològics negatius (ansietat, depressió, estrès posttraumàtic, trastorns de la personalitat) que tenen conseqüències en el desenvolupament psicològic i emocional dels menors, així com en la seva capacitat d'aprenentatge. A més, poden arribar a normalitzar els rols de maltractador i maltractada, i a interioritzar els patrons de comportament violent.

La regulació legal ha introduït canvis importants en aquesta matèria, en consonància amb la identificació dels fills menors d'edat com a víctimes que cal protegir davant la violència masclista, ja que s'ha superat la idea que per a protegir-los cal demostrar la seva afectació, encara que sigui indirecta. Ara es considera que la convivència en un clima de violència masclista sempre afecta el desenvolupament del menor. El punt de partida és la necessitat d'adoptar mesures civils de protecció dels menors: no és que les resolucions judicials *puguin* adoptar-les, sinó que *cal* que les adoptin, especialment els jutges penals, com a mesura cautelar.⁵ Ara bé, la realitat

2. Malgrat haver fet esment en el títol d'aquest article dels «fills i filles», per a facilitar la lectura no faré servir constantment en el text la tècnica del desdoblament de gènere, sinó que, seguint l'article 7 de la Llei 29/2002, del 30 de desembre, que aprova la primera llei del CCCat, «s'entén que les denominacions en gènere masculí referides a persones inclouen dones i homes».

3. Sobre aquesta evolució, vegeu Fátima CISNEROS ÁVILA, «Los menores como víctimas directas de la violencia de género: su protección en el ámbito penal», a Carmen SÁEZ LARA (coord.), *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género*, València, Tirant lo Blanch, 2021, p. 177-213, esp. p. 178-183.

4. En la *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, Madrid, Ministerio de Igualdad, 2020, p. 98, el 89,6 % de les dones que han patit violència física, sexual o emocional de la parella, actual o passada, van dir que tenien fills menors d'edat en el moment de produir-se els episodis de violència contra ella, i que aquests els van presenciar o escoltar. <<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>> (consulta: 20 maig 2023).

5. L'art 61.2 LOMPIVG (modificat per la Llei orgànica 8/2015) estableix que, en tots els processos

judicial demostra que la seva aplicació ha estat escassa o inadequada.⁶ Les últimes reformes insisteixen en l'obligació d'acordar mesures civils de protecció i ara la novetat rau en la limitació del catàleg de mesures que s'han d'adoptar, com veurem.

El marc jurídic internacional en aquesta matèria està format per la Convenció de les Nacions Unides sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació contra la Dona (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW), del 1979, que va entrar en vigor a Espanya el 1984.⁷ Encara que aquest conveni no aborda específicament el tema de la violència masclista, destaca qüestions diverses vinculades a la igualtat entre homes i dones, també en l'àmbit familiar. El Protocol Facultatiu de la Convenció, signat a Nova York el 6 d'octubre de 1999, va crear el Comitè de la CEDAW, encarregat de vetllar pel compliment de la Convenció⁸ i d'elaborar recomanacions.

Cal destacar la Recomanació general número 35 del Comitè de la CEDAW, sobre la violència per raó de gènere contra la dona, del 2017.⁹ En concret, una de les mesures de protecció discorre al voltant de l'avaluació individual del risc i del fet que els drets i les reclamacions de l'autor o presumpte autor que demana la custòdia, el dret de visites i contacte amb els fills, s'han de determinar tenint en compte els drets humans de les dones i dels nens, en particular el dret a la vida i a la integritat física, sexual i psicològica, i la decisió s'ha de regir pel principi de l'interès superior del menor (Recomanació general número 35 del Comitè de la CEDAW, par. 31.ii). Alerta també sobre la necessitat de tenir especialment en compte la realitat de les dones amb discapacitat i les dones immigrants, que poden ser especialment vulnerables.

En l'àmbit regional, el Consell d'Europa va aprovar el Conveni sobre Prevenció i Lluita contra la Violència contra la Dona i la Violència Domèstica, signat a Istanbul

relacionats amb la violència masclista, el jutge competent «deberá pronunciarse en todo caso [...] sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66». Abans de la reforma del 2015 permetia als jutges valorar si calia o no pronunciar-se sobre alguna mesura cautelar pel que fa a la relació que havia de mantenir el menor amb l'agressor de la seva mare durant la tramitació del procediment. La reforma del 2015 reforça aquesta exigència: el jutge penal s'ha de pronunciar, en tot cas, sobre l'aplicació de mesures cautelars civils per a protegir els menors que convisquin amb la dona víctima de violència masclista.

6. Com revelen els estudis publicats per l'Observatori contra la Violència Domèstica i de Gènere del Consell General del Poder Judicial.

7. La Convenció va ser adoptada per l'Assemblea General per mitjà de la Resolució 34/180, del 18 de desembre de 1979, i va entrar en vigor, amb caràcter general, el 3 de setembre de 1981. Espanya el va ratificar el 16 de desembre de 1983 i l'instrument de ratificació es va publicar al *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 69 (21 març 1984).

8. Espanya el va ratificar el 29 de juny de 2001 i l'instrument de ratificació es va publicar al BOE, núm. 190 (9 agost 2001).

9. Recomanació general núm. 35, publicada el 26 de juliol de 2017 (CEDAW/C/GC/35), que actualitza la Recomanació general núm. 19.

l'11 de maig de 2011 i, per això, conegut com a Conveni d'Istanbul.¹⁰ Té en consideració els fills de dones víctimes de violència masclista a l'efecte de crear serveis d'ajuda especialitzada (art. 22.2 Conveni d'Istanbul) i casos d'acollida (art. 23 Conveni d'Istanbul), però sobretot recull l'obligació dels estats de prendre les mesures legals necessàries per tal que en el moment d'estipular els drets de guarda i visita es tinguin en compte els incidents de violència masclista, i també perquè l'exercici del dret de guarda o visita no posi en perill els drets i la seguretat de la víctima i dels nens (art. 31 Conveni d'Istanbul).

El Parlament Europeu va dictar, el 6 d'octubre de 2021, una resolució sobre l'impacte de la violència domèstica i del dret de custòdia en les dones i els nens.¹¹ Aquest document dedica també atenció a la violència masclista i assenyalava que, encara que el menor té dret a relacionar-se amb els seus dos progenitors de manera periòdica i directa, la violència masclista és «clarament incompatible amb l'interès superior del menor» (par. 9). La resolució fa referència tant a la custòdia compartida com als drets de visita i accés, al risc d'actes extrems de feminicidi i infanticidi, i al fet que la protecció de les dones i els seus fills i filles ha de prevaldre sobre qualsevol altra consideració. Per tant, els drets i les reivindicacions dels autors o presumptes autors durant i després del procés judicial han d'obeir al principi de l'interès superior del menor. Cal avaluar els interessos del menor de manera individualitzada, però la resolució reivindica la retirada de la custòdia i dels drets de visita com a única forma d'evitar nous actes violents i la victimització secundària. Indica també que la potestat parental del progenitor acusat de feminicidi s'ha de suspendre de manera sistemàtica durant la duració del procés (par. 10).

La Comissió Europea ha elaborat la Proposta de directiva del Parlament i del Consell sobre la lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica, del 8 de març de 2022,¹² en el marc de l'Estratègia per a la Igualtat de Gènere 2020-2025,¹³ que té com a objectiu posar fi a la violència masclista. Indica que aquestes violències són conductes penals, violacions de drets humans i formes de discriminació,

10. El Conveni va ser ratificat per Espanya el 18 de març de 2014 i l'instrument de ratificació es va publicar al BOE, núm. 137 (6 juny 2014). Recentment, el 10 de maig de 2023, el Parlament Europeu ha aprovat dues resolucions per a donar el consentiment a la ratificació del Conveni d'Istanbul, sis anys després de la seva firma. S'ha fet en dues resolucions separades, una sobre cooperació judicial en matèria penal i una altra sobre asil i no devolució, atesa l'oposició d'Irlanda i de Dinamarca als protocols 21 i 22 del Conveni. La majoria dels estats membres ja havien ratificat el Conveni, excepte Bulgària, Txèquia, Hongria, Letònia, Lituània i Eslovàquia.

11. Resolució del Parlament Europeu 2019/2166(INI), C 132/36, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) del 24 de març de 2022.

12. COM(2022) 105 final.

13. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, Brussel·les, 5 de març de 2020, COM (2020)152 final.

i dedica força atenció al fenomen recent de la ciberviolència. Pel que fa als menors, la Proposta de directiva imposa als estats membres l'obligació de protegir i donar suport adequat a les víctimes menors d'edat (art. 33), que inclou la creació d'espais segurs per a assegurar que el contacte entre el menor i el progenitor que sigui autor o sospitós d'un delictes de violència masclista sigui segur, quan aquest tingui reconegut un dret de visites (art. 34).

En l'àmbit estatal, la Llei orgànica 1/2004, del 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere (LOMPIVG), es va aprovar amb la voluntat ferma de prevenir i detectar la violència masclista i donar una resposta integral a les persones que en són víctimes. Certament, la LOMPIVG ha contribuït a sensibilitzar i conscienciar respecte a aquesta problemàtica tant la ciutadania com els poders públics, però no sembla que hagi estat eficaç a prevenir els delictes, atesa l'estadística creixent de violència masclista. Entre les mesures més efectives cal destacar la creació d'una xarxa de centres i serveis destinats a assistir les dones tant socialment com econòmicament, sanitàriament i jurídicament; la dels Jutjats de Violència sobre la Dona, que ha originat que s'hagin d'especialitzar en aquesta qüestió la judicatura, la fiscalia, els cossos de seguretat i altres professionals involucrats en l'atenció a la dona; la de l'Observatorio Estatal de Violencia Sobre la Mujer, i el sistema VioGén (sistema de seguiment integral en els casos de violència de gènere). A més, ha agreujat la pena de les conductes de violència masclista quan es cometen «en presència de menors».¹⁴ Pel que fa a les mesures civils, a banda de permetre a l'autoritat judicial adoptar mesures cautelars respecte dels fills (art. 61 LOMPIVG), permet a l'autoritat judicial suspendre la pàtria potestat, la guarda (art. 65 LOMPIVG) i les visites (art. 66 LOMPIVG).

La Llei orgànica 8/2015 (LO 8/2105), del 22 de juliol, sobre modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, va comportar canvis importants en la LOMPIVG. En primer lloc, va introduir el reconeixement formal dels menors com a víctimes directes de la violència masclista, atès que va modificar l'article 1.2 LOMPIVG en el sentit de donar-los visibilitat. En paraules del preàmbul de la LO 8/2105, «l'exposició dels menors a aquesta forma de violència a la llar, lloc en el qual precisament haurien d'estar més protegits, els converteix també en víctimes d'aquesta». Mereix una valoració positiva el fet que la protecció sigui integral, és a dir, transcendeixi l'esfera personal de la dona víctima de violència masclista i integri el seu nucli familiar.¹⁵ En segon lloc, la LO 8/2105 atorga drets no només a la dona, sinó

14. Vegeu els articles del Codi penal modificats per la LOMPIVG, en particular els art. 153.3, 171.5 i 172.2.

15. Alguns autors en fan una lectura més crítica, com ara Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género», *Indret*, any 2018, núm. 2, p. 1-26, esp. p. 7, que assenyalava que el nou estatus del menor només acompanya una funció simbòlica perquè, més enllà del seu reconeixement, no hi ha cap efecte jurídic vinculat.

també als seus fills i filles menors d'edat, com ara el dret a l'assistència social integral (art. 19) i el dret a l'atenció sanitària, que inclou també l'atenció psicològica i psiquiàtrica (art. 19 bis). En tercer lloc, imposa l'obligació als jutges, també en l'àmbit penal, de pronunciar-se sobre les mesures civils, especialment les mesures dels articles 65 i 66 LO 8/2105 (art. 61 LO 8/2105), que fan referència a la pàtria potestat, la guarda,¹⁶ les visites, l'estada, la relació o la comunicació amb els menors. Estableix la possibilitat de suspendre la pàtria potestat, la guarda i les visites, i si no s'acorda suspendre-les, el jutjat ha de pronunciar-se sobre com s'han d'exercir, tenint en compte les mesures per a garantir la seguretat, integritat i recuperació dels menors, i ha d'obligar a un seguiment periòdic de la seva evolució (art. 65 i 66 LO 8/2105).

La Llei orgànica 10/2022, del 6 de setembre, de garantia integral de la llibertat sexual, ha introduït esmenes, entre altres preceptes, en l'article 66 LOMPIVG, sobre la suspensió del règim de visites, estada, relació o comunicació amb els menors, que comença amb una obligació:

El jutge ha d'ordenar la suspensió del règim de visites, estada, relació o comunicació de l'inculpat per violència de gènere respecte dels menors que en depenguin. Si, en interès superior del menor, no n'acorda la suspensió, el jutge s'ha de pronunciar en tot cas sobre la manera com s'ha d'exercir el règim.

En els termes anteriors, indica la necessitat de coordinar-se amb els serveis d'atenció especialitzada.¹⁷

A més de les lleis mencionades, cal tenir en compte la Llei orgànica 1/1996, del 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil (LOPJM; amb les modificacions introduïdes per la LO 8/2105, la Llei 26/2015, del 28 juliol, sobre modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, i la Llei orgànica 8/2021, del 4 de juny, de protecció integral de la infància i l'adolescència davant la violència [LOPIVI]). La LOPJM dona ara criteris específics per a dotar de contingut el principi general de l'interès superior del menor, que és el criteri fonamental per a resoldre les qüestions relacionades amb els menors. I, als efectes que ens ocupen, la LOPJM assenyalava que cal tenir en compte, com a criteri general d'interpretació i aplicació d'aquest interès superior, «la conveniència de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia» (art. 2.2c LOPJM). En un altre ordre de coses, ara també es pot demanar el canvi de cognoms, segons el que indica el paràgraf cinquè de l'article 54

16. Inclou també l'acolliment, la tutela, la curatela i la guarda de fet.

17. El Grup Parlamentari de Vox va interposar un recurs d'inconstitucionalitat contra aquesta llei orgànica, però no inclou la disposició final novena, que és la que modifica l'art. 66 LOMPIVG. Vegeu BOE, núm. 27 (1 febrer 2023).

de la Llei 20/2011, del 21 de juliol, del Registre Civil, introduït per la Llei 6/2021, del 28 d'abril.¹⁸

A Catalunya, més enllà de les mencions a l'Estatut d'autonomia,¹⁹ el punt de partida de la protecció de la dona davant la violència masclista es troba en la Llei 5/2008, del 24 d'abril, del dret de les dones a erradicar la violència masclista, que va ser modificada per la Llei 17/2020, del 22 de desembre. En el seu moment, la Llei 5/2008 va ser innovadora i, tot partint de la premissa que els drets de les dones són drets humans,²⁰ reconeixia el dret bàsic de les dones a viure sense cap manifestació de violència masclista («Preàmbul», i). A més de la necessitat de prevenir, detectar i erradicar la violència masclista, la Llei se centrava en l'atenció, l'assistència, la protecció i la recuperació de les dones, i adoptava mesures per a garantir una reparació integral.

En el moment de la seva aprovació, l'any 2008, va ser un encert legal la tipificació de les diferents formes i àmbits en què es podia exercir la violència masclista, ja que va permetre identificar les diferents manifestacions que pot adoptar aquest tipus de violència. Així, l'article 4 de la Llei 5/2008 esmentava, juntament amb la violència física, psicològica i sexual, la violència econòmica. La reforma del 2020 incorpora també l'obstètrica, la digital, la de segon ordre i la vicària.²¹ L'article 5, per la seva banda, assenyalava el 2008 que la violència masclista es podia manifestar en els àmbits de la parella, familiar, laboral i social o comunitari. La reforma del 2020 inclou també la que es produeix en l'àmbit digital, la institucional, la que té lloc en espais de la vida política i l'esfera pública de les dones, i la que s'exerceix en l'àmbit educatiu. Es pot fer un balanç positiu de l'esforç legislatiu que s'ha dut a terme per a identificar les diferents

18. Per a aquesta qüestió, vegeu Sonia RAMOS GONZÁLEZ, «El derecho a usar el apellido de la madre en primer lugar. Estado de la cuestión en el derecho español», *Roma Tre Law Review*, núm. 2 (2022), p. 125-149.

19. L'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) del 2006 reconeix els drets de les dones «al lliure desenvolupament de llur personalitat i capacitat personal, i a viure amb dignitat, seguretat i autonomia, lliures d'explotació, maltractaments i de tota mena de discriminació» (art. 19 EAC) i estableix, com a principi rector de l'activitat dels poders públics, «garantir que s'afrontin de manera integral totes les formes de violència contra les dones» (art. 41.3 EAC). Dintre de les polítiques de gènere que corresponen a la competència exclusiva de la Generalitat, s'inclou expressament «la regulació de les mesures i els instruments per a la sensibilització sobre la violència de gènere i per a detectar-la i prevenir-la, i també la regulació de serveis i recursos propis destinats a aconseguir una protecció integral de les dones que han patit o pateixen aquest tipus de violència» (art. 153c EAC).

20. Encara que avui pugui semblar una obvietat, no va ser fins a la Declaració de les Nacions Unides sobre l'Eliminació de la Violència contra la Dona que no es va reconèixer explícitament que la violència contra les dones és una violació dels drets humans. La Declaració es va aprovar per mitjà de la Resolució de l'Assemblea General de l'ONU 48/104, del 20 de desembre de 1993 (A/RES/48/104).

21. Està pendent de resoldre el Recurs d'inconstitucionalitat núm. 1719-2021, presentat pel Grup Parlamentari Popular contra alguns preceptes de la Llei 17/2020, que modifica la Llei 5/2008, que afecten, entre d'altres, aquest article. El recurs va ser admès a tràmit el 18 de maig de 2021 (BOE, núm. 126 [27 maig 2021]).

modalitats de la violència masclista, però aquesta pretensió d'exhaustivitat pot generar una certa confusió: per a posar un exemple, la violència digital (art. 4.2f Llei 5/2008) és diferent segons l'àmbit digital en què es produeix la violència (art. 5.5 Llei 5/2008).²² En el present treball em centraré en els fills i filles de la dona víctima de violència masclista en l'àmbit de la parella²³ i en les mesures que cal adoptar per a protegir-los.

La Llei 5/2008 té en compte els fills i filles dependents de les dones víctimes de violència masclista i per això, des de bon inici, quan en l'article 2 assenyalava el seu àmbit subjectiu, inclou «totes les dones que es troben en situacions de violència masclista, i també llurs fills i filles dependents». Encara que després alguna intervenció sembla limitada als fills «quan en siguin testimonis i víctimes» (art. 53.1 Llei 5/2008), d'altres no exigeixen que en siguin testimonis, com ara el servei d'acollida i recuperació (art. 58 Llei 5/2008), el servei d'acollida substitutòria de la llar (art. 59 Llei 5/2008) o els serveis d'atenció especialitzada (art. 60 Llei 5/2008).

2. VIOLÈNCIA VICÀRIA

En els últims anys hem assistit a un augment dels casos de violència vicària i a una major sensibilització de la societat respecte de les diferents formes de violència masclista, la qual ha portat a una nova resposta jurídica vinculada a la restricció del règim d'estades, comunicació o relació, ja que és durant aquest temps que els maltractadors cometen els actes de violència vicària.

La violència vicària és l'expressió més cruel de la violència masclista. La Llei 5/2008 la defineix com «qualsevol tipus de violència masclista exercida contra els fills i filles amb la finalitat de provocar dany psicològic a la mare» (art. 4.2h Llei 5/2008, introduït per la reforma de la Llei 17/2020). La instrumentalització dels menors per a causar patiment a la mare també es pot aplicar a altres familiars (art. 4.3 Llei 5/2008),²⁴ per bé que quan la Llei defineix el concepte de *violència vicària* menciona només els fills i filles de la dona. Encara que no ho digui expressament, cal entendre que aquests fills i filles no han de ser necessàriament comuns.²⁵

22. Laura ROMÁN MARTÍN, «La Llei 5/2008, del dret de les dones a eradicar la violència masclista: reflexions a propòsit de la seva reforma per la Llei 17/2020», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 36 (2022), p. 65-103, esp. p. 88, critica l'excés regulador, que no aporta ni claredat ni precisió, sinó una certa confusió i reiteració.

23. On l'agent actiu és l'home que és o ha estat cònjuge o la persona amb la qual té o ha tingut relacions similars d'afectivitat (art. 5 Llei 5/2008).

24. Art. 4.3: «S'entén que les diverses formes de violència masclista són també violència contra la dona quan s'exerceixin amb l'amenaça o la causació de violència física o psicològica contra el seu entorn afectiu, especialment contra els fills i filles o altres familiars, amb la voluntat d'afligir la dona».

25. Quan la llei regula el sistema de valoració del risc, sí que inclou el risc per als «fills i filles de

Més enllà de fer palesa aquesta realitat, la Llei 17/2020 no va introduir mesures específiques de protecció dels menors, que no es van adoptar fins a l'aprovació del Decret llei 26/2021, del 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat) en relació amb la violència vicària.²⁶ En concret, es van reformar els articles 233-11, 236-5 i 236-8 CCCat, que assenyalen els criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, les causes per a denegar o suspendre les estades, comunicacions i relacions personals, així com l'exercici individual de la potestat parental per a autoritzar l'atenció i l'assistència psicològiques dels fills i filles menors d'edat. La redacció anterior ja legitimava l'actuació individual, però la novetat de l'article 236-8.2d CCCat és que no és necessari que hi hagi un procediment judicial obert:²⁷ n'hi ha prou que la mare estigui rebent assistència.

La urgència queda justificada, com explica el mateix Decret llei 26/2021, per la necessitat d'aturar el nombre de víctimes de violència vicària i establir mecanismes per a disminuir el risc de patir violència, ja que «aquesta violència deriva, indefectiblement, cap a les filles i els fills en la violència vicària» (exposició de motius [EM], I.7). És urgent revertir la situació introduint un nou model on prevalgui la seguretat dels fills menors (EM, I.10).

L'exposició de motius del Decret llei 26/2021 explica una vessant de la realitat: «aquestes conductes es donen quan la parella s'ha dissolt o està separada, durant el règim d'estades amb el pare, que no té la guarda, per la qual cosa cal introduir canvis legals per a evitar els casos d'infants que moren a mans del pare» (EM, I.3). La violència vicària, però, es pot donar també en un moment previ, quan la dona comunica a l'home la seva voluntat de posar fi a la relació.

En el dret espanyol, el concepte de *violència vicària* el va introduir com una modalitat de violència masclista la Llei orgànica 8/2021, del 4 de juny, de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència, afegint un nou apartat (el quart) a l'article 1 LOMPIVG: «[...] también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad». Cal fer una valoració positiva del reconeixement d'aquesta realitat,

la dona» (art. 31.5 i 7 Llei 5/2008).

26. Aquest decret llei va ser validat el 23 de desembre de 2021 per la Resolució 195/XIV del Parlament de Catalunya, de validació del Decret llei 26/2021, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8573 [29 desembre 2021]).

27. La reforma ha estat compliment del mandat de la Llei 17/2020, que obligava el Govern a presentar un projecte de llei per a adaptar l'ordenament jurídic a fi de garantir l'atenció als fills i filles de dones víctimes de violència masclista sense necessitat de procediments judicials oberts, i també, en el cas de les menors d'entre catorze i setze anys, pel que fa al consentiment dels progenitors o tutors legals. Dita llei modifica la Llei 5/2008 perquè inclou un nou apartat en l'art. 33: «4. Als efectes de l'accés als drets d'atenció i recuperació dels infants i adolescents, a partir dels setze anys no cal el consentiment dels progenitors o tutors legals».

encara que la Llei orgànica 8/2021 no empri per a aquest tipus de violència el qualificatiu *vicària*, que és com se'l coneix, ni justifiqui la seva incorporació.

Tant la norma estatal com la catalana consideren la realitat de la violència vicària com un fenomen en el qual la violència recau directament contra altres familiars de la dona víctima de la violència masclista, per bé que la normativa catalana, en definir el que és la violència vicària, només inclou la comesa contra els fills i filles menors. Ara bé, encara que la definició només inclogui aquests, no sembla que es pugui deduir que adopta un concepte estricte de *violència vicària*, ja que també inclou la violència contra altres familiars de la dona víctima de la violència masclista. Això sí, la llei estatal té un abast més ampli, ja que inclou també els prop parents.

Encara que la Proposta de directiva europea sobre la lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica, ja esmentada, no menciona expressament la violència vicària, sí que ho fa el Comitè Econòmic i Social Europeu en el seu dictamen sobre la Proposta de directiva,²⁸ on considera que és violència vicària la que pateixen les dones a través de la violència exercida contra persones del seu entorn afectiu o familiar amb el fi d'agredir-les emocionalment, especialment contra els seus fills i filles. En aquests casos hauria de prevaldre l'interès superior del menor sobre el règim de visites quan hi hagi dubtes raonables quant a la possibilitat de garantir el contacte segur amb el menor, tant en termes físics com emocionals (observació 3.8 del dictamen esmentat).

El Comitè de la CEDAW va condemnar l'Estat espanyol en l'assumpte González Carreño contra España²⁹ per no protegir una dona víctima de violència masclista i la seva filla de set anys, que va ser assassinada pel seu pare maltractador durant el temps que tenia assignat per a visitar la nena, quan van deixar de ser supervisades.³⁰ La CEDAW va considerar que les autoritats administratives (els serveis socials) i judicials (jutjats i ministeri fiscal) van cometre una negligència en suprimir el règim de visites supervisades, amb la qual cosa van incomplir l'obligació de protegir la vida de l'Andrea, malgrat les denúncies i els avisos constants del risc que corria amb el seu pare. La CEDAW va declarar que el canvi en el règim de visites s'havia basat en idees

28. Publicat al DOUE, C 443/93, del 22 de novembre de 2022.

29. Comitè de la CEDAW, Dictamen del 16 de juliol de 2014, cas González Carreño contra Espanya (Comunicació núm. 47/2012). El Comitè de la CEDAW rep queixes o denúncies (encara que les anomena «comunicacions») sobre violacions de la Convenció i, un cop feta la investigació, arriba a conclusions amb observacions i recomanacions a l'estat part que ha comès la violació de la Convenció.

30. Inicialment, el jutjat de primera instància va establir un règim de visites vigilat, limitat a una hora a la setmana. Quatre mesos després, la treballadora social encarregada de la vigilància va suggerir que les visites poguessin tenir lloc en un altre context, no vigilades, per a mirar de guanyar naturalitat, que el jutjat va autoritzar, malgrat els episodis de violència reiterats i l'oposició de la nena. Després d'una audiència judicial en què es discutia l'ús de l'habitatge familiar, el pare va amenaçar la mare dient-li que li prendria el que més volia; aquell mateix dia va disparar un tret a l'Andrea i després es va suïcidar.

estereotipades de la conveniència de mantenir les relacions amb el pare per damunt de qualsevol altra consideració.

Amb el dictamen de la CEDAW, Á. G. va interposar una demanda de responsabilitat patrimonial per funcionament anormal de l'Administració de justícia. La Sentència del Tribunal Suprem (STS), Sala Tercera, 1263/2018, del 17 de juliol, va condemnar l'Estat espanyol a pagar a la mare sis-cents mil euros en concepte d'indemnització per danys morals.

3. REGLA GENERAL: NI GUARDA NI RÈGIM D'ESTADES, COMUNICACIÓ O RELACIÓ

Els criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda es troben en l'article 233-11.3 CCCat:

En interès dels fills i filles, no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, quan hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista. Tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, mentre es trobi incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o els seus fills o filles, o estigui en situació de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal.

3.1. SUPÒSIT DE FET: LA VIOLÈNCIA MASCLISTA

La regla general és que en aquests casos no es pot atribuir ni la guarda ni un règim d'estades, comunicació o relació, i si ja s'ha atribuït, s'ha de suspendre, quan concorri algun dels supòsits de fet següents: *a)* que hi hagi indicis fonamentats de violència masclista o familiar; *b)* que el pare estigui incurs en un procés penal per certs delictes; *c)* que el pare estigui a la presó per aquests delictes mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal.

Les novetats del Decret 26/2021 respecte a la redacció anterior de l'article 233.11 CCCat són les següents: la primera és que el Decret 26/2021 ha eliminat la menció que «els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes», ja que, d'acord amb la concepció més actual, els fills i filles de dones víctimes de violència masclista sempre són víctimes; la segona és que s'han detallat les conductes que poden portar a restriccions de mesures civils respecte als menors, que són els delictes contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual,

i aquestes conductes constitueixen supòsits de violència masclista o familiar, ja que la víctima és l'altre progenitor o els seus fills i filles; la tercera és que s'ha avançat en la protecció dels menors, ja que per a adoptar mesures de protecció no cal esperar que hi hagi una sentència ferma de condemna per violència masclista o familiar, sinó que n'hi ha prou amb constatar indicis fonamentats d'aquesta violència.

En relació amb els indicis fonamentats de violència masclista, cal aclarir que no són suficients la denúncia o les meres al·legacions en el procés de família,³¹ sinó que calen indicis objectius de criminalitat. Poden servir d'indici, per exemple, les conclusions provisionals del ministeri fiscal. La Circular del Fiscal General de l'Estat 6/2011, del 2 de novembre, sobre els criteris per a la unitat d'actuació especialitzada del Ministeri Fiscal en relació amb la violència sobre la dona, ja va aclarir que la simple denúncia no és suficient per a impedir la custòdia compartida (p. 50).

Com assenyala l'article 5 (sisè) de la Llei 5/2008, des de la modificació per la Llei 17/2020, queda prohibida la utilització de la síndrome d'alienació parental,³² ja que constitueix un supòsit de violència institucional. Igualment, la Llei orgànica 8/2021 recull l'obligació dels poders públics d'evitar que es puguin tenir en compte plantejaments teòrics o criteris sense aval científic que presumeixin una interferència o una manipulació adulta, i esmenta expressament la síndrome d'alienació parental (art. 11.3). Cal recordar que la síndrome d'alienació parental i el seu autor van quedar totalment desacreditats per manca de fonament científic dels seus plantejaments.³³

Per a garantir la protecció de la dona i dels seus fills i filles és important que no hi hagi dispersió de causes per diferents jutjats, per a evitar les duplicitats i possibles

31. Si no consta cap prova de la violència masclista, les al·legacions no es tenen en compte. Vegeu la SAP de Barcelona 611/2022, del 23 de novembre.

32. Segons el creador d'aquesta síndrome, el psiquiatra Richard A. Gardner, quan un nen o una nena s'oposa a mantenir relacions amb el pare, això és degut a la manipulació del menor per la seva mare i, per tant, el que cal és atribuir la guarda al pare. Qualsevol oposició a l'atribució de la custòdia al pare, tant si és manifestada per la mare com si ho és pel mateix menor, es converteix en una prova irrefutable de manipulació.

Si un menor s'oposa a mantenir contacte amb el seu pare, no hem de pensar automàticament que la seva mare l'ha manipulat; cal indagar les causes de la negativa, que sovint amaguen abusos sexuals o altres conductes il·lícites envers el menor. Estar enfadat, mostrar desconfiança o por envers un progenitor, són indicis que sovint estan justificats per la conducta del progenitor. Vegeu a Margit GAFFAL, «Parental alienation in divorce judgements», *Indret*, any 2012, núm. 4, p. 1-23, un estudi sobre les sentències d'audiències provincials entre el 2008 i el 2011 que empenen aquesta síndrome d'alienació parental com a argument del recurs.

33. L'Associació Americana de Psiquiatria no el va incloure en el *Diagnostic and statistical manual*, guia de diagnòstics mèdics. L'Associació Espanyola de Neuropsiquiatria va fer una declaració en contra de l'ús clínic i legal de l'anomenada *síndrome d'alienació parental* el 25 de març de 2010. Uns mesos més tard, l'Observatori Estatal de Violència sobre la Dona es va pronunciar igualment en contra de la seva utilització. En el *III Informe anual*, aprovat en les reunions del 9 de juny i el 13 de juliol de 2010, inclou l'*Informe del Grupo de trabajo de investigación sobre el llamado síndrome de alienación parental*.

contradiccions, o fins i tot buits en la protecció. És per aquest motiu que els jutjats de violència sobre la dona tenen atribuïda, a banda de la competència penal (art. 87 *ter* 1 LOPJ), competència en l'ordre civil en matèria de família³⁴ (art. 87 *ter* 2 LOPJ). Aquesta competència és exclusiva i excloent quan es donin certes circumstàncies. Sempre que s'hagin iniciat davant del jutjat de violència sobre la dona (JVD) actuacions penals per un delictes a conseqüència d'un acte de violència sobre la dona, o s'hagi adoptat una ordre de protecció a una víctima de violència masclista, els JVD tindran competència sobre la causa penal i la civil, per la qual cosa desplegaran la seva *vis atractiva* respecte dels procediments ja començats en la via civil.

La Llei d'enjudiciament civil (LEC) regula la qüestió des de la perspectiva dels jutjats civils o de família. L'article 49 bis LEC disposa que perden la competència sobre l'assumpte que estan tramitant, en tres situacions. El primer supòsit és el següent: si el jutjat de família que tramita un procediment té coneixement d'un acte de violència masclista que ha donat lloc a la iniciació d'un procés penal o a una ordre de protecció, s'ha d'inhibir en favor del JVD. Únicament podrà continuar tramitant l'assumpte civil si ja ha començat la fase del judicial oral, que la jurisprudència entén que arrenca amb l'inici de la vista o amb l'acte de ratificació del conveni regulador, si el procediment és de mutu acord. La segona situació és similar: el jutjat de família té coneixement d'un acte de violència masclista, però encara no s'ha iniciat un procés penal ni s'ha dictat una ordre de protecció. En aquest cas, l'autoritat judicial ha de convocar el ministeri fiscal i les parts a una compareixença i ha de decidir de manera immediata —en un termini de vint-i-quatre hores— si denuncia els actes davant del JVD. Si decideix presentar una denúncia o demanar una ordre de protecció, continuarà coneixent de l'assumpte fins que el JVD demani la seva inhibició. El tercer escenari és el del JVD que està coneixent d'una causa penal per violència masclista i llavors té coneixement de l'existència d'un procés civil. En aquest cas, el JVD ha de sol·licitar al tribunal civil que s'inhibeixi i li remeti el cas.

Per a garantir el bon funcionament d'aquest sistema és indispensable que els jutjats involucrats estiguin coordinats i puguin tenir coneixement de l'existència de les causes i els processos oberts. Per aquest motiu es va crear un sistema informàtic que ha de permetre un accés àgil a la informació.³⁵ Ara bé, els sistemes informàtics

34. Cal destacar aquí, entre altres processos judicials mencionats pel precepte, els de filiació, maternitat i paternitat; els de nul·litat del matrimoni, separació i divorci; els que versin sobre relacions paterno-filials; els que tinguin per objecte l'adopció o la modificació de mesures de transcendència familiar; els que versin exclusivament sobre la guarda i custòdia de fills i filles menors o sobre aliments reclamats per un progenitor contra l'altre en nom d'aquests; els que versin sobre els procediments de liquidació del règim econòmic matrimonial instats pels hereus de la dona víctima de violència masclista, així com els que s'instin davant d'aquests hereus.

35. El novembre del 2019 l'Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista va elaborar la *Guia de bones pràctiques entre jutjats de violència sobre la dona i jutjats de família*, on recomanava

no són únics per a tot el territori espanyol, atès que algunes comunitats autònomes que tenen la competència transferida poden tenir el seu propi sistema informàtic. El ministeri fiscal té aquí un paper important, ja que pot consultar el sistema informàtic corresponent abans d'emetre l'informe que pertorqui.³⁶

3.2. NI GUARDA COMPARTIDA NI ATRIBUCIÓ DE LA GUARDA INDIVIDUAL

La guarda compartida no és admissible en els supòsits de violència masclista ja descrits. Amb independència de si entenem que, en general, el règim preferent hauria de ser la guarda compartida i no la individual,³⁷ i fent abstracció del grau d'harmonia i de cooperació mínima que és necessari per a la guarda compartida,³⁸ quan es produeixen situacions de violència masclista no es pot acordar la guarda compartida.³⁹

(p. 21-23) la consulta i l'accés a diversos arxius, com ara el sistema de gestió processal TEMIS, l'e-justícia.cat (EJCAT) i el Sistema de Registres Administratius de Suport a l'Administració de Justícia (SIRAJ). El SIRAJ va ser creat pel Reial decret 95/2009, del 6 de febrer, pel qual es regula el Sistema de Registres Administratius de Suport a l'Administració de Justícia, d'abast estatal, que inclou un registre central per a la protecció de les víctimes de violència domèstica i de gènere. Així mateix, es proposa als jutjats de família que incloguin, en els decrets d'admissió o les diligències d'incoació, un requeriment a les parts perquè comuniquin immediatament si existeix o ha existit un procediment de violència masclista entre els cònjuges o progenitors, el seu estat processal actual i si consten adoptades mesures civils o penals; el mateix recomanen als JVD: que requereixin a les parts, en l'acte d'incoació del procediment penal, que comuniquin immediatament si existeixen o han existit procediments civils en matèria de família entre les parts, el seu estat processal actual i les resolucions dictades, així com l'inici de qualsevol procediment que es pugui iniciar posteriorment.

36. Vegeu *Nota sobre atracció competencial de los juzgados de violencia sobre la mujer en materia de familia*, de la Fiscal de Sala de la Unitat de Violència sobre la Dona de la Fiscalia General de l'Estat, de l'11 d'abril de 2022.

37. Més enllà de considerar que la custòdia compartida és un règim de guarda beneficiós per al menor, amb caràcter general o abstracte, les circumstàncies particulars de cada família poden, en concret, exigir l'establiment d'una guarda monoparental. Per bé que la guarda compartida sigui el sistema preferent, derivat de la responsabilitat parental, que segueix sent compartida malgrat la crisi matrimonial (art. 233-8.1 CCCat), l'autoritat judicial pot disposar que la guarda s'exerceixi de manera individual «si convé més a l'interès dels fills» (art. 233-10.2 CCCat). Encara que el CCCat no ho diu expressament, la doctrina majoritària considera que l'opció legal preferent és la guarda compartida. Cfr. LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS i JAUME TARABAL BOSCH, *Dret de família: Teoria i casos*, 2a ed., Barcelona, Atelier, 2021, p. 225; PEDRO DEL POZO CARRASCOSA, ANTONI VAQUER ALOY i ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, 3a ed., Madrid, Marcial Pons, 2022, p. 134.

38. Els desacords entre els pares, propis de la crisi de convivència que porta a la ruptura matrimonial o de la parella de fet, no justifiquen, per si sols, l'eliminació de la guarda compartida. Però no es pot perdre de vista que la guarda compartida té uns pressupòsits indispensables, mínims, que inclouen la cooperació entre els progenitors («a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills», diu l'art. 233-11.1c CCCat) i una relació de respecte mutu entre els progenitors.

39. A favor de descartar la guarda compartida en casos de violència masclista ja s'havien pronunciat ENCARNA BODELÓN, «La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para

Tampoc, és evident, la custòdia individual en favor del progenitor maltractador.⁴⁰

A Catalunya ja es va establir aquesta prohibició de la guarda compartida en casos de violència masclista en la redacció original del llibre segon del Codi civil de Catalunya, el 2010.⁴¹ La Resolució del Parlament Europeu del 2021 ja esmentada va en aquesta línia, ja que la custòdia compartida en aquests casos exposa la dona a una violència contínua i evitable, i l'obliga a romandre en una proximitat geogràfica amb el maltractador.

La prohibició de la guarda compartida no admet cap excepció. Abans de la reforma del 2021,⁴² la norma distingia si els actes de violència masclista havien afectat, o no, els menors de manera directa o indirecta. La jurisprudència ha anat ampliant aquesta afectació: no és necessari que el menor hagi estat testimoni directe de la violència (veient o escoltant), sinó que és suficient la percepció de la violència (els resultats), fins i tot a través del patiment de la mare.⁴³ La prohibició d'atribuir la custòdia compartida (o la seva suspensió, si ja estava acordada) no s'establí amb caràcter automàtic i, per tant, si els tribunals veien acreditada la falta d'afectació als menors, podien acordar-la.⁴⁴ Ara la realitat normativa no permet fer aquesta distinció i, per tant, l'autoritat judicial no ha d'entrar a considerar si, en el cas concret, els menors es van veure afectats o no per la violència masclista.⁴⁵

invisibilizar la violencia en las rupturas familiares», a María Teresa PíCONTÓ NOVALES (ed.), *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 131-154, esp. p. 133, i Carmen Rosa IGLESIAS MARTÍN, «La guarda y custodia de los menores en supuestos de violencia doméstica», *Revista de Derecho Privado*, núm. 6 (2018), p. 88-111, esp. p. 91.

En canvi, José Manuel de TORRES PEREA, «Estudio de la custodia compartida en la última década: una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa», *Indret*, any 2021, núm. 4, p. 136-172, esp. p. 167, considera que no és una qüestió jurídica i que falten estudis sociològics i demogràfics per a conèixer la situació dels menors després de la decisió judicial.

40. Com recorda la Circular del Fiscal General de l'Estat 6/2011, conclusió 25, la prohibició de l'atribució de la custòdia compartida inclou també la prohibició de la custòdia individual al progenitor maltractador.

41. Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

42. La redacció anterior a la darrera modificació feta pel Decret llei 26/2021 deia el següent: «En interès dels fills, no es pot atribuir la guarda al progenitor contra el qual s'hagi dictat una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes. En interès dels fills, tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor mentre hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ésser víctimes directes o indirectes». S'ha afegit l'apartat 4.

43. Vegeu la STSJC 29/2017, de l'1 de juny, i la STSJC 47/2021, del 20 de setembre: el legislador ja ha fet la ponderació que l'interès en la protecció del menor exclou la guarda quan els actes de violència masclista hagin afectat o hagin pogut afectar els menors.

44. Vegeu les sentències de Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) 27/2014, del 14 d'abril, 35/2014, del 19 de maig, i 3/2015, del 12 de gener.

45. Interlocutòria del TSJC 176/2022, del 12 de desembre.

3.3. NI ESTADES, NI COMUNICACIÓ, NI RELACIÓ

El Decret llei 26/2021 va més enllà i estableix la regla general que tampoc no és possible acordar en favor del pare maltractador cap règim d'estades, comunicació o relació amb els fills i filles menors d'edat. Queden expressament incloses en aquests supòsits les comunicacions, ja que també resulten perjudicials per als menors.⁴⁶

Aquesta restricció permet acomplir tres objectius. El més important és la protecció física dels menors, subjectes passius de l'acte de violència masclista,⁴⁷ ja que la realitat ha demostrat que alguns homes maltractadors poden aprofitar les estades amb els menors per a cometre actes violents envers ells; el segon objectiu és la protecció de la dona, ja que els actes de violència vicària es cometien amb la intenció de causar dolor i patiment a la mare i constitueixen un abús psicològic. I encara podria aconseguir un tercer objectiu, vinculat a la prevenció general: evitar la transmissió intergeneracional de la violència masclista.

Els estudis demostren que no tots els nens i nenes que viuen en contextos de violència masclista la reproduïen, però les possibilitats de reproduir els patrons de violència masclista augmenten si continuen veient el progenitor maltractador. El preàmbul de la Llei orgànica 8/2015 (ap. VI.2) fa esment de la «transmissió intergeneracional de les conductes violentes sobre la dona per part de les seves parelles o exparelles». La Resolució del Parlament Europeu del 2021 també destaca la importància d'evitar que la violència es reproduïxi un cop arribin a l'edat adulta (considerant 22).

L'obligació dels poders públics de protegir els menors (art. 39 de la Constitució espanyola [CE]) ha portat el legislador a establir aquesta regla general de suspensió de les estades, la comunicació i la relació. Alguns autors manifesten la seva preocupació perquè afecti la presumpció d'innocència⁴⁸ o perquè es pugui imposar com una sanció al maltractador,⁴⁹ però cal tenir en compte que és possible establir, en interès del menor, un règim d'estades, comunicació o relacions, com veurem.

Pel que fa a les mesures provisionals que es poden adoptar en els processos de nul·litat, separació o divorci, l'article 233-1.2 CCCat es remet, si hi ha violència masclista, a les mesures establertes per la legislació específica. Aquesta legislació específica

46. Ho justifica el preàmbul del Decret llei 26/2021 (ap. II.2).

47. Encara que també és una conducta autònoma, de maltractament infantil.

48. Covadonga LÓPEZ SUÁREZ, «Derechos de visita, comunicación y compañía: la onda expansiva de la Ley 8/2021», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis (2022), p. 214-245, esp. p. 241. I continua a la p. 242: «[...] es irreal [...] pensar en el cese del derecho de visitas generalizado como la panacea en esta lucha».

49. Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Criterios de atribución de la custodia compartida», *Indret*, any 2010, núm. 3, p. 1-21, esp. p. 7.

la integren l'article 544 *ter* 7 de la Llei d'enjudiciament criminal (LECrim)⁵⁰ i els articles 61 i 65-66 LOMPIVG. La Circular 4/2005 de la Fiscalia General de l'Estat, del 18 de juliol, relativa als criteris d'aplicació de la LOMPIVG, explica la coexistència de mesures cautelars, de protecció i d'assegurament aplicables a la violència masclista i ordena els diferents nivells de protecció de les víctimes: un nivell general (art. 13 i 544 bis LECrim), un segon nivell de protecció reforçada per a les víctimes de violència domèstica (544 *ter* LECrim) i un tercer nivell de màxima tutela que afegeix la LOMPIVG.⁵¹

4. EXCEPCIÓ: ESTABLIR UN RÈGIM D'ESTADES, COMUNICACIÓ O RELACIONS

L'article 233-11.4 CCCat disposa que «excepcionalment, l'autoritat judicial pot establir, de forma motivada, un règim d'estades, relació o comunicacions en interès de la persona menor, un cop escoltada, si té capacitat natural suficient». Cal recordar, com ja s'ha vist, que no hi ha una excepció similar que permeti acordar un règim de custòdia compartida en cas de violència masclista, encara que hi hagi acord.⁵²

4.1. L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR

La decisió d'acordar un règim d'estades, comunicació o relacions és possible sempre que estigui justificada en interès del menor. La Convenció de l'ONU sobre els drets de l'infant, adoptada el 20 de novembre de 1989,⁵³ a banda de reconèixer específicament els drets fonamentals dels infants i adolescents, i d'imposar als estats l'obligació de donar una protecció legal adequada, estableix dos aspectes que han estat cabdals: el principi de l'interès superior del menor i el dret dels menors a participar en totes les situacions que els resultin rellevants, com a derivació del seu dret a ser

50. Introduït per la Llei 27/2003, del 31 de juliol, reguladora de l'ordre de protecció de les víctimes de la violència domèstica.

51. Per a aquesta qüestió, vegeu Helena Díez GARCÍA, «Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género», a Susana QUICIOS MOLINA i Silvina ÁLVAREZ MEDINA (dir.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 203-231.

52. L'exercici de la guarda es farà d'acord amb el que els cònjuges hagin pactat, «llevat que resulti perjudicial per als fills» (art. 233-10.1 CCCat). El legislador ha decidit que, quan hi ha violència masclista, resulta perjudicial en tot cas.

53. Ratificat per Espanya el 30 de novembre de 1990 i l'instrument de ratificació es va publicar en el BOE, núm. 313 (31 desembre 1990).

escollats i a donar a conèixer la seva opinió en tots els afers que els afectin. Les seves opinions hauran de ser tingudes en compte segons la seva edat i maduresa.

La importància de tenir com a prioritari l'interès superior del menor⁵⁴ ha estat recollida tant per la legislació estatal com per la catalana. Cal destacar les referències a l'Estatut d'autonomia de Catalunya (art. 40.3), al Codi civil de Catalunya (art. 211-6.1) i a la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (art. 5), entre d'altres. La Llei orgànica 8/2015 va desenvolupar aquest principi de l'interès superior del menor des del seu triple contingut com a dret substantiu, com a principi interpretatiu i com a norma de procediment que ha de regir totes les actuacions, tot seguint les indicacions de l'Observació general número 14 del Comitè de les Nacions Unides dels Drets de l'Infant, del 29 de maig de 2013, sobre el dret de l'infant que el seu interès superior sigui una consideració primordial.

Aquesta Observació general número 14 no fa referència a la violència masclista, però sí que identifica el risc de violència o de maltractament per parts dels pares, i assenyalava que, en aquest cas, l'interès superior del menor i la necessitat de protegir-lo poden entrar en conflicte amb la preservació de l'entorn familiar (par. 81): en tot cas, l'interès superior del menor porta a garantir els seus drets, així com «el desenvolupament holístic del menor» (par. 82).

El Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) ha declarat en nombroses ocasions que les autoritats nacionals han de tenir en compte l'interès superior del menor, que té dos vessants: en primer lloc, l'interès del menor és mantenir les relacions amb la seva família, excepte en els casos en què aquesta família no sigui apta o sigui clarament disfuncional; en segon lloc, l'interès és poder créixer i desenvolupar-se en un entorn segur i estable. Per tant, l'article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH) (dret al respecte a la vida privada i familiar) no dona dret al progenitor maltractador a exigir relacions amb el seu fill quan això posi en risc la salut i la seguretat del menor. La interferència de les autoritats nacionals en les relacions familiars no vulnera cap dret si està justificada per la protecció del menor.⁵⁵ El que resulta indispensable és que totes les parts en el conflicte familiar tinguin l'oportunitat de defensar la seva posició en el procés judicial, per a garantir el compliment dels articles 6 (dret a un procés equitatiu) i 13 CEDH (dret a un recurs efectiu).

54. María Paz GARCÍA RUBIO, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13 (2020), p. 14-49.

55. Entre moltes altres, vegeu les sentències del TEDH del 13 de juliol de 2000, Elsholz contra Alemanya (cas 25735/94); del 4 d'abril 2006, Maršálek contra la República Txeca (cas 8153/04); del 6 de juliol de 2010 (Gran Sala), Neulinger i Shuruk contra Suïssa (cas 41615/07); del 16 de juliol de 2015, Mamchur contra Ucraïna (cas 10383/09), i del 9 de desembre de 2021, G. M. contra França (cas 25075/18). Més recentment, en un cas de possibles abusos sexuals als fills menors, vegeu la Sentència del TEDH (STEDH) del 15 de novembre de 2022, A. i altres contra Islàndia (casos 25133/20 i 31856/20).

En situacions de risc, l'autoritat judicial pot acordar que les relacions personals del menor amb el progenitor maltractador es facin de manera supervisada en la xarxa de serveis socials o en un punt de trobada familiar (art. 233-13.2 CCCat). El servei tècnic de punt de trobada, previst per l'article 61 de la Llei 5/2008, ofereix un lloc neutral on poden fer-se les visites en presència o amb la supervisió de personal qualificat. D'aquesta manera s'evita el risc de violència contra els menors i es redueix l'exposició de les mares víctimes de violència masclista.⁵⁶

L'article 31.7 de la Llei 5/2008 obliga a la creació d'un instrument d'avaluació de riscos, incloent-hi el risc per als fills i filles de la dona. Aquesta avaluació del risc, a càrrec dels Mossos d'Esquadra, és individualitzada i l'article 31.5 de la mateixa llei estableix els criteris que s'han de tenir en compte:

[...] la percepció subjectiva de risc de la mateixa dona; la relació de poder, afectiva, de dependència emocional o econòmica entre aquesta i l'agressor; la durada i el tipus de les violències patides; el suport familiar i comunitari de la dona; l'existència de procediments judicials en curs entre ambdós, i l'existència de factors de vulnerabilització i d'empoderament de la dona.

Les unitats de valoració forense integral utilitzaran aquesta avaluació per a valorar els riscos que té per als menors el règim de visites i custòdia que estableixi l'autoritat judicial. Aquestes unitats inclouran necessàriament professionals de l'àmbit de la família. En l'avaluació del risc s'hauria d'incloure també la informació proporcionada pels menors, que pot ser molt valuosa, com destaca la Resolució del Parlament Europeu del 2021 (considerant R).

4.2. DRET DEL MENOR A SER ESCOLTAT

Els menors d'edat tenen dret a ser escoltats abans que es prenguin decisions que els afectin directament (art. 211-6.2 CCCat i 7 Llei 14/2010). Poden exercir aquest dret si tenen capacitat natural suficient i en tot cas a partir dels dotze anys. La LOPJM estableix, amb caràcter general, el dret del menor a ser escoltat («oído y escuchado», diu l'article 2.5a) en qualsevol àmbit relatiu a la seva esfera personal, familiar o social, «tenint-se degudament en compte les seves opinions, en funció de la seva edat i maduresa» (art. 9.1); en tot cas, es considera que «té prou maduresa quan tingui dotze anys complets» (art. 9.2). Per la seva banda, la Llei orgànica 8/2021 reconeix aquest dret a totes les víctimes, sense límit d'edat (art. 11.1), i assegura que s'ha d'exercir davant de

56. Igualment, el paràgraf. 11 de la Resolució del Parlament Europeu del 6 d'octubre de 2021, ja esmentada.

professionals experts i en espais adequats perquè l'obtenció del testimoni de víctimes menors d'edat s'obtingui amb rigor, tacte i respecte (art. 11.2).

Aquest dret a ser escoltat, norma d'ordre públic,⁵⁷ està vinculat a la possibilitat de participar activament en el procés judicial i, per tant, afecta la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Això no implica que l'autoritat judicial necessàriament hagi d'escoltar el menor, però sí que aquest ha de tenir l'oportunitat d'expressar la seva voluntat. El que no resulta admissible és que el menor demani expressament ser escoltat i l'autoritat judicial li ho denegui sense un motiu justificat.⁵⁸

La Resolució del Parlament Europeu del 2021 destaca que s'ha d'oferir al menor «l'oportunitat de ser escoltat» com un pas essencial per a determinar, en funció de la seva edat i maduresa, què és el que redunda en benefici seu. S'ha de donar una atenció particular als menors quan se sospiti que hi ha violència masclista i per això l'audiència ha de fer-se en un entorn adaptat a les seves necessitats i per professionals qualificats, per a evitar d'agreuja el trauma (considerant 24).

El dret a ser escoltat es pot exercir personalment o a través d'una altra persona, que pot ser un especialista qualificat i objectiu.⁵⁹ En situacions de violència masclista cal ser especialment curós a no caure en la revictimització secundària del menor i s'ha d'evitar que aquest hagi de repetir el relat en diverses instàncies (davant de la policia, davant dels jutjats). En aquest sentit, és important coordinar els serveis que han de valorar la situació de risc per a adoptar les mesures de protecció.⁶⁰

4.3. ALGUNS SUPÒSITS EXCEPCIONALS SEGONS LA JURISPRUDÈNCIA

En alguns assumptes, els pares maltractadors han al·legat que l'aplicació dels subapartats 3 i 4 de l'article 233-11 CCCat resulta exagerada o excessiva, però és evident que aquest argument no s'ha d'admetre en cap cas perquè les autoritats judicials han d'aplicar el dret vigent. En cas que la pretensió sigui mantenir, en interès del menor, el règim d'estades, de relació o de comunicacions, haurà de demostrar la

57. Vegeu la STC 141/2000, del 29 de maig, i la STC 5/2023, del 20 de febrer.

58. La STEDH de l'11 d'octubre de 2016, Iglesias Casarrubios i Cantalapiedra Iglesias contra Espanya (demanda núm. 23298/12), condemna l'Estat espanyol per vulneració de l'art. 6 CEDH (dret a un procés equitatiu) per no garantir el dret de les filles a ser escoltades en el procediment del divorci contenciós dels progenitors. La filla menor d'edat havia sol·licitat ser escoltada en diverses ocasions, petició que havia estat ignorada sense motivació.

59. Ana M. PÉREZ VALLEJO, *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: Un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, València, Tirant lo Blanch, 2021, p. 339-340, destaca la importància de la prova psicossocial, que sovint és determinant en el procés judicial, malgrat que reconeix que la valoració per part dels advocats és negativa.

60. Cfr. *Protocol marc per una intervenció amb diligència deguda en situacions de violències masclistes*, Generalitat de Catalunya, Departament d'Igualtat i Feminismes, 2022, p. 22.

presència d'aquestes circumstàncies excepcionals.⁶¹ La reforma es va començar a aplicar també als procediments en curs, com indicava la disposició addicional del Decret llei 26/2021.

De la lectura de les sentències publicades l'últim any sembla deduir-se que els pares maltractadors al·leguen la seva disconformitat amb l'aplicació estricta de la norma i addueixen el caràcter excessiu de la mesura, però més enllà d'això no aporten cap prova de la conveniència de l'adopció o el manteniment de les relacions personals. I és que no només no aporten cap prova, sinó que ni tan sols expliquen quines són aquestes circumstàncies excepcionals, amb la qual cosa no es pot acordar aquesta mesura.⁶²

Algunes sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya estimen els recursos presentats contra sentències d'audiències provincials que no han tingut en compte les circumstàncies que revelen que, en el cas concret, resulta inviable mantenir o reprendre les relacions personals. Per exemple, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 3/2016, del 21 de gener, revoca la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Tarragona, que imposava un règim de relacions i visites habitual, i imposa un règim de visites restrictiu, amb supervisió del punt de trobada, per als actes de violència masclista reiterats i amb condemna penal (l'última agressió a la mare en presència del fill de tres anys), tenint en compte també el menyspreu del pare per l'ordre de protecció. Un exemple recent és la STSJC 8/2023, del 2 de febrer, en la qual la SAP de Barcelona no té en compte dades rellevants com la referència a causes penals existents i els fets al·legats (una de violència masclista contra la mare i una altra sobre presumptes abusos sexuals del pare contra la nena), o els informes emesos contraris al restabliment de les visites (perquè agreujarien la vulnerabilitat emocional de la nena). La STSJC ressalta que la decisió sobre el règim de relacions personals correspon a l'autoritat judicial, però ha de motivar la decisió, cosa que no fa la SAP recorreguda. Aquesta sentència recorda que la reforma del 2021 pretén revertir la situació anterior, en la qual els tribunals prioritzaven la continuïtat de les relacions personals entre progenitors i fills i filles.

Si els assumptes penals s'han arxivat i no hi ha indicis fonamentats de violència, es pot atribuir la guarda compartida, o fins i tot la guarda individual, al pare.⁶³ Però l'existència de condemnes per delictes de violència masclista o familiar impedeix reprendre les relacions personals.⁶⁴ Per imperatiu legal no es pot establir una guarda compartida, però sí mantenir les relacions personals amb caràcter excepcional i en

61. Belén CASADO CASADO, *Menores y violencia de género: La protección al menor ante situaciones de violencia machista*, València, Tirant lo Blanch, 2020, p. 182, fa una proposta per al dret espanyol: «[...] la ley debe presumir *iuris tantum* la necesidad de establecer un recorte en las funciones parentales, de mayor o menor entidad según el caso».

62. Interlocutòries del TSJC 174/2022, del 12 de desembre, i 177/2022, del 12 de desembre.

63. SAP de Barcelona 111/2023, del 17 de febrer, en un cas de trasllat internacional de menors.

64. SAP de Barcelona 42/2023, del 25 de gener.

interès de la persona menor d'edat. Cal valorar els fets, la seva gravetat i reiteració, i si els fills estan en situació de risc o perill concret o estan exposats habitualment a la violència masclista.⁶⁵

Abans de la reforma del 2021 i pel que fa a la custòdia compartida, es plantejava el dubte de si els menors que no havien tingut cap coneixement dels fets que havien portat a la inculpció del pare com a autor de violència masclista, perquè els episodis van tenir lloc quan eren ben petits, podia servir com a criteri per a acordar la guarda compartida. Mentre era vigent la normativa anterior, encara era possible justificar-ho. La jurisprudència anterior a la reforma del 2021 així ho entenia.⁶⁶ Ara bé, si quedava acreditat que el fill o filla havia estat víctima indirecta de violència masclista, no era possible.⁶⁷ La jurisprudència posterior al 2021 descarta totalment aquesta possibilitat amb l'argument que la reforma ha suprimit intencionalment la condició dels fills com a víctimes directes o indirectes de la violència familiar o masclista; per tant, no cal que hi hagi afectació directa o indirecta per a impedir el règim de la guarda, que no admet cap excepció.

¿I si la violència masclista va tenir lloc temps enrere respecte de la sol·licitud de mesures en relació amb els fills menors? La jurisprudència normalment ha mantingut que és positiu per als fills mantenir contacte amb els dos progenitors, no veure's privat de la relació i el contacte amb el pare. Només en els casos més greus s'ha denegat el règim d'estades, comunicació i relacions. Malauradament, en alguns casos molt greus s'ha mantingut aquest règim perquè s'ha considerat prevalent el dret del progenitor a

65. En el cas resolt per la SAP de Barcelona 32/2023, del 19 de gener, els fets violents van tenir lloc un cop trencada la convivència, quan el pare va anar a recollir les seves pertinences; es redueixen les visites entre setmana, però es mantenen les de cap de setmana. La SAP de Girona 591/2022, del 23 de desembre, entén que l'episodi de violència com a resposta circumstancial a un esdeveniment determinat que no revela un patró habitual de maltractament, pot tenir cabuda en la previsió d'excepcionalitat per a mantenir relacions personals. Ho veu igual la SAP de Tarragona 823/2022, del 23 de novembre. En canvi, la SAP de Barcelona 20/2023, del 13 de gener, considera que els fets violents (que inclouen insults i lesions per estrangulament), que van tenir lloc en presència del menor, justifiquen la suspensió del règim de visites; i la SAP de Lleida 724/2022, del 10 de novembre, suspèn igualment les visites perquè el pare té pendants un procés per maltractament del menor i dos per violència masclista (un d'ells, per intent d'homicidi de la seva parella actual).

66. STSJC 3/2015, del 12 de gener.

67. La STSJC 27/2014, del 14 d'abril, revoca la guarda compartida acordada per la SAP perquè considera que la menor, que tenia onze mesos en el moment de la ruptura dels seus pares, era una víctima indirecta. Encara que aparentment aleshores no tenia coneixement o consciència dels actes de violència masclista, hi havia afectació de la menor: l'exposició a la violència té un impacte sobre el desenvolupament de la menor i de les seves relacions futures, sobretot quan la violència no és puntual o reactiva, sinó estructural. La STSJC, per tant, revoca la guarda compartida que havia establert la SAP. En la STSJC 29/2017, de l'1 de gener, les amenaces de mort del pare a la mare, per les quals va ser condemnat penalment, encara que no es facin en presència de la menor, de sis anys, causen una preocupació i una por a la mare que són persistents en el temps, i la nena no és insensible a l'estabilitat de la mare.

veure els seus fills en tot cas.⁶⁸ Cal tenir present que, amb independència de la titularitat del dret (si és dels pares o dels fills), no es tracta d'un dret absolut i es pot limitar en interès dels menors.⁶⁹ La novetat de les últimes lleis, tant l'estatal com la catalana, és que la resposta jurídica no pot ser automàtica, sinó que s'han de tenir en compte les circumstàncies de cada cas. I que, per sobre dels interessos dels pares, els tribunals han de protegir els menors d'edat.

5. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 106/2022, DEL 13 DE SETEMBRE

Abans de la reforma del Codi civil de Catalunya del 2021, la Llei 8/2021 va modificar dos preceptes del Codi civil espanyol (CC): l'article 94.4, que exclou amb caràcter general el règim d'estades, comunicació o relacions personals quan hi ha violència masclista, i l'article 156.2, que faculta un progenitor a prendre la decisió de donar assistència psicològica als fills menors d'edat.⁷⁰ La STC 106/2022, del 13 de setembre, ha declarat que els preceptes són constitucionals. Ara bé, no es limita a fer aquesta declaració, sinó que va més enllà i dicta una sentència interpretativa: l'article 94.4 CC, que estableix una regla general i una excepció, no ha de ser interpretada en el sentit literal, que revela que el legislador ha donat prioritat a una solució sobre l'altra, sinó que s'ha d'entendre com dues opcions en igualtat i, per tant, que els jutges tenen l'opció d'establir aquest règim o no. Aquesta sentència interpretativa no sembla tenir en compte que hi

68. Lamenten l'escassa aplicació de les normes que ja permetien limitar el contacte entre l'agressor i els menors, i consideren que mantenir les relacions familiars en tot cas xoca frontalment amb l'assegurement del benestar dels nens i nenes víctimes de la violència masclista, Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2018), p. 1-28, i Blanca SILLERO CROVETTO, «Revisión de las medidas civiles relativas a la asistencia y protección de menores como consecuencia de la violencia de género», a Carmen SÁEZ LARA (coord.), *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género*, València, Tirant lo Blanch, 2021, p. 113-176, esp. p. 148 i seg.

69. Com recorda Virginia MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2016.

70. L'apartat VII del preàmbul del Reial decret llei 9/2018 justifica així la reforma:

[...] per donar compliment a la mesura 148 de l'Informe de la Subcomissió del Congrés que proposa desvincular la intervenció psicològica amb menors exposats a violència de gènere de l'exercici de la pàtria potestat. En concret, la reforma que afecta l'art. 156 del Codi civil té com a objectiu que l'atenció i l'assistència psicològica quedi fora del catàleg d'actes que requereixen una decisió comuna en l'exercici de la pàtria potestat, quan qualsevol dels progenitors estigui incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre progenitor o dels fills i filles de tots dos.

ha una altra interpretació més ajustada a la perspectiva de gènere, com sí que fan els magistrats en el vot particular.

5.1. ELS ARGUMENTS DEL RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT

El Grup Parlamentari de Vox va interposar un recurs d'inconstitucionalitat contra uns preceptes de la Llei 8/2021,⁷¹ en particular contra l'article 2.10, que dona una nova redacció a l'article 94.4 CC (i que, com a regla general, exclou el règim de visites per al progenitor incurs en un procés penal o respecte del qual hi ha indicis fonamentats de violència domèstica o masclista), i l'article 2.19, que modifica l'article 156.2 CC⁷² (i faculta l'altre progenitor a autoritzar que es proporcioni assistència psicològica als fills menors).

El punt de partida del recurs és que les normes impugnades porten a un automatisme de la decisió judicial que vulnera els articles 39, 24.1 i 117.3 CE. Aquests preceptes atribueixen al poder judicial una facultat de supervisió, com a límit a la llibertat de configuració del legislador, i l'automatisme pot vulnerar l'efectivitat del mandat de vetllar per l'interès del menor. La part recurrent es queixa de l'automatisme amb què el legislador imposa solucions legals a problemes que han de ser valorats pels jutges, fet que suposa una ingerència en la potestat jurisdiccional. A més, la part recurrent al·lega vulneració del principi de seguretat jurídica (art. 9.3 CE) perquè l'expressió «incurso en un proceso penal iniciado» de l'article 94.4 CC resulta incerta; vulneració del dret a un jutge predeterminat per la llei (art. 24 CE), perquè atribueix als jutges de la jurisdicció civil la valoració de l'existència d'indícis fundats de violència domèstica o masclista, i, finalment, vulneració de la reserva de llei orgànica, motius tots ells desestimats per la STC 106/2022.

71. No queda clar per què aquests preceptes del CC es van modificar a través de la Llei 8/2021, del 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica, i no per la coetània Llei orgànica 8/2021, del 4 de juny, de protecció integral a la infància i l'adolescència davant la violència. Per raó de la seva matèria, resulta evident que encaixa en aquesta llei, i no en l'altra. El preàmbul de la Llei 8/2021 ho podria haver explicat o justificat, però no ho va fer. En qualsevol cas, el TC recorda que no s'ocupa de la qualitat tècnica de les lleis i que el judici de constitucionalitat no és un judici de tècnica legislativa (STC 106/2022, FJ 1.C).

72. La part impugnada de l'art. 156 CC va ser introduïda pel Reial decret llei 9/2018, del 3 d'agost, de mesures urgents per al desenvolupament del Pacte d'Estat Contra la Violència de Gènere, i no per la Llei 8/2021. Això ens podria portar a pensar que el termini de prescripció està exhaurit, atès que l'art. 33 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTIC) assenyalava un termini per a interposar el recurs d'inconstitucionalitat de tres mesos des de la publicació de la Llei. Malgrat això, com que la Llei 8/2021 torna a copiar tota la redacció del precepte, sense limitar-se a incorporar l'incís nou, el TC entén que s'obre un nou termini de prescripció. Es produeix una modificació formal de tot el precepte, amb independència de la coincidència material amb la redacció anterior (STC 106/2022, FJ 1.B.b).

5.2. SOBRE EL DRET DE VISITES (ARTICLE 94.4 DEL CODI CIVIL ESPANYOL) I L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR

El Tribunal Constitucional (TC) ha reconegut que l'anomenat *dret de visites* té una dimensió constitucional, ja que està vinculat al mandat de protecció de la família (art. 39 CE), que ha de guiar la seva regulació i aplicació. El dret d'estades, comunicació i relació no és tant un dret dels pares com un dret del menor. Encara que els interessos dels pares no es poden menystenir i han de ser valorats en el judici de ponderació que ha de fer la resolució judicial, preval sempre l'interès superior del menor. Si l'exercici dels drets dels progenitors pot afectar negativament el desenvolupament del menor, l'interès dels progenitors ha de cedir davant de l'interès del menor.

La STC fa un recorregut per la normativa internacional aplicable, com el CNUDI, la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) i la Convenció d'Istanbul.⁷³ Són tres els articles del CDN rellevants en aquesta matèria:

— L'article 3.1: «En totes les accions que concerneixen l'infant [...] la consideració principal ha de ser l'interès primordial de l'infant».

— L'article 9.3: «Els estats membres han de respectar el dret de l'infant separat d'un dels seus pares o d'ambdós de tenir relacions personals i contacte directe amb tots dos regularment, tret de si això va contra el seu interès primordial».

— L'article 19 (19.1: «Els estats membres han de prendre totes les mesures legislatives, administratives, socials i educatives apropiades per a protegir l'infant contra totes les formes de violència física o mental, lesions, abusos, abandonament o tracte negligent, maltractament o explotació, inclosos els abusos sexuals, físics o mentals, mentre està sota la tutela dels seus pares, tutors legals o de qualsevol altra persona que en tingui la tutela»; 19.2: «Aquestes mesures protectores, si cal, han d'incloure procediments efectius per a l'establiment de programes socials, amb la finalitat de donar el suport necessari a l'infant i als que en tenen la tutela, i també per a altres maneres de prevenir, detectar, informar, derivar, investigar, tractar i seguir els casos de maltractaments descrits més amunt, a més de les actuacions judicials, si fossin necessàries»).

Igualment, fa esment d'algunes sentències del TEDH que ressalten la importància de les relacions paternofilials com un element fonamental de la vida familiar⁷⁴

73. En l'argumentació sobre l'interès superior del menor, la STC també inclou el Conveni de La Haia del 29 de maig de 1993, relatiu a la protecció del nen i la cooperació en matèria d'adopció internacional, i el Conveni de La Haia del 19 d'octubre de 1996, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels infants. Aquests convenis, que han estat ratificats per l'Estat espanyol i, per tant, formen part del dret intern, reconeixen l'interès superior del menor com a criteri primordial que cal tenir en compte; ara bé, no són aplicables al conflicte sobre el qual tracta la STC per manca de l'element internacional en la controvèrsia.

74. STEDH del 16 de setembre de 1999, Buscemi contra Itàlia (cas 29569/95), STEDH del 5 de

i indica que qualsevol interferència en la vida familiar ha d'estar prevista legalment i que només estan justificades les interferències que siguin necessàries per a protegir un objectiu legítim (en el cas que ens ocupa, els drets dels infants i adolescents). No es pot deixar de tenir en compte que aquestes sentències del TEDH analitzen supòsits en què les administracions públiques detecten situacions de risc i prenen decisions que porten a la separació dels menors del seu entorn familiar. Els estats membres tenen l'obligació positiva de fer tot el que sigui possible per a mantenir les relacions personals i, quan arribi el moment adient, si és que arriba, ajudar a restablir els vincles trencats.⁷⁵ Cal mantenir les relacions personals dels menors amb la seva família, que són un dret tant del menor com dels pares; ara bé, l'interès superior del menor pot condicionar l'interès dels pares. En particular, els estats tenen l'obligació de protegir els menors contra els actes de violència i d'adoptar mesures de prevenció del maltractament.⁷⁶

5.3. DECISIONS LEGISLATIVES I EXCLUSIVITAT JURISDICCIONAL

Quan es tracta de decidir sobre l'eliminació o la reducció del règim d'estades, comunicació i relació dels menors amb els seus pares maltractadors, qui està en una millor posició per a fer-ho, el legislador o els tribunals? La part recurrent al·lega que els articles 39, 117 i 24 CE estableixen un límit al legislador a l'hora de configurar la regulació del règim d'estades, comunicació i relació, argument que la STC 106/2022 desarticula: cap dels articles esmentats impedeix al legislador elaborar una regulació general que determini la resolució que cal adoptar en relació amb el règim d'estades, comunicació i relació dels menors amb els seus pares, tant en els procediments civils com en els penals, «modulando de este modo la capacidad decisoria de los órganos judiciales» (fonament jurídic [FJ] 3).

El legislador ha d'establir una regulació que garanteixi els drets fonamentals dels menors, incloent-hi el dret a la vida i a la integritat física i moral (art. 15 CE). Al Tribunal Constitucional li correspon enjudiciar si la regulació legal que introdueix una restricció respecta l'interès superior del menor i altres drets fonamentals o si, per contra, la restricció resulta injustificada perquè és irracional, desproporcionada i arbitrària (FJ 3).

La STC 106/2022 fa un advertiment en contra de les solucions automàtiques del legislador: «Cuando está en juego el interés del menor debe huirse de decisiones re-

novembre de 2009, R. M. S. contra Espanya (cas 28775/12), i STEDH del 3 de maig de 2011, Saleck Bardi contra Espanya (cas 66167/09).

75. Vegeu la STEDH del 6 setembre de 2018, Jansen contra Noruega (cas 2822/16), i la STEDH del 19 de setembre de 2000, Gnahoré contra França (cas 40031/1998).

76. STEDH del 12 de novembre de 2013, Söderman contra Suècia (cas 5786/08).

gladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos», i recorda la doctrina constitucional consolidada segons la qual el criteri que ha de presidir la decisió que correspongui adoptar al jutge «debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (FJ 2, B.3).

En contra del que afirmen els recurrents, la STC 106/2022 entén que no hi ha cap automatisme en l'article 94.4 CC, ja que no predetermina legalment la privació del règim de visita o d'estades a cap dels progenitors (FJ 4). Si l'autoritat judicial considera, per les circumstàncies del cas, que no és necessari impedir les estades o les visites, les pot acordar, sempre que sigui en interès del menor i amb l'avaluació prèvia de la situació concreta de la relació paternofilial:

Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE). A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él [...], el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (FJ 4).

És cert que l'article 94.4 CC no imposa una solució automàtica ni elimina totalment la possibilitat que té l'autoritat judicial de valorar les circumstàncies del cas; però les dues opcions possibles estan ordenades jeràrquicament, de manera que hi ha una regla general («No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá [...]») i una excepció («No obstante, la autoridad judicial podrá establecer [...]»). I aquesta preferència legal és eliminada per la STC 106/2022, que malmena així els esforços legislatius encaminats a lluitar contra la violència masclista, tal com identifica el vot particular.

Sembla curiós que no s'hagi fet cap al·lusió —ni el recurrent, ni el Tribunal Constitucional— al paràgraf cinquè de l'article 94 CC, en el qual el legislador sí que va

prendre una decisió automàtica sobre l'atribució del règim de visites: «No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior». En aquest cas, l'autoritat judicial no té cap marge per decidir, fet que resulta justificat per la gravetat dels fets (el pare està a la presó per un delictes de violència masclista o domèstica) i la necessitat de protegir els menors.

Finalment, l'argument que l'article 156 CC vulnera l'article 117 CE en relació amb l'article 39 CE, perquè atribueix en determinades circumstàncies a un progenitor la decisió que els fills i filles menors d'edat rebin atenció i assistència psicològica, també resulta desestimat (FJ 7) pels mateixos arguments: la decisió del legislador no està exempta de control judicial.

5.4. EL VOT PARTICULAR DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 106/2022

La Sentència inclou un vot particular,⁷⁷ concurrent, basat en el fet que es pot arribar a la mateixa conclusió sobre la constitucionalitat de la llei, però amb arguments diferents, tenint en compte la perspectiva de gènere, que la Sentència ignora. La STC resol la qüestió plantejada tenint en compte els interessos dels menors i els dels pares maltractadors, que s'estructuren al voltant del manteniment dels vincles familiars; no té en compte els interessos de la dona víctima de la violència masclista i que les mesures civils qüestionades tenen una connexió directa amb la protecció d'aquestes dones que són mares.

El vot concurrent exposa el següent respecte a la STC:

[...] esquiva y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa [...] tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación del principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres.

La interpretació literal de l'article 94.4 CC és clara: «No procederá [...]. No obstante [...]». Per tant, la regla general ha de ser la suspensió del règim d'estades, visites i comunicacions; i excepcionalment es podrà acordar, però caldrà justificar adequadament quins en són els motius, basats en l'interès superior del menor.

77. Formulats pels magistrats María Luisa Balaguer Callejón, Juan Antonio Xiol Ríos i Inmaculada Montalbán Huertas.

A més de la interpretació literal, el vot particular destaca la interpretació de la norma en el context temporal en què s'aprova, vinculat al Pacte d'Estat (mesures 204 i 144). En aquell moment ja hi havia una norma que permetia suspendre el règim de visites, estades i comunicacions amb el pare inculpat de violència de gènere (art. 66 LOVG), però les dades de l'Observatori del Consell General del Poder Judicial indicaven que el nombre de casos en què s'acordava la suspensió era inferior al 5 % dels casos. Els instruments legals resultaven insuficients per a atendre, de manera efectiva i real, la necessitat de protecció.

El sentido de la reforma legislativa enjuiciada era transformar la excepción aplicativa hasta ese momento en la regla general para asegurar la adopción de medidas de limitación de las relaciones parentales en los casos de violencia de género, pudiendo mantenerse incólumes dichas relaciones allí donde el órgano judicial lo apreciase, motivadamente, oportuno.

[...]

[La STC] neutraliza por completo la finalidad que dicha norma [el artículo 94.4 CC] está llamada a cumplir, y que ha justificado su incorporación al ordenamiento jurídico, y la convierte en completamente innecesaria, por cuanto no aportaría nada adicional en relación con la realidad jurídica preexistente.

En relació amb l'interès del menor, el vot particular destaca que ha de ser entès de manera completa i compatible amb la protecció de les dones davant la violència masclista, i critica la STC perquè emmarca aquest interès, quasi de manera exclusiva, en el manteniment de les relacions familiars. Penso que, sense menystenir la importància de mantenir les relacions familiars, hi ha situacions que porten a suspendre-les perquè hi ha altres interessos en joc que són superiors a aquest: per una banda, l'interès del menor a ser protegit davant la violència masclista, tant per a evitar situacions en què es posa en risc la seva vida i integritat física, com per a evitar la seva exposició a conductes de violència masclista, que afecta la seva integritat moral i el desenvolupament de la seva personalitat; per altra banda, l'interès de la dona víctima de violència masclista a ser protegida dels actes de violència vicària.

En aquest sentit, el vot particular diu:

[...] la deliberada omisión en la sentencia de toda referencia a la violencia de género en general y a la violencia vicaria en particular constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia.

6. REFLEXIONS FINALS

La violència masclista és fruit de la subordinació històrica de les dones als homes. S'han fet passos de gegant en la millora de les condicions que porten a reduir les situacions de discriminació i les relacions de poder asimètriques, i cal celebrar les reformes legislatives aprovades amb l'objectiu de prevenir, protegir i castigar les conductes de violència masclista. Malauradament no han aconseguit eliminar la violència masclista en l'àmbit de la parella o l'exparella, i el problema social, no només individual, continua. En els últims anys s'ha posat l'èmfasi en la protecció dels fills i filles menors d'edat que conviuen amb la violència masclista, de manera que s'ha establert la necessitat d'adoptar mesures civils i s'ha reduït el catàleg de les possibles, ja que queda prohibida la guarda compartida i s'ha adoptat la regla general de la no atribució (o suspensió) del règim d'estades, comunicació i relació al pare maltractador, excepte quan l'interès del menor aconselli establir-lo o mantenir-lo.

Els menors tenen, en aquest àmbit, dos drets: per una banda, el dret a mantenir relacions amb els seus dos progenitors; per l'altra, el dret a la vida i a la seva integritat física i psíquica, que genera el dret a ser protegit de la violència física i psicològica i a poder viure en un ambient lliure de violència. Aquests dos drets estan ordenats jeràrquicament i, quan no són compatibles, porten a evitar les relacions personals del menor amb el pare maltractador. L'interès del menor està per sobre de l'interès del pare a mantenir relacions personals amb els seus fills i filles. Resulta evident que aquesta solució és l'adequada en els casos de violència masclista, sobretot quan és greu i continuada.

I és que no tots els casos de violència masclista són iguals ni tenen la mateixa rellevància. Hi ha graus de gravetat en funció de les circumstàncies del cas, i són precisament aquestes les que portaran a la determinació judicial de la possibilitat, o no, de mantenir algun tipus de contacte. Ens podem trobar amb situacions familiars en què hi ha hagut un episodi violent, lleu, que no justifiqui el trencament de les relacions personals entre el pare i el menor, quan l'interès d'aquest aconselli mantenir-les. Només l'anàlisi de les circumstàncies específiques de cada cas pot portar a aquesta conclusió, vetllant per l'interès concret de cada infant i obviant idees estereotipades sobre la bondat de la relació paterna, que no es pot imposar en tot cas.

El que ha canviat és, fonamentalment, el punt de partida. La regla general és no atribuir cap règim d'estades, comunicació o relació personal, però es pot establir excepcionalment. La reforma del Codi civil de Catalunya del 2021 va en la línia de reduir les possibilitats que es produeixin actes de violència vicària. Les mesures que s'han d'adoptar —o, més aviat, les que no s'han d'adoptar si no hi ha un motiu que ho justifiqui— tenen, com hem vist, una triple finalitat: protegir els menors evitant que els períodes de relacions personals puguin ser aprofitats pel pare maltractador per a cometre actes de violència vicària, protegir les mares d'actes de violència masclista (la vicària ho és) i evitar la transmissió generacional de la violència masclista.

Cal tenir present que els articles, ara reformats, del CCCat, que son idèntics als del Codi civil espanyol impugnats, no es veuen afectats per la STC 106/2022, del 13 de setembre, ja que Catalunya té competència sobre aquesta matèria i l'ha regulada. Per tant, els preceptes del CCCat no s'han d'interpretar com diu aquesta STC, sinó que es poden interpretar de manera literal, que estableix clarament un règim general («no es pot atribuir [...]») i una excepció («excepcionalment [...] es pot»). Així, les normes estatals impugnades s'han d'interpretar com diu la STC 106/2022 i les normes catalanes, que són idèntiques, es poden interpretar d'una manera diferent, atenent més el sentit literal de les paraules, que resulta més respectuós amb la protecció dels menors en el context de la violència masclista.

La STC 106/2022 congela, per al dret espanyol, els avenços que s'han produït en matèria de lluita contra la violència masclista. La interpretació que fa el Tribunal Constitucional desmunta o aigualleix els esforços legislatius per reduir el marge de discrecionalitat judicial en aquesta matèria. El vot particular és crític amb aquesta sentència interpretativa, ja que no té en compte el context en què es van adoptar els preceptes, que és el de la lluita contra la violència masclista.

En tot cas, la decisió final sobre si s'han d'establir o de mantenir les relacions personals entre pare i fills i filles menors d'edat, o no, correspon a l'autoritat judicial. El legislador ha traçat un camí que porta a evitar-les com a regla general, però diu que excepcionalment es poden establir o mantenir quan l'interès del menor ho justifiqui, cosa que s'haurà de motivar adequadament d'acord amb les circumstàncies concretes del cas. Quan s'analitzen les relacions familiars, l'interès del menor no és l'únic que s'ha de tenir en compte, però quan aquest entra en conflicte amb els interessos dels altres, preval l'interès del menor, i, en particular, el seu dret a la vida i integritat i el dret a viure en un entorn sense violència.

Difícilment un home maltractador pot ser un bon pare. I les relacions familiars no es poden fragmentar i mantenir aïllades: qui comet actes de violència masclista contra la dona no pot mantenir una relació sana amb els seus fills i filles. De la lectura de les sentències es desprèn que sovint es minimitzen injustificadament els actes de violència masclista,⁷⁸ i fins i tot les ordres de protecció, per a donar prioritat a la relació entre el progenitor maltractador i els seus fills i filles, per damunt de qualsevol altra consideració. La reforma del 2021 imposa un canvi considerable en aquest criteri: les circumstàncies del cas guiaran la decisió de l'autoritat judicial, però el punt de partida ja no és el mantra que la relació paternofilial és sempre bona i positiva; per a

78. No puc deixar de fer esment d'una sentència la lectura de la qual causa perplexitat per la manca de sensibilitat de l'autoritat judicial. Em refereixo a la STS, Sala Segona, 778/2022, del 22 de setembre. Un home va matar la seva dona a ganivetades en presència de les seves filles de quatre i dos anys; va sortir del domicili familiar de matinada i va deixar les nenes soles amb el cadàver de la seva mare. A banda de la condemna per assassinat i maltractament habitual, l'Audiència Provincial va condemnar el pare per un delictes de lesions psíquiques en relació amb les nenes, a més del delictes d'abandonament de menors. El

establir-la o mantenir-la, s'ha de donar una motivació basada en l'interès superior del menor concret.

BIBLIOGRAFIA

- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia; GINEBRA MOLINS, M. Esperança; TARABAL BOSCH, Jaume. *Dret de família: Teoria i casos*. 2a ed. Barcelona: Atelier, 2021.
- BODELÓN, Encarna. «La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares». A: PICONTO NOVALES, María Teresa (ed.). *La custodia compartida a debate*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 131-154.
- CASADO CASADO, Belén. *Menores y violencia de género: La protección al menor ante situaciones de violencia machista*. València: Tirant lo Blanch, 2020.
- CERRATO GURI, Elisabet. «La protección de las personas menores víctimas de violencia de género: reflexión sobre la adopción de medidas civiles en una orden de protección». *Justicia*, núm. 2 (2021), p. 269-308.
- CISNEROS ÁVILA, Fátima. «Los menores como víctimas directas de la violencia de género: su protección en el ámbito penal». A: SÁEZ LARA, Carmen (coord.). *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género*. València: Tirant lo Blanch, 2021, p. 177-213.
- DÍEZ GARCÍA, Helena. «Medidas cautelares civiles de protección de menores en los casos de violencia de género». A: QUICIOS MOLINA, Susana; ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (dir.). *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 203-231.
- GAFFAL, Margit. «Parental alienation in divorce judgements». *Indret*, any 2012, núm. 4, p. 1-23.

condemnat va recórrer i el Tribunal Suprem no el va condemnar pel delict de lesions psíquiques. La prova aportada demostra que les nenes patien estrès posttraumàtic, que una d'elles havia deixat de parlar i que estaven seguint un tractament psicològic. L'argument fonamental del Tribunal és l'absència d'un informe medicoforense que acrediti la necessitat del tractament; la mateixa sentència reconeix que aquest informe pot ser obviat en casos excepcionals, quan «la naturaleza de las lesiones permita al profano establecer la necesidad del tratamiento sin discusión». Segons la STS, el patiment psicològic queda subsumit en el delict d'abandonament de menors. La Sentència reconeix que, en alguns casos, quan els resultats psíquics superen la consideració del que és normal, poden tenir una valoració autònoma i configurar un delict autònom de lesions psíquiques; en aquest cas, però, el Tribunal Suprem no considera que superin el llindar. No puc estar-hi més en desacord: no hi ha dubte que l'abandonament genera un patiment als infants i adolescents; ara bé, sembla que l'abandonament amb el cadàver de la pròpia mare, ensangonat per les vuitanta-tres ganivetades, durant set hores, excedeix el que es pot considerar «normal» i, per tant, la condemna hauria estat justificada, a més, pel delict autònom de lesions psíquiques.

- GARCÍA RUBIO, María Paz. «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13 (2020), p. 14-49.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2018), p. 1-28.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. «Criterios de atribución de la custodia compartida». *Indret*, any 2010, núm. 3, p. 1-21.
- IGLESIAS MARTÍN, Carmen Rosas. «La guarda y custodia de los menores en supuestos de violencia doméstica». *Revista de Derecho Privado*, núm. 6 (2018), p. 88-111.
- LÓPEZ SUÁREZ, Covadonga. «Derechos de visita, comunicación y compañía: la onda expansiva de la Ley 8/2021». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis (2022), p. 214-245.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. «Menores y violencia de género. Análisis de la reforma de 2015 a la Ley integral contra la violencia de género». *Indret*, any 2018, núm. 2, p. 1-26.
- MASCARELL NAVARRO, M. José. «Protección de menores y juzgados de violencia sobre la mujer». *Justicia*, núm. 1 (2020), p. 173-254.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson, 2016.
- PÉREZ VALLEJO, Ana M. *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: Un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*. València: Tirant lo Blanch, 2021.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*. 3a ed. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. *Menor y violencia de género: Aspectos y retos jurídicos en la sociedad actual*. València: Tirant lo Blanch, 2018.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia. «El derecho a usar el apellido de la madre en primer lugar. Estado de la cuestión en el derecho español». *Roma Tre Law Review*, núm. 2 (2022), p. 125-149.
- ROMÁN MARTÍN, Laura. «La Llei 5/2008, del dret de les dones a eradicar la violència masclista: reflexions a propòsit de la seva reforma per la Llei 17/2020». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 36 (2022), p. 65-103.
- SILLERO CROVETTO, Blanca. «Revisión de las medidas civiles relativas a la asistencia y protección de menores como consecuencia de la violencia de género». A: SÁEZ LARA, Carmen (coord.). *Protección jurídica de menores víctimas de violencia de género*. València: Tirant lo Blanch, 2021, p. 113-176.
- TORRES PEREA, José Manuel de. «Estudio de la custodia compartida en la última década: una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa». *Indret*, any 2021, núm. 4, p. 136-172.

EL CENS EMFITÈUTIC COM A DRET REAL DE GARANTIA I COM A MECANISME DE PAGAMENT

Pedro del Pozo Carrascosa

Catedràtic de dret civil

Universitat de Barcelona¹

Resum

La Llei 11/2022, del 29 de desembre, de millorament urbà, ambiental i social dels barris i les viles, ha introduït una novetat interessant en l'ordenament jurídic de Catalunya, ja que ha ideat una funció inusual per a una institució clàssica del dret civil. En concret, ha donat al cens emfitèutic una funció de garantia real d'una obligació preexistent, de rescabament de l'Administració per l'increment del valor d'una finca que ha rebut un ajut públic; acompanya aquesta funció una de complementària, d'imputació de les pensions al pagament del deute esmentat. En aquest article s'estudia la configuració jurídica d'aquest cens.

Paraules clau: dret civil de Catalunya, finca, emfiteusi, cens, garantia real, Registre de la Propietat, urbanisme.

EL CENSO ENFITÉUTICO COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA Y COMO MECANISMO DE PAGO

Resumen

La Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y las villas, ha introducido una novedad interesante en el ordenamiento jurídico de

1. Aquest treball forma part del projecte d'investigació «La reforma del crédito inmobiliario: hacia un mercado europeo sostenible, inclusivo y digital (RCIMESID)», finançat per l'Agència Estatal d'Investigació (AEI) del Ministeri de Ciència i Innovació (MCIN) (ref. 10.13039/501100011033) i pel Fons Europeu de Desenvolupament Regional (FEDER) «Una manera de hacer Europa» (ref. PID2021-12719NB-I00). Les investigadores principals d'aquest projecte són la Dra. Esther Arroyo Amayuelas, catedràtica de dret civil de la Universitat de Barcelona, i la Dra. Miriam Anderson, professora titular de Dret Civil de la mateixa universitat.

L'autor també forma part del grup de recerca consolidat Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 00347), dirigit per la Dra. Esther Arroyo Amayuelas.

Cataluña, pues ha ideado una función inusual para una institución clásica del derecho civil. En concreto, ha dado al censo enfiteútico una función de garantía real de una obligación preexistente, de resarcimiento de la Administración por el incremento del valor de una finca que ha recibido una ayuda pública; a esta la acompaña una función complementaria, de imputación de las pensiones al pago de dicha deuda. En este artículo se estudia la configuración jurídica de este censo.

Palabras clave: derecho civil de Cataluña, finca, enfiteusis, censo, garantía real, Registro de la Propiedad, urbanismo.

THE EMPHYTEUSIS AS A REAL SECURITY AND AS A PAYMENT MECHANISM

Abstract

Act 11/2022, of December 29, on urban, environmental and social improvement of neighbourhoods and towns, has introduced an interesting novelty in the Catalan legal system, devising an unusual function for a classic institution of civil law. Specifically, it has given emphyteusis a function of real security of a former obligation to compensate the Administration for the increase in value of a property that has received public aid; this is accompanied by a complementary function, of allocating the rent to the payment of the forementioned debt. This research studies the legal configuration of this emphyteusis.

Keywords: Catalan civil law, real estate, emphyteusis, real security, land registry, urban development.

1. PLANTEJAMENT

En aquest treball estudio la utilització del cens emfitèutic com a dret real de garantia i com a mecanisme de pagament de determinats deutes enfront de l'Administració. Aquestes funcions del cens són una novetat introduïda per una llei recent de la Generalitat de Catalunya que persegueix la millora urbanística, ambiental i social de barris i altres àrees urbanes; en concret, es tracta de la Llei 11/2022, del 29 de desembre, de millorament urbà, ambiental i social dels barris i les viles,² que designarem de manera abreviada amb la sigla LMU.

La pedra angular de la LMU és la creació d'un fons econòmic, anomenat *Fons de Recuperació Urbana, Ambiental i Social de Barris i Viles d'Atenció Especial* (el designarem amb la sigla FRU, o simplement com a Fons), que està destinat a dur a terme actuacions de millorament de les condicions de vida de la població als barris, les viles i les àrees urbanes que, per les seves característiques socials, econòmiques i ambientals, s'identifiquen com a àrees d'atenció especial d'acord amb els criteris fixats per la llei esmentada (art. 4 LMU). Més en concret, l'article 1.3 LMU precisa sobre aquest fons:

[...] ha de contribuir a evitar el risc de fractura social i fer front a la crisi ambiental per mitjà del millorament de les condicions de vida de la població als barris i viles que pateixen dèficits urbanístics, baixa qualitat de l'edificació, manca d'equipaments i serveis, dificultats d'accessibilitat, riscos ambientals, exposició greu als efectes de l'emergència climàtica, alta vulnerabilitat social i riscos d'exclusió.

La dotació del FRU és a càrrec del pressupost anual de la Generalitat, tot i que no s'exclou el finançament estatal, de la Unió Europea o d'altres fonts (art. 5 LMU).

Beneficiaris del fons ho són els municipis —individualment o junt amb altres— i les entitats municipals descentralitzades (art. 7 LMU); en aquest treball els designarem genèricament amb el terme *Administració*. Ara bé, les actuacions per a les quals un beneficiari ha rebut una aportació econòmica del FRU poden recaure sobre immobles de propietat privada, com preveu explícitament l'article 9.5 LMU; per exemple, per a millorar les condicions d'habitabilitat, l'eficiència energètica i l'accessibilitat (art. 13.1 LMU). En principi, aquests ajuts a particulars són *a fons perdut*, formen part de les polítiques públiques d'urbanisme i habitatge, i pretenen la realització d'unes millores que sense ells no es farien, ja que en moltes ocasions els propietaris de les finques afectades no tenen recursos suficients per a fer-les; per exemple, és el cas de l'ajut a una comunitat en règim de propietat horitzontal per a la instal·lació d'un ascensor. Ara bé, aquesta finalitat social es perdria si l'increment del valor de les finques gràcies als ajuts del fons servís per al lucre personal i l'especulació; en l'exemple anterior, el fet

2. *Diari oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), núm. 8823 (30 desembre 2022).

de tenir ascensor augmenta el valor de cadascun dels pisos de l'edifici. És per això que l'article 22 LMU permet que si un habitatge o un local de propietat privada s'ha beneficiat directament dels ajuts derivats del FRU, en cas de transmissió l'Administració sigui creditora de l'adquirent per l'increment del valor de la finca. Aquí és on entra la figura del cens emfitèutic en funció de garantia, ja que el crèdit de l'Administració es pot assegurar amb un tal cens que gravi la finca transmesa, per l'import de l'increment del valor que ha experimentat amb les millores introduïdes gràcies als ajuts del Fons. A més, aquest cens té una funció de pagament, ja que el de les pensions meritades s'imputa al del deute amb l'Administració.

En concret, l'article 22 LMU, titulat «Cens emfitèutic», estableix el següent:

1. Els habitatges i els locals de propietat privada que es beneficiïn directament d'ajuts, subvencions o actuacions públiques en aplicació d'aquesta llei per mitjà de millores, sia en l'immoble sia en els elements comunitaris de l'edificació, poden ésser afectats per un cens emfitèutic a fi que, en cas de transmissió, les administracions públiques puguin rescabalar-se, si escau, de l'increment del valor dels immobles derivat de les inversions efectuades. L'establiment del cens emfitèutic s'ha d'acordar en el marc del contracte de col·laboració a què fa referència l'article 9.5.
2. El cens emfitèutic no pot tenir una durada superior a deu anys. L'import que ha d'ésser rescabalat en cas de transmissió no pot ésser superior a la inversió efectuada per l'ajuntament sobre l'immoble afectat. Aquest import es redueix progressivament en funció del temps que resti del termini de durada establert.
3. Els recursos obtinguts per mitjà de l'aplicació del cens emfitèutic s'han de destinar al finançament del Fons de Recuperació Urbana, Ambiental i Social de Barris i Viles d'Atenció Especial.

En els apartats següents, després d'una breu referència al procés legislatiu d'aquest article 22 LMU, estudiarem les diferents qüestions que planteja la regulació d'aquest cens emfitèutic.

2. PROCÉS LEGISLATIU

L'article 22 LMU, que constitueix l'objecte d'aquest estudi, és una novetat sorgida durant la tramitació parlamentària de la Llei, ja que ni l'avantprojecte de la LMU ni el seu antecedent legislatiu, la Llei 2/2004, del 4 de juny, de millora de barris, àrees urbanes i viles que requereixen una atenció especial (derogada explícitament per la disposició derogatòria de la LMU), contenien cap norma homologable amb l'actual article 22 LMU.

En concret, la norma de l'article 22 LMU neix d'una esmena presentada pel Grup Parlamentari En Comú Podem a l'articulat de la Proposició de llei de millora

urbana, ambiental i social dels barris i viles. Es tracta de l'esmena número 22 de l'article 18 ter.³ L'apartat primer de l'article proposat establia:

[...] els habitatges i locals que es beneficiïn directament de l'aplicació d'aquesta llei, ja sigui a través de millores en el propi immoble o en els elements comunitaris de l'edificació, *seran inscrits en un cens emfitèutic* per tal que, en cas de transmissió, el valor de la inversió realitzada per la Generalitat sigui retornada.^{4,5}

Salta a la vista que el text d'aquest article contenia moltes imprecisions i fins i tot errors greus de concepte, com ara l'inexplicable «seran inscrits en un cens emfitèutic». Afortunadament, aquests errors van ser corregits durant la tramitació posterior, de manera que no és necessari que ara ens estenguem en el seu examen. L'únic interès d'aquesta insòlita referència a «la inscripció en un cens emfitèutic» rau en la idea, mal concretada tècnicament, de la utilització del cens emfitèutic com a garantia d'un deute enfront de l'Administració.

3. LA FUNCIO DEL CENS EMFITÈUTIC. ASPECTES GENERALS

3.1. EL DENOMINADOR COMÚ: LA FUNCIO DEL CENS COM A PENSIÓ PERIÒDICA GARANTIDA PER LA FINCA GRAVADA

El Codi civil de Catalunya (CCCat) configura el cens com un dret real el contingut essencial del qual és garantir el pagament d'una pensió periòdica (vegeu especialment els art. 565-1.1 i 565-8.6 CCCat).⁶

3. Aquest article s'integrava en el nou capítol VI, titulat «Govern de les transformacions urbanes», que l'esmena número 20, també d'En Comú Podem, proposava d'afegir al text resultant de la Llei. Vegeu el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, XIV legislatura, del dimarts 4 d'octubre de 2022, p. 24.

4. El text íntegre de l'article proposat és el següent:

Article 18 ter. Cens emfitèutic

1. Els habitatges i locals que es beneficiïn directament de l'aplicació d'aquesta llei, ja sigui a través de millores en el propi immoble o en els elements comunitaris de l'edificació, *seran inscrits en un cens emfitèutic* per tal que, en cas de transmissió, el valor de la inversió realitzada per la Generalitat sigui retornada.

2. La Generalitat és l'administració responsable de la creació i gestió d'aquest cens.

3. Els recursos recaptats a través de l'aplicació d'aquest cens es destinaran al finançament del Fons de recuperació social, urbana i ambiental creat per aquesta llei.

5. Totes les cursives de les citacions textuais són nostres.

6. En concret, l'article 565-1.1 CCCat descriu el cens com «una prestació periòdica dinerària anual,

El CCCat distingeix dues classes de cens: l'emfitèutic i el vitalici. L'article 565-2 CCCat precisa:

1. El cens és *emfitèutic* si es constitueix amb caràcter perpetu i redimible a voluntat del censatari [...].
2. El cens és *vitalici* si es constitueix amb caràcter temporal i irredimible a voluntat del censatari, sens perjudici que se'n pugui pactar la redimibilitat de manera expressa.

La descripció que l'article 565-2.1 CCCat fa del cens emfitèutic pot sorprendre en posar-la en relació amb la regulació que d'aquesta figura concreta fa l'article 22 LMU. En efecte, mentre que l'article del CCCat identifica literalment el cens emfitèutic com un gravamen de caràcter temporalment indefinit (perpetu però redimible), l'article 22 LMU el configura com un dret necessàriament temporal, amb una durada màxima de deu anys.

En realitat no hi ha contradicció entre l'una i l'altra regulació del cens, sinó una redacció equivocada de l'article 565-2.1 CCCat, que no concorda amb el contingut d'altres articles del mateix Codi. Tot i així, el seu contingut real es pot deduir amb facilitat per mitjà d'una senzilla interpretació sistemàtica del precepte.⁷ En efecte, malgrat la literalitat de l'apartat primer de l'article 565-2 CCCat, no s'exclou que, per pacte, el cens emfitèutic es constitueixi amb caràcter temporal, de manera que se sotmeti a un termini final. Això no és possible, en canvi, en el cas del cens vitalici, en el qual el «caràcter temporal» de l'apartat segon del mateix precepte s'ha d'entendre referit al temps de vida d'una o dues persones que visquin en el moment de la constitució del cens, interpretació que concorda amb la redacció de l'article 565-29 CCCat.⁸ Per tant, no és possible que un cens sotmès a un termini concret i determinat es qualifiqui com a vitalici i se sotmeti a les regles específiques d'aquesta modalitat de cens, ja que, més enllà de la contradicció que derivaria de la denominació mateixa, hi ha regles que resultarien clarament incompatibles.⁹ En canvi, el cens emfitèutic sí que es pot sotmetre

de caràcter perpetu o temporal, que es vincula amb caràcter real a la propietat d'una finca, la qual en garanteix el pagament directament i immediatament». Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, 6a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 462.

7. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, p. 643.

8. L'article 565-29 CCCat estableix: «El cens vitalici atorga al censalista el dret a rebre una prestació periòdica anual durant la vida d'una o dues persones que visquin en el moment de la constitució del cens».

9. Per exemple, la de l'article 565-31.2 CCCat, segons el qual «el cens constituït resta sense efecte si la persona o les persones sobre la vida de les quals s'ha constituït moren dins dels dos mesos següents a la constitució com a conseqüència d'una malaltia que ja existia en el moment de la dita constitució».

a un termini determinat. Aquesta possibilitat quedava clara en l'article 10.2b de la Llei de censos de l'any 1990,¹⁰ precedent de l'articulat del CCCat sobre aquesta matèria. Aquesta llei considerava específicament l'arribada del termini i el compliment de la condició com a causes d'extinció del cens. Tot i així, encara que manqui una referència tan explícita i útil, en el CCCat podem arribar a la mateixa conclusió que el cens emfitèutic es pot sotmetre a un termini i a una condició. Això es pot deduir, en primer lloc, de la remissió que l'article 565-11.1 CCCat fa a les causes generals d'extinció dels drets reals, entre les quals l'article 532-1 CCCat considera les que s'estableixen en el títol de constitució del dret, títol en què, òbviament, es pot establir un termini de durada del dret. A més, la possibilitat de sotmetre el cens emfitèutic a un termini és clara en la referència explícita que, en matèria de cancel·lació registral, fa l'article 565-11.4 CCCat als «censos constituïts per un termini determinat». En definitiva, el caràcter necessàriament temporal que té el cens de l'article 22 LMU encaixa en la regulació general de l'emfiteusi que fa el CCCat.

3.2. ALGUNES FUNCIONS ESPECÍFIQUES DEL CENS

La configuració jurídica del cens que acabem de descriure, combinant l'aspecte obligacional del pagament de la pensió amb l'aspecte real de la garantia d'aquest pagament per la finca gravada, permet donar resposta a interessos molt variats i cobrir finalitats molt diverses.

Aquesta versatilitat de l'emfiteusi no ve d'ara. En els últims segles i amb configuracions jurídiques en part diferents de l'actual,¹¹ el denominador comú dels censos és haver permès a moltes persones l'accés a un cert model de propietat, o com a mínim a un ús a perpetuïtat, tant de finques rústiques com d'urbanes, gràcies a no haver de pagar-ne un preu d'adquisició, o a pagar només una petita part del valor de mercat de la finca.¹²

Sobre aquesta base econòmica, en el nostre entorn cultural l'emfiteusi s'ha utilitzat també com un instrument de política territorial i social; així ho demostra l'experiència reeixida de països com ara Suècia, Bèlgica i els Països Baixos. Amb diferents tipologies d'emfiteusi, sobre la base de la durada, el cànon o la seva combinació amb el dret de superfície, aquesta institució jurídica ha permès construir polítiques agrícoles,

10. Llei 6/1990, del 16 de març, dels censos.

11. L'obra de referència en l'estudi de l'evolució històrica de la configuració jurídica del cens és la d'Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi* (vegeu la bibliografia).

12. Vegeu l'obra de Pierre VILAR *Catalunya dins l'Espanya moderna*, especialment el seu volum 3, p. 551-565.

industrials i d'habitatge eficaces a partir del patrimoni immobiliari de les administracions públiques.¹³

En aquesta línia, en els últims anys a Catalunya alguns autors han defensat la bondat de l'emfiteusi com a eina de política d'ordenació urbana no solament pel que fa als habitatges, sinó també en relació amb oficines, centres comercials o polígons industrials.¹⁴ El cens pot contribuir a abaratir el preu del terreny per edificar i permet a l'Administració controlar les característiques dels edificis i l'ús que se'n fa,¹⁵ d'acord amb els seus criteris de política econòmica i social. Tampoc no és menyspreable el fet que el cens sigui una font regular d'ingressos que l'Administració pot destinar a les polítiques esmentades. Així mateix, també cal destacar la plusvàlua que l'Administració pot obtenir si mai torna a adquirir la propietat de la finca, cosa que pot succeir quan l'emfiteusi grava no una propietat indefinida en el temps, sinó una propietat sotmesa a un termini, com ara en l'anomenada *propietat temporal* o en el cas del dret de superfície (art. 547-1 i 564-1 CCCat, respectivament).¹⁶

Una última finalitat del cens que cal destacar, i que en l'actualitat ha adquirit una gran rellevància, és la que respon a l'anomenat *cens vitalici*, figura a la qual el CCCat ha prestat una atenció especial. El vitalici és un cens que es caracteritza per tenir una durada temporal, concretada en la vida d'una o dues persones que visquin en el moment de la constitució del cens (art. 565-29 CCCat); a més, és un cens irredimible, tret que les parts hagin pactat el contrari (art. 565-30 CCCat). El cens vitalici té una

13. Francis HAUMONT, *Les espaces collectifs privés au delà de la copropriété*, Lovaina, París i Brussel·les, Oyez, 1978, p. 63, ho resumeix perfectament:

Il apparaît de plus en plus évident que les pouvoirs publics, au lieu de vendre les terrains qui leur appartiennent ont intérêt à n'en céder que l'usage sous forme d'emphytéose. Une telle politique ne s'applique plus uniquement à la construction d'industries ou de bureaux mais également à celle de logements que ce soit sous forme d'immeubles à appartement ou même de maisons unifamiliales.

Vegeu una explicació detallada d'aquesta qüestió a Francis HAUMONT, «Emfiteusi: un sistema d'ordenació del territori», a Johannes-Michael SCHOLZ *et al.*, *Canvi social i dret civil a Catalunya*, Barcelona, Fundació Caixa de Pensions, 1985, *pàssim*.

14. Vegeu Emilio GONZÁLEZ BOU, «El censo enfiteutico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro», *La Notaria*, juny de 2003, p. 26, i Antoni MIRAMBELL ABANCÓ i Antonio GINER GARGALLO, «Comentarios a los art. 565-1 a 565-33 CCCat», a DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, *Derechos reales: Comentarios al libro v del Código civil de Cataluña*, vol. III, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1458-1460.

15. Francis HAUMONT, *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*, Lovaina, París i Brussel·les, Oyez, 1976, p. 19 i 29, destaca aquesta característica.

16. D'acord amb l'article 565-1 CCCat, el cens «es vincula amb caràcter real a la *propietat* d'una finca», formulació que no exclou que la propietat tingui un caràcter temporal. El benefici de la plusvàlua també és destacat per Francis HAUMONT, *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*, p. 19, d'acord amb la configuració de l'emfiteusi en el dret belga, en part diferent de la del dret català.

funció de previsió social molt important, ja que permet, a persones que són titulars d'un cert patrimoni immobiliari però que no tenen ingressos econòmics suficients, mantenir un nivell de vida digne durant la resta de la seva vida. Com a complement de l'operativitat del cens vitalici, el CCCat permet pactar que el censalista que ha transmès la propietat de la finca al censatari, continuï posseint-la tot reservant-se el dret d'usdefruit (art. 565-33 CCCat).¹⁷

3.3. LA FUNCIO DEL CENS DE L'ARTICLE 22 DE LA LLEI 11/2022, DEL 29 DE DESEMBRE, COM A MECANISME DE PAGAMENT D'UN DEUTE ANTERIOR I COM A GARANTIA REAL IMPRÒPIA

La garantia del compliment d'una obligació és la funció que tipifica una sèrie de drets reals identificats precisament com a «drets reals de garantia». ¹⁸ En aquest sentit, l'article 104 de la Llei hipotecària (LH) deixa clara aquesta funció en assenyalar que el dret real d'hipoteca *subjecta* el bé hipotecat al compliment de l'obligació per a la seguretat de la qual es va constituir; vegeu també els articles 569-3 i 569-12 CCCat, en relació amb el dret de retenció i la penyora, respectivament.

La funció de garantia es pot trobar també en altres drets reals que, en principi, no estan pensats per a cobrir aquesta finalitat, però l'estructura jurídica i el contingut econòmic dels quals no són incompatibles amb assegurar el compliment d'una obliga-

17. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, p. 474, descriuen aquesta situació en els termes següents:

El ejemplo más habitual es el de la persona mayor que, aunque desde el punto de vista meramente contable es titular de un gran patrimonio, pues es propietaria del piso en el que reside, en realidad malvive con la escasa pensión pública de jubilación. El censo vitalicio permite a esta persona incrementar su nivel de ingresos y seguir viviendo en su domicilio habitual. Así, esta persona mayor, vende su piso y constituye sobre el mismo un censo vitalicio a su favor, de manera que el adquirente (el censatario) no paga un precio (o paga sólo una parte del valor de la finca), y se compromete a pagar al censalista una pensión mientras viva; además, se suele pactar que el censalista continúe como usufructuario en el goce de la finca (art. 565-33). [...] Esta norma da respuesta a la necesidad que, en la práctica, tienen las personas que constituyen un derecho de vitalicio sobre la finca que había constituido su propio domicilio y que transmiten al censatario a fin de poder obtener una pensión vitalicia que complete sus ingresos: seguir viviendo en el que había sido su domicilio habitual. El censalista se convierte así en usufructuario o en habitacionista de la finca que había sido de su propiedad hasta el momento en que se constituyó el censo.

18. La denominació «drets reals de garantia» és la del capítol ix del títol vi del llibre v del CCCat i és el títol del seu primer article, el 569-1.

ció. Quan això passa, ens trobem davant una garantia real que podem qualificar com a *impròpia*.

En moltes ocasions, aquesta funció no prevista explícitament per la llei s'ha utilitzat especialment per a burlar la prohibició del pacte comissori, és a dir, de l'acord que permetria al creditor quedar-se amb l'objecte de la garantia, si mai es produís l'incompliment de l'obligació assegurada. Aquest pacte ha donat lloc a situacions abusives i clarament reprovades pels tribunals, ja que normalment el valor del bé donat en garantia és molt superior a l'import de l'obligació garantida. És per això que històricament el rebuig del pacte comissori ha propiciat que figures com ara la venda a carta de gràcia i el dret d'opció s'hagin utilitzat com a instruments jurídics idonis per a, sota una aparença de perfecta correcció jurídica, permetre a un creditor fer seu un bé del deutor que en realitat té una funció de garantia, amb la qual cosa burla la prohibició esmentada. En qualsevol cas, podem afirmar que la prohibició del pacte comissori regeix com a principi en el nostre ordenament (art. 569-2 CCCat implícitament i 1858 del Codi civil espanyol [CC] de manera explícita), sens perjudici de l'existència d'algunes excepcions perfectament justificades.¹⁹

En altres ocasions, la funció de garantia que pot desplegar un dret real que, en principi, no estava pensat per a això, sí que està admesa i prevista explícitament en la llei. Malgrat aquesta previsió, la garantia també pot qualificar-se d'*impròpia*, ja que la regulació legal acostuma a tenir un caràcter marginal o residual. Normalment aquesta previsió sol ser molt sòbria —pràcticament una mera referència a la nova funció del dret real en qüestió—, de manera que el contingut i l'operativitat de la garantia acostumen a generar molts dubtes que l'interpret ha de resoldre. Aquest és el cas del dret d'usdefruit, que es pot constituir «en garantia o en seguretat d'una obligació dinerària» (art. 561-3.2c CCCat).²⁰

El mateix passa en la regulació del cens de l'article 22 LMU. Aquest precepte atribueix al cens emfitèutic una doble funció, de pagament i de garantia, però l'escarida regulació deixa molts interrogants oberts. En primer lloc, l'article 22.1 LMU atribueix al cens una funció de pagament, ja que les pensions meritades pel cens constitueixen el mecanisme de pagament que permetrà a l'Administració rescabalar-se de l'increment del valor d'un immoble com a conseqüència de les inversions efectuades en obtenir un ajut a càrrec del FRU, quan aquest immoble ha estat transmès a un ter-

19. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, p. 532-533.

20. La regulació d'aquest precepte es limita a dues qüestions. La primera és permetre l'efecte anti-crètic, ja que «les utilitats del bé gravat s'imputen al pagament del deute». En canvi, no es fa cap referència a l'execució forçosa en cas d'impagament del deute, que sí que es considera explícitament en l'article 569-2.1b CCCat per als drets reals, que pròpiament es qualifiquen com de garantia; lògicament, l'execució forçosa del dret d'usdefruit en garantia s'ha d'admetre. La segona qüestió que regula el CCCat és que, lògicament, l'extinció de l'obligació garantida dona lloc a l'extinció de l'usdefruit (art. 561-16.1g CCCat).

cer, diferent, per tant, de qui es va beneficiar directament de l'ajut públic esmentat. El mecanisme tècnic és la *imputació* de les pensions meritades pel cens al pagament del deute enfront de l'Administració.

La segona funció és de garantia. En cas d'incompliment de l'obligació descrita, la finca gravada actua com a garantia de pagament del deute esmentat, com a funció típica del cens (art. 565-1.1 i 565-8.6 CCCat). Aquesta funció de garantia fa que el cens sigui accessori de l'obligació garantida; en conseqüència, el naixement, l'existència i l'extinció del cens depenen directament de les mateixes vicissituds, però referides a una obligació el compliment de la qual hom pretén assegurar.

No hi ha dubte que aquesta nova doble funció que el legislador català ha atribuït al cens emfitèutic té un gran interès, tant des del punt de vista jurídic com des del social. No obstant això, la parquedat de la regulació que ofereix la LMU fa que calgui donar resposta a diferents dubtes que es plantegen. A això dedicarem les pàgines següents.

4. RÉGIM JURÍDIC DEL CENS EMFITÈUTIC DE L'ARTICLE 22 DE LA LLEI DE MILLORAMENT URBÀ

4.1. L'OBLIGACIÓ GARANTIDA

4.1.1. *Elements del supòsit de fet*

L'obligació garantida pel cens emfitèutic de l'article 22 LMU és el rescabament de l'Administració de l'increment del valor d'un immoble com a conseqüència de les inversions que s'hi han fet arran de l'obtenció d'un ajut a càrrec del FRU, quan aquest immoble ha estat transmès a un tercer.

El primer element del supòsit de fet que dona lloc al naixement d'aquesta obligació és l'existència d'un habitatge o un local de propietat privada que s'ha beneficiat directament d'ajuts, subvencions o actuacions públiques en aplicació de la LMU, fet que ha donat lloc a millores, ja sigui en el mateix immoble, ja sigui en els elements comunitaris de l'edificació (art. 22.1 LMU, en el seu primer incís).

El segon element del supòsit de fet és que hagi tingut lloc una «transmissió» de la finca. El terme *transmissió* emprat per l'article 22.1 LMU s'ha d'entendre en el seu sentit tècnic, com a sinònim de *disposició*, de manera que la finca surt del patrimoni del propietari voluntàriament i passa al patrimoni d'un nou propietari; és irrellevant si aquest acte de disposició és a títol oneros (per exemple, una compravenda) o gratuït (una donació). En canvi, no es pot parlar de transmissió o disposició en un acte *mortis causa*, ja que en aquest la pèrdua de la titularitat del causant té lloc perquè la llei així ho imposa, i l'únic marge d'actuació que aquest pot tenir és, per exemple, en el testament *destinar* a certes persones els béns dels quals necessàriament es despendrà. És

per això que el testament no és un acte de disposició, sinó un de *destinació* de béns. En definitiva, l'obligació garantida pel cens de l'article 22 LMU només neix quan deriva d'un acte de disposició («transmissió») entre vius, com ara una compravenda o una donació, però no quan el canvi de titularitat es produeix per causa de mort; així, l'hereu de qui es va beneficiar del FRU no estarà subjecte a un possible cens emfitèutic, ja que no hi haurà cap obligació per garantir.

El tercer dels elements del supòsit de fet que origina l'obligació a la qual garanteix el cens emfitèutic de l'article 22.1 LMU deriva dels dos anteriors; en concret, que la finca hagi tingut un increment del valor com a conseqüència de les inversions efectuades per l'Administració i que aquest increment del valor subsisteixi, del tot o en part, en el moment en què té lloc la transmissió de la finca.

4.1.2. *Caràcter voluntari del naixement de l'obligació de rescabament*

El naixement de l'obligació de rescabament a què es refereix l'article 22 LMU depèn exclusivament de la *voluntat unilateral* de l'Administració que va atorgar els ajuts o subvencions, o va fer les actuacions que constitueixen l'objecte de la LMU. Aquest caràcter voluntari del rescabament es dedueix especialment de l'expressió «sí escau» que utilitza el primer apartat de l'article esmentat i s'observa també en l'article 20.3 LMU, que permet al municipi establir «contribucions especials o quotes urbanístiques» a càrrec dels propietaris beneficiaris de les actuacions a fi de cobrir el cofinançament que s'hagi establert en el projecte d'actuació.²¹ Observem que, segons aquest precepte, el municipi «pot establir» aquestes contribucions, però no està obligat a fer-ho. Així, la convocatòria dels ajuts a càrrec del FRU pot determinar que els beneficiaris hauran de restituir tot o una part de l'import rebut dins d'un termini, i per fer-ho instrumenta aquesta «restitució» sota la forma d'una contribució especial. En aquest cas, el propietari de la finca és deutor de l'Administració ja inicialment, en els termes fixats en la convocatòria o fins i tot en l'anomenat *contracte de col·laboració*, al qual ens referirem de seguida, si l'Administració ha considerat convenient la seva celebració. En realitat, l'establiment de contribucions especials és el sistema més general de rescabament del municipi actuant, però el referit *contracte de col·laboració*

21. D'acord amb l'article 58 del Reial decret legislatiu 2/2004, del 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, els ajuntaments poden «establecer y exigir contribuciones especiales por la realización de obras o por el establecimiento o ampliación de servicios municipales». El fet imposable de les contribucions especials és «la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas» (art. 28 de la mateixa llei). La contribució especial es concreta en una quota individual per a cadascun dels subjectes passius (art. 32-34 de la mateixa llei).

permet una adaptació més personalitzada a cada cas concret; per exemple, pel que fa al fraccionament del pagament o a l'establiment d'ajuts públics amb càrrec al FRU per al pagament del finançament de les quotes corresponents al cost de l'actuació de l'Administració, sobre la base de la situació socioeconòmica de les persones afectades.²²

Ara bé, la finalitat social que persegueix la LMU —pal·liar les desigualtats socials i fomentar l'equitat territorial (art. 1.2 LMU)— pot aconsellar un mode d'actuació diferent que, d'una banda, garanteixi la realització de millores en les finques, però sense que l'Administració renunciï definitivament a recuperar els fons públics invertits. En concret, com hem apuntat a l'inici d'aquest treball, resulta molt interessant i útil des del punt de vista social legitimar l'Administració per a, en un primer moment, no recuperar la inversió feta, que seria, per tant, a fons perdut, però sí poder-la recuperar si la finca que se'n beneficia és transmesa posteriorment a un tercer. Precisament aquest és el supòsit concret que dona lloc al cens emfitèutic de l'article 22.1 LMU, objecte del present estudi.

El marc idoni per a configurar l'obligació de rescabament i la seva quantia —que com a màxim serà la de la suma invertida per l'Administració— és l'anomenat *contracte de col·laboració* a què es refereix l'article 9.5 LMU. La LMU es limita a *esmentar* la possible existència d'aquest contracte entre l'Administració i el propietari que rep un ajut a càrrec del FRU, però no afegeix cap detall sobre el seu contingut. L'única referència concreta és que el cens emfitèutic que garanteix l'obligació de rescabament s'ha de pactar «en el marc» del contracte de col·laboració. En qualsevol cas, la celebració d'aquest contracte no és imperativa, sinó que queda subjecta a la decisió última de l'Administració, com es dedueix de l'expressió «si escau». D'aquesta manera, l'Administració decideix i *imposa* la celebració del contracte, en el qual, ara sí, entrarà en joc l'autonomia de la voluntat d'ambdues parts, que han de celebrar efectivament aquest negoci jurídic.²³ En aquest contracte es pot pactar l'import concret de la quota urbanística que un propietari ha de satisfer a l'Administració, així com la periodificació i altres vicissituds del seu pagament.

En qualsevol cas, la celebració del contracte de col·laboració resulta imprescindible quan l'Administració opta per no recuperar inicialment la inversió realitzada, però sí que preveu fer-ho en el futur, en el cas que la finca beneficiada sigui transmesa a un tercer, ja que és en aquest contracte entre l'entitat actuant i el propietari d'un immoble on s'ha d'*acordar* l'establiment d'un cens emfitèutic (art. 22.1 LMU, *in fine*), si l'Administració ha optat per aquesta garantia. Atès que es tracta d'un cens amb finalitat

22. Aquesta última possibilitat està considerada explícitament en l'apartat 9 de la disposició addicional cinquena, referent a la «rehabilitació edificatòria en el medi urbà», de la Llei d'urbanisme de Catalunya (Decret legislatiu 1/2010, del 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme).

23. Es tracta d'una dinàmica negocial similar a la constitució de les servituds forçoses i de les hipoteques legals (art. 566-2.1 CCCat i 158 LH, respectivament), que permeten a una persona exigir la constitució del gravamen i imposen a l'altra la celebració del negoci de constitució.

de garantia, l'obligació assegurada també haurà de ser descrita en el títol constituït del cens. La descripció de l'obligació és possible perquè, tot i que se'n desconegui la quantia inicial, el seu import màxim sí que ja és conegut —el de l'ajut de l'Administració (art. 22.2 LMU)—, fet que permet constituir una garantia de màxim, en la qual l'adquirent de la finca ja coneix d'entrada quina és la responsabilitat màxima que haurà d'assumir.²⁴

Observem que es tracta d'una *obligació sotmesa a una condició suspensiva*, en la qual el fet incert és la hipotètica transmissió de la finca a un tercer. La possibilitat de garantir obligacions sotmeses a una condició suspensiva està considerada explícitament en la regulació d'altres drets reals de garantia, com ara la penyora i la hipoteca (art. 569-14.1 CCCat i 142.1 LH, entre d'altres), i és perfectament extrapolable al cens emfitèutic en funció de garantia. En una obligació sotmesa a una condició suspensiva ja existeix una vinculació jurídica entre les parts —per exemple, un contracte—, però l'obligació només arriba a néixer si es compleix el fet incert que identifica la condició. En el nostre cas, la vinculació jurídica entre l'Administració i el particular ja existeix —el contracte de col·laboració—, però l'obligació de rescabalar l'Administració només naixerà si la finca es transmet a un tercer.

En canvi, l'obligació de rescabalar, si ha de ser garantida pel cens de l'article 22 LMU, *no* pot ser una obligació *futura*. Una obligació futura és la que està simplement descrita, però sense que existeixi una vinculació jurídica entre les parts; és una obligació el naixement de la qual depèn d'un futur acord de voluntats entre les parts. Aleshores, l'obligació deixarà de ser futura, com s'observa en l'expressió «si la obligació llega a contratar-se» de l'article 142 LH, en relació amb la hipoteca en garantia d'aquest tipus d'obligacions. Com que la LMU no preveu cap acord entre l'Administració i el particular posterior al contracte de col·laboració, podem deduir que una obligació futura de rescabament no pot existir en el marc de la LMU ni pot, en conseqüència, donar lloc al naixement del cens emfitèutic a què es refereix l'article 22 LMU.

4.1.3. *Concepte i import de l'obligació assegurada*

L'import de l'obligació assegurada pel cens emfitèutic és la quantia de l'increment del valor de la finca derivat de la inversió efectuada per l'Administració a partir del FRU. No es tracta de recuperar la inversió que es va fer en el seu dia, sinó de l'augment de valor que, com a conseqüència d'aquella, ha experimentat la finca de propietat privada. Lògicament, aquest increment és el referit a la data en què té lloc la transmissió de la finca a un tercer («en cas de transmissió», art. 22.1 LMU).

24. La garantia de màxim també està prevista explícitament en altres garanties, com ara la penyora (art. 569-14.2 CCCat) i la hipoteca (art. 12, 114 i 153 LH, entre d'altres).

D'altra banda, la inversió realitzada no sempre es traduirà en un augment similar del valor de la finca en el moment de la seva transmissió; per exemple, perquè la vida útil de les plaques solars que s'hi van instal·lar està arribant a la seva fi quan la finca es transmet.

Pot donar-se el cas que aquest increment del valor sigui superior a la quantia de la inversió efectuada. Tot i així, l'import del crèdit de l'Administració pel rescabament té com a límit la inversió esmentada, com destaca l'article 22.2 LMU. La introducció d'aquest límit màxim és encertada, ja que s'eviten discussions sobre hipotètics augments del valor de la finca que poden respondre a causes econòmiques i jurídiques molt variades i que tenen a veure molt poc o res amb l'ajut rebut del FRU. Així, una finca beneficiada pel Fons pot haver augmentat notablement el seu valor no solament per l'ajut rebut, sinó també perquè la zona on està ubicada s'ha posat de moda i atreu molts turistes, o perquè s'ha convertit en una zona de vianants.

L'obligació de rescabament és una obligació pecuniària la *quantia de la qual és inicialment indeterminada*, ja que es refereix a un increment del valor de la finca del qual s'ignora l'import concret i el moment en què s'haurà de calcular, atès el caràcter futur de la transmissió que dona lloc al naixement de l'obligació. La viabilitat de l'assegurament d'aquesta obligació per un dret real de garantia és possible gràcies a la *fixació d'un màxim de responsabilitat* aplicable a la finca; aquest màxim es l'import de la inversió efectuada per l'Administració (art. 22.2 LMU). Com hem apuntat abans, la fixació d'aquest màxim de responsabilitat és el que permet que l'obligació sigui assegurada per un dret real de garantia.

El concepte tècnic que justifica l'obligació mateixa i el seu import és el de *rescabament*, al qual al·ludeix explícitament l'article 22.1 LMU. No es tracta d'una restitució d'allò que es va donar, ni tampoc d'una indemnització pels hipotètics perjudicis causats, sinó que l'Administració pugui ingressar una quantitat quan, gràcies a una inversió pública prèvia, un particular podria obtenir un benefici que no li correspondria, d'acord amb els principis de les polítiques públiques de l'Administració actuant. La funció social que ha de presidir l'actuació de l'Administració es compleix perfectament, ja que si bé la llei permet a l'Administració rescabalar-se podent fer seu el benefici econòmic que va obtenir el particular, això només és per a tornar-lo a destinar a les mateixes finalitats (art. 22.3 LMU).

Des del punt de vista jurídic, el *deutor i responsable* del compliment d'aquesta obligació és l'adquirent de la finca, ja que l'adquireix gravada pel cens emfitèutic. Ara bé, la càrrega econòmica del rescabament de l'Administració pot recaure tant sobre el propietari inicial, que es va veure beneficiat de la inversió a càrrec del FRU, com sobre l'adquirent, segons els casos. Així, si la finca es va transmetre per donació, el donatari necessàriament haurà d'assumir la càrrega econòmica del rescabament de l'Administració. En canvi, si es va transmetre per compravenda, normalment és el venedor qui assumeix aquesta càrrega, ja que el comprador —gravat pel cens i res-

pensible del rescabament— sens dubte imposarà una rebaixa proporcional del preu de la compravenda.

4.2. DINÀMICA DE LA CONSTITUCIÓ DEL CENS EMFITÈUTIC DE L'ARTICLE 22 DE LA LLEI 11/2022

4.2.1. *Caràcter voluntari de la constitució del cens*

L'obligació de rescabament a la qual ens hem referit en l'apartat anterior pot estar garantida o no. L'Administració pot haver considerat preferible, per qüestions d'operativitat i oportunitat, constituir una garantia real, com ara una hipoteca, o bé una garantia personal, com la fiança; o també pot haver optat per no exigir la constitució de cap garantia, per exemple per l'escassa quantia de l'hipotètic increment del valor de la finca i del corresponent rescabament de l'Administració. En qualsevol cas, el naixement de qualsevol dret que asseguri l'obligació de rescabament de l'Administració dependrà de la voluntat de les parts que estan cridades a constituir-lo. En el cas objecte del nostre estudi, el dret real de garantia escollit és una emfiteusi que l'Administració i el particular beneficiat pel FRU poden constituir d'acord amb l'article 22 LMU i segons els criteris específics de cada convocatòria d'ajuts amb càrrec al fons esmentat. La formulació de l'article 22.1 LMU és clara i no permet dubtar que la constitució del cens emfitèutic en garantia de l'obligació de rescabament és purament voluntària; les expressions «poden ésser afectats» i «si escau» són clares en aquest sentit.

Pel que fa a la constitució del cens, l'última frase de l'article 22.1 LMU estableix que «l'establiment del cens emfitèutic s'ha d'acordar *en el marc* del contracte de col·laboració a què fa referència l'article 9.5». L'expressió «en el marc» resulta molt imprecisa i no deixa clar quan s'ha de constituir el cens emfitèutic, ni amb quines característiques. El que sí que es desprèn clarament d'aquesta expressió és que la constitució del cens requerirà, d'una manera o altra, la intervenció de la *voluntat* de les parts intervinents, és a dir, de l'Administració i del particular beneficiari d'una actuació finançada pel FRU. No es tracta, per tant, d'una creació automàtica o *ex lege* del cens, que constituiria una *afecció* de la finca al pagament de l'obligació de rescabament a favor de l'Administració.²⁵ Sobre aquesta base, es plantegen diferents possibilitats, que detallarem a continuació.

25. Una afecció o vinculació de la finca al pagament d'aquesta obligació crearia una gran inseguretat jurídica, ja que l'adquirent de la finca no tindria constància registral de l'obligació i ni tan sols sabria si el deute i l'afecció existeixen o no. Això resultaria especialment greu perquè, si existeix, hauria de fer front a un deute que pot ser d'un import molt elevat. Observem que quan la Llei vincula directament un immoble al

4.2.2. Configuració com a cens sotmès a una condició suspensiva

La primera possible configuració del cens emfitèutic de l'article 22 LMU és que aquest es formalitzi com a tal *en el mateix* contracte de col·laboració. Aquesta és, sens dubte, la interpretació més lògica i operativa: el gravamen es constitueix en el títol mateix que normalment donarà origen a un increment del valor de l'immoble i, si aquest s'arriba a transmetre, a l'obligació de rescabament a favor de l'Administració, que hem estudiat abans. Això té dues conseqüències. La primera és que el contracte de col·laboració s'ha de formalitzar en una *escriptura pública*, ja que aquesta forma és requisit de validesa del cens emfitèutic, com es dedueix de l'expressió imperativa de l'article 565-4 CCCat «ha de constar necessàriament».

La segona conseqüència de constituir el cens, com a tal, en el contracte de col·laboració, és que es tracta d'un cens sotmès a una condició suspensiva; en concret, a la de la transmissió de la finca gravada. Això significa que la vinculació entre les parts ja existeix inicialment, si bé la seva operativitat queda suspesa o latent fins al moment en què tingui lloc el fet incert que és que la finca gravada es transmeti a un tercer, moment en què es compleix la condició i neix pròpiament el cens emfitèutic, per la qual cosa s'inicia la meritació de les pensions que constitueixen el seu contingut essencial (art. 565-8.1 CCCat).

La configuració com a cens sotmès a una condició suspensiva es justifica també per l'argument que aporta el segon apartat de l'article 22 LMU, que assenyala que el cens que regula aquest precepte «no pot tenir una durada superior a *deu anys*». Aquest termini, al qual després em referiré amb més deteniment, només té la seva raó de ser si el moment en el qual el cens comença a desplegar els seus efectes és el de la transmissió de la finca. No tindria cap sentit iniciar el còmput dels deu anys en el moment de la celebració del contracte de col·laboració en el qual s'insereix el cens emfitèutic, ja que la finca pot romandre en mans del seu propietari durant més de deu anys sense que es transmeti a un tercer, cosa que produiria automàticament l'extinció del cens.

4.2.3. Configuració com a precontracte de constitució d'un cens emfitèutic

La segona possibilitat de constitució del cens a què dona peu la imprecisa expressió de l'article 22.1 LMU que «el cens emfitèutic s'ha d'acordar *en el marc* del

pagament d'un deute, ho fa amb caràcter general i en relació amb obligacions que normalment no són d'una gran quantia; aquest és el cas, per exemple, de l'afecció real dels elements privatis, en relació amb el pagament dels deutes amb la comunitat en règim de propietat horitzontal (art. 553-5 CCCat), i de l'afecció que es dedueix de l'article 194.1 LH, a favor de l'Administració, per al cobrament de determinats impostos que graven els béns immobles.

contracte de col·laboració», és que aquest gravamen simplement *es descriu* en aquest contracte, però es constitueix efectivament amb posterioritat. La naturalesa i l'eficàcia d'aquesta descripció inicial del cens quedaran a l'arbitri de les parts que intervenen en el contracte de col·laboració. Així, el particular pot legitimar l'Administració per tal que, si es donen les circumstàncies, constitueixi el cens de manera forçosa, en el futur, dins dels límits que fixa l'article 22 LMU. Tot i així, la possibilitat més lògica i segura, tant des del punt de vista jurídic com des de l'econòmic, és establir un *pre-contracte de constitució del cens emfitèutic* i legitimar l'Administració per a, si en el futur ho considera necessari, *eleva el seu contingut a contracte d'establiment del cens* (vegeu l'art. 565-3 CCCat). Això significa que en el contracte de col·laboració s'han d'identificar perfectament tots els elements del futur i hipotètic cens emfitèutic, que només arribarà a néixer si l'Administració decideix exercir el dret que a favor seu atorga el precontracte. En aquest cas, el contracte de col·laboració també s'haurà de formalitzar necessàriament en una *escriptura pública*. En efecte, si la constitució del cens emfitèutic requereix una escriptura pública, el precontracte que l'origina també requerirà aquesta forma, ja que conté tots els elements del futur gravamen,²⁶ i si aquest precontracte forma part («en el marc») del contracte de col·laboració entre l'Administració i el particular, això comportarà necessàriament que el contracte esmentat s'hagi de formalitzar en una escriptura pública.

4.2.4. *Termini perquè tingui lloc el naixement del cens*

L'article 22 LMU no fixa cap termini perquè tingui lloc el naixement del cens emfitèutic que ha de garantir el rescabament de l'Administració. Més concretament, aquest precepte no estableix un termini màxim en el qual la finca que es va beneficiar del FRU sigui transmesa a un tercer, complint així la condició suspensiva o possibilitant la implementació del precontracte que originen el dret de cens, com hem vist en els apartats anteriors.

Establir un termini màxim és imprescindible en benefici de la seguretat del tràfic jurídic i de la viabilitat econòmica de la finca que en el seu dia es va beneficiar d'un ajut a càrrec del FRU. No tindria sentit que, per exemple trenta anys després d'haver instal·lat l'ascensor gràcies a l'ajut del FRU, el comprador d'un pis d'aquest edifici es trobi amb la sorpresa de veure la seva propietat gravada per un cens a favor de l'Administració; a més, la situació pot ser realment absurda si pensem que, després de tants

26. En relació amb la forma del precontracte, vegeu Pedro del Pozo CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de obligaciones y contratos*, 2a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo, Marcial Pons, 2021, p. 326.

anys d'ús, aquell ascensor pot haver estat substituït per un altre o s'hi poden haver fet reformes posteriors importants.

Per tant, fora bo que el legislador es pronunciés sobre aquesta qüestió. Mentre no ho faci, podem proposar algunes solucions.

La primera, i segurament la més senzilla, flexible i operativa, és que en cada convocatòria d'ajuts a càrrec del FRU es fixi un termini màxim per al naixement del cens emfitèutic de l'article 22 LMU, termini que haurà de constar necessàriament en el contracte de col·laboració de l'article 9.5 LMU.

A manca d'aquesta determinació, la LMU hauria de fixar un termini subsidiari, que operés en qualsevol cas. Quin podria ser aquest termini? El CCCat n'ofereix alguns models en institucions que conceptualment no estan gaire allunyades de l'operativitat del cens de l'article 22 LMU; per exemple, els quatre anys de durada dels drets d'adquisició, si no hi ha pacte (art. 568-6a CCCat), o els vint anys de durada del dret de redimir en la venda a carta de gràcia (art. 568-29 CCCat). Tot i així, em sembla més adient *proposar* un termini intermedi de *deu anys*, no solament perquè és suportable des del punt de vista econòmic, sinó també perquè és un termini que, per a altres qüestions, la regulació del cens utilitza de manera recurrent, tant en el CCCat (art. 565-10.1 i 565-11c) com en la mateixa LMU (art. 22.2, sobre el qual després tractarem).

4.2.5. *El propietari que va constituir el gravamen mai no serà el censatari definitiu*

La dinàmica del cens emfitèutic sorgit de l'article 22 LMU té una conseqüència peculiar: el propietari que el va constituir, ja sigui com a cens sotmès a una condició suspensiva, ja sigui com a precontracte, mai no serà el censatari definitiu i obligat, per tant, al pagament de les pensions.

La dinàmica d'aquesta emfiteusi és clara. Per exemple, en un primer moment el beneficiari d'una actuació basada en el FRU pacta amb l'Administració, en el contracte de col·laboració, la constitució d'un cens emfitèutic que està sotmès a la condició suspensiva de la transmissió futura de la finca gravada. El beneficiari és, per tant, el constituent d'un cens que existeix com a mera vinculació, però el naixement i la plena operativitat del qual estan subjectes al compliment del fet incert de l'alienació de la finca. En conseqüència, el negoci jurídic de transmissió de la finca dona lloc, a més dels efectes que li són propis segons la seva naturalesa, a la conseqüència essencial de produir el compliment de la condició suspensiva i, amb això, al naixement del cens emfitèutic, amb la qual cosa l'adquirent de la finca passa a ocupar la posició jurídica de censatari. En definitiva, el beneficiari de l'ajut del FRU, que va constituir el cens emfitèutic sotmès a la condició suspensiva i va ocupar la plaça de censatari inicial, deixa de ser-ho, i el seu lloc és ocupat per l'adquirent de la finca, que serà l'obligat a pagar les pensions i a encaixar totes les altres conseqüències derivades del cens emfitèutic.

El mateix argument es pot aplicar en el cas de la configuració com a precontracte a la qual hem fet referència abans: el particular que el va celebrar mai no serà el censatari de l'article 22 LMU.

4.3 PUBLICITAT REGISTRAL DEL CENS EMFITÈUTIC DE L'ARTICLE 22 DE LA LLEI 11/2022

L'únic requisit de forma que exigeix el CCCat per a la constitució del cens és que es faci en una escriptura pública (art. 565-4). La LMU no afegeix cap requisit addicional en relació amb el cens emfitèutic del seu article 22. Això fa que la constància del cens en el Registre de la Propietat sigui purament voluntària i que la inscripció en aquest no sigui constitutiva del dret, sinó merament declarativa. Ara bé, és evident que la constància de qualsevol cens emfitèutic en el Registre de la Propietat és molt convenient per a l'oposabilitat del gravamen a tercers, de manera que, en el cas que estudiem, l'Administració tindrà un interès lògic en la seva inscripció, en benefici de la viabilitat de la reclamació del deute a què es refereix l'article 22.1 LMU.

La constància del cens emfitèutic en el Registre de la Propietat pot tenir lloc en qualsevol moment de la vida del gravamen.

En primer lloc, pot accedir al Registre a partir de l'atorgament mateix del contracte de col·laboració en una escriptura pública, ja que la vinculació del dret de cens ja existeix i és possible inscriure el cens emfitèutic com a sotmès a la condició suspensiva de transmissió de la finca.²⁷ L'Administració té un interès especial que el cens emfitèutic consti en el Registre de la Propietat ja en aquesta fase inicial, per a així evitar que un tercer de bona fe pugui adquirir la finca i al·legui que el cens no li és oposable (art. 32 LH).

També és possible que el cens s'inscriui a partir de la transmissió de la finca a un tercer, moment a partir del qual el cens és plenament operatiu: la condició suspensiva s'ha complert i això consta automàticament en el Registre de la Propietat amb la inscripció de la transmissió de la finca. No obstant això, esperar a aquesta segona fase comporta un risc evident per a l'Administració, que haurà de confiar en la bona fe no solament del propietari inicial (el beneficiat pel FRU), sinó també, i especialment, en la bona fe de l'adquirent, que podria estar temptat d'al·legar el desconeixement del cens i, amb això, la seva inoposabilitat (art. 32 LH).

Si la constitució del cens s'ha estructurat inicialment com un *precontracte*, segons el que hem vist en l'apartat 4.2.3, la inscripció en el Registre de la Propietat no serà possible en aquesta fase inicial, ja que no hi ha cap vinculació de naturalesa

27. Amb caràcter general, la constància registral de drets subjectes a una condició suspensiva està considerada explícitament en els articles 9.1c i 23 LH.

juridicoreal. La inscripció només serà possible quan s'implementi el precontracte, que donarà naixement al dret real d'emfiteusi.

4.4. L'OPERATIVITAT DE LA FUNCIO DE GARANTIA

4.4.1. *El cens emfitèutic com a mecanisme de pagament*

L'operativitat del dret de cens es manifesta, en essència, amb el pagament d'una pensió, garantit per la mateixa finca gravada (art. 565-1 i 565-8 CCCat). La funció econòmica i jurídica a què respon aquesta operació és una qüestió que deriva exclusivament de la voluntat de les parts que van constituir el cens. Per exemple, el censalista pot transmetre la propietat d'una finca que ja no li interessa però la grava amb un cens que li permetrà tenir uns ingressos regulars amb els quals ell i els seus successors podran fer front a les despeses de conservació de les seves altres finques; o el propietari d'una finca vol fer-hi obres per a augmentar-ne la rendibilitat i, a canvi del capital que rep d'un tercer, grava la mateixa finca amb un cens a favor d'aquest últim, que es converteix en censalista.

En el cas del cens emfitèutic de l'article 22 LMU, la funció d'aquest gravamen és peculiar, ja que no solament té una funció de garantia d'un deute preexistent, sinó que, a més, és un *mecanisme de pagament* del mateix deute, ja que les pensions que merita el cens necessàriament s'han d'imputar al dret de crèdit que l'Administració té contra el titular actual de la finca. La redacció de l'article 22.1 LMU, tot i que podria haver estat més explícita, no permet dubtar que aquest és el contingut de la norma, ja que, seguint la terminologia d'aquest precepte, la finca queda «afectada» pel cens a fi que l'Administració pugui «rescabalar-se» de la inversió que va fer sobre la base del FRU. L'afectació es concreta en la garantia real que és el cens i, com en qualsevol garantia real, pot arribar a la realització del valor del bé gravat; en el nostre cas, la finca que es va beneficiar del FRU. En definitiva, igual que en qualsevol altre cens, en el de l'article 22 LMU la finca garanteix el pagament de les pensions de manera directa i immediata (art. 565-1.1 i 565-8.6 CCCat) amb un procediment judicial sumari que en facilita l'execució (art. 565-9 CCCat).

A banda de la garantia, les pensions meritades pel cens i efectivament pagades han de permetre el rescabament de l'Administració de la inversió que en el seu dia va fer en el marc del FRU, i el consegüent augment del valor de la finca. El mecanisme tècnic utilitzat és el de la *imputació* o *aplicació*²⁸ dels pagaments realitzats. Això

28. «Imputació» és la paraula utilitzada en els apartats 2 i 4 de l'article 569-2 CCCat. Amb el mateix sentit, l'article 569-23 CCCat precisa, en relació amb els fruits de la finca gravada per anticresi, que el creditor pot «aplicar-los» al pagament del deute garantit i els seus interessos.

significa que les pensions que l'Administració cobra com a creditora del cens de l'article 22 LMU s'han d'*aplicar* o *imputar* al pagament del crèdit pel rescabament esmentat; no és possible aplicar-los al pagament d'un altre deute, ni tampoc qualificar-los com a ingressos de lliure disposició per part de l'Administració. La funció d'imputació al deute pel rescabament s'observa també en el segon incís de l'article 22 LMU, que constata la connexió que hi ha entre la *imputació* i la *reducció* del deute. En concret, aquest precepte preveu que «l'import que ha de ser rescabament en cas de transmissió [...] *es redueix progressivament* en funció del temps que resti del termini de durada establert». En realitat, es tracta d'una simple constatació d'un principi alhora jurídic i econòmic: si les pensions s'imputen al pagament d'un deute determinat, l'import d'aquest deute es va reduint progressivament. En certa manera, aquesta estructura s'assembla a un efecte *anticrètic*, que és tipificador del dret d'antecresi però que es pot pactar en altres drets reals de garantia i que consisteix en la *imputació* o *aplicació* dels fruits del bé gravat al pagament del deute garantit. La diferència de l'antecresi amb el cens emfitèutic de l'article 22.1 LMU és que en aquest últim la possessió de la finca es manté en mans del seu propietari. La similitud partiria d'una consideració *econòmica* de les pensions com a fruits del cens,²⁹ als quals s'aplica una consideració *jurídica* d'*imputació* al pagament del deute garantit.

La funció de garantia afecta tot el contingut del dret de cens. Així, a més de la imputació de les pensions al pagament del deute garantit, també s'aplicaran a aquest pagament els lluismes meritats per les successives transmissions de la finca.

La *imputació del lluisme* al pagament del deute pot tenir dues conseqüències: o bé reduir l'import de les pensions durant la resta de la vida del cens, o bé mantenir l'import de les pensions i reduir el termini d'aquest gravamen. Es tracta d'un efecte similar al que té lloc en l'amortització anticipada d'un préstec hipotecari, i serà el censatari qui esculli quin dels dos possibles efectes li convé més.

4.4.2. *La redimibilitat del cens emfitèutic i el pagament anticipat del deute*

El cens emfitèutic de l'article 22 LMU és un cens *temporal*³⁰ i la seva durada no pot excedir els deu anys (art. 22.2 LMU). Ara bé, això no impedeix que l'adquirent de la finca gravada pugui en qualsevol moment *imposar l'extinció* del cens esmentat.

29. En sentit jurídic estricte, les pensions no són fruits del cens, ja que no són «els seus productes i els altres rendiments que se n'obtenen [de la cosa] d'acord amb la seva destinació» (art. 511-3 CCCat); en aquest sentit, la finca gravada pel cens no finança les pensions, però sí que és garantia del seu pagament (vegeu Pedro del Pozo CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, p. 465).

30. En l'apartat 3.1 d'aquest treball ja hem justificat que en el CCCat l'emfiteusi pot tenir un caràcter temporal.

Per a fer-ho existeixen dos mecanismes tècnics: la redempció del cens i el pagament de l'obligació de rescabament a l'Administració.

Pel que fa a la redempció, d'acord amb l'article 565-12.1 CCCat «els censos de caràcter perpetu i els de caràcter temporal constituïts expressament com a redimibles es poden redimir per la voluntat unilateral del censatari». En el cas que ara estudiem, el cens es constitueix com a temporal, amb una durada màxima de deu anys, de manera que la possibilitat de redempció ha d'estar *prevista expressament* en el títol de constitució del cens. En aquest títol caldrà també fer constar quina quantitat de diners és la convinguda per a dur a terme la redempció (art. 565-4 CCCat). En canvi, si en el contracte de col·laboració en el qual es va constituir el cens emfitèutic a favor de l'Administració no es fa cap referència a la redempció, el cens serà irredimible. Això no és especialment greu, ja que el cens de l'article 22 LMU té una durada relativament breu, deu anys, tot i que és possible que l'adquirent de la finca hagi preferit alliberar-se del gravamen en qualsevol moment.

Ara bé, que el cens sigui irredimible no equival a dir que el censatari hi queda irremeiablement subjecte, ja que té una altra possibilitat d'alliberament: simplement ha de pagar l'obligació de rescabament. En efecte, si el cens emfitèutic de l'article 22 LMU té una funció de garantia, el pagament de l'obligació assegurada dona lloc a l'extinció del gravamen. Aquesta és una conseqüència del principi d'accessorietat que presideix el règim dels drets de garantia en el nostre ordenament jurídic.³¹

D'altra banda, tenint en compte que és un cens sotmès a un termini (màxim de deu anys), hom pot entendre que l'obligació garantida, encara que no es digui explícitament, és una obligació a termini, en la qual els successius compliments parcials corresponen als successius pagaments de les pensions meritades pel cens. Tret que s'hagués pactat el contrari, que es tracti d'una obligació a termini no exclou que el censatari pugui pagar-ne la totalitat de manera anticipada, com es dedueix dels articles 1126.1 i 1127 CC i de l'aplicació analògica de l'article 23 de la Llei 5/2019, del 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari. Aquest pagament anticipat tindrà la conseqüència immediata de l'extinció del cens emfitèutic.

El pagament anticipat pot ser una operació interessant, i de vegades gairebé imprescindible, per al propietari gravat pel cens. Pensem, per exemple, que si vol fer reformes en la seva finca i té la intenció de demanar un préstec garantit amb una hipoteca, el cens inscrit amb anterioritat tindrà un rang registral superior al de la hipoteca que es constitueixi, la qual cosa no afavorirà la concessió del préstec. En aquest cas, el propietari tindrà interès a pagar anticipadament el deute de rescabament, per tal que el cens s'extingeixi i permeti que la hipoteca no es vegi afectada per un dret de rang

31. La vinculació de l'existència de la garantia real a la subsistència de l'obligació garantida es pot observar, entre d'altres, en els articles 569-1, 569-6.1 i 569-12 CCCat, 1857 CC i 104 LH.

preferent, cosa que hauria de permetre al propietari obtenir unes millors condicions financeres en el préstec que vol contractar.

5. REFLEXIONS FINALS

L'article 22 de la Llei 11/2022, del 29 de desembre, de millorament urbà, ambiental i social dels barris i les viles, ha introduït una novetat interessant en l'ordenament jurídic de Catalunya, ja que ha ideat una funció inusual per a una institució clàssica del dret civil. En concret, ha donat al cens emfitèutic una funció de garantia d'una obligació preexistent, de rescabament de l'Administració de l'increment del valor d'una finca que ha rebut un ajut públic; a aquesta funció, l'acompanya una de complementària, d'imputació de les pensions al pagament del deute esmentat.

Segons la meua opinió, la idea del legislador català és bona³² i la utilització de l'emfiteusi amb aquestes funcions pot ser útil no solament en el cas concret de l'article 22 LMU, sinó també amb caràcter general, com una eina jurídica més que, sola o en combinació amb d'altres, faciliti a l'Administració l'assoliment de les seves polítiques públiques en matèria urbanística en el sentit més ampli.

El retret que hom pot fer a la regulació de l'article 22 LMU és el seu caràcter minimalista, ja que deixa en l'aire diverses qüestions importants en relació amb l'operativitat i l'eficàcia del cens emfitèutic en aquest nou paper encomanat. A algunes d'elles he intentat proposar respostes en aquest treball.

BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, Miriam. «L'onada de renovació energètica dels edificis: adaptabilitat i limitacions de les institucions de dret civil». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66 (2023), p. 130-132.
- GONZÁLEZ BOU, Emilio. «El censo emfitéutico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro». *La Notaria*, juny de 2003, p. 15-26.
- HAUMONT, Francis. *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*. Lovaina, París i Brussel·les: Oyez, 1976.
- *Les espaces collectifs privés au delà de la copropriété*. Lovaina, París i Brussel·les: Oyez, 1978.

32. En canvi, vegeu una visió crítica del cens regulat en la Llei 11/2022 a Miriam ANDERSON, «L'onada de renovació energètica dels edificis», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66 (2023), p. 130-132.

- «Emfiteusi: un sistema d'ordenació del territori». A: SCHOLZ, Johannes-Michael *et al.* *Canvi social i dret civil a Catalunya*. Barcelona: Fundació Caixa de Pensions, 1985, p. 139-163.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni. *Els censos en el dret civil de Catalunya: la qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1997.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni; GINER GARGALLO, Antonio. «Comentarios a los art. 565-1 a 565-33 CCCat». A: DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA. *Derechos reales: Comentarios al libro v del Código civil de Cataluña*. Vol. III. Barcelona: Bosch, 2008, p. 1453-1538.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*. 6a ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- *Derecho civil de Cataluña: Derecho de obligaciones y contratos*. 2a ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- VILAR, Pierre. *Catalunya dins l'Espanya moderna*. Vol. 3. Barcelona: Edicions 62, 1986.

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 de l'agost del 2022 fins a l'abril del 2023, mereixen una menció especial les que a continuació se sintetitzen en matèria de prescripció, delació voluntària, ordre dels cognoms en la filiació, quantia de la compensació econòmica per raó de treball, còmput de la llegítima i impugnació d'acords en el règim de la propietat horitzontal.¹

1. LLIBRE PRIMER DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: DETERMINACIÓ DEL *DIES A QUO* DE LA PRESCRIPCIÓ I CONSTRUCCIÓ EXTRALIMITADA, ARTICLES 121-23.1 I 542-9 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA (STSJC) DEL 16 DE SETEMBRE DE 2022

La qüestió controvertida que analitza la Sentència és la del *dies a quo*, és a dir, la determinació del moment d'inici del còmput de la prescripció, en un supòsit de construcció extralimitada o d'accessió inversa reconeguda en l'article 542-9 del Codi civil de Catalunya (CCCat). La part recurrent considera que l'inici del còmput no es va produir en la data en què l'edifici es va acabar de construir i es va emetre el certificat de final d'obra (el mes de juny del 2007), sinó que el termini es va iniciar el dia en què es va conèixer plenament l'ocupació, i això fou a través d'un mitjà probatori adequat com és l'informe pericial que es va adjuntar a la demanda interposada el mes de novembre del 2017.

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*", IPs: Dra. Mariló Gramunt Fombuena i Dra. Gemma Rubio Gimeno i de les activitats del Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 347).

El TSJC, que ha desestimat el recurs de cassació, no comparteix l'argument de la recurrent i reitera el que ja han assenyalat altres sentències del mateix tribunal: que la determinació del *dies a quo* de l'article 121-23.1 CCCat parteix de la base d'un criteri subjectiu i que el titular de la pretensió n'ha de conèixer els fonaments materials i personals, els fets que hi donen lloc i la persona contra la qual s'ha d'exercir. Aquest criteri subjectiu, però, s'objectivitza i no cal que en cada cas s'atenguin les circumstàncies personals del titular, sinó que es considera una possibilitat real de coneixement i d'acord amb els estàndards d'una persona raonable o mitjana (es parla més de la cognoscibilitat que del coneixement). El Tribunal també emfasitza que la institució de la prescripció es materialitza sens perjudici de la doctrina relativa a la inadmissibilitat del retard deslleial en l'exercici dels drets i la consegüent pèrdua del dret (*Verwirkung*). En conseqüència, el termini de prescripció del cas es va iniciar amb la finalització de la construcció de l'edifici, moment en què la recurrent podia conèixer raonablement que s'havia produït la dita extralimitació o, si més no, podia recórrer a un peritatge que pogués determinar-la efectivament.

2. LLIBRE SEGON DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: LA TUTELA, DELACIÓ VOLUNTÀRIA, ARTICLE 222-9.2 CCCAT. STSJC DEL 22 DE DESEMBRE DE 2022

La part recurrent planteja el recurs de cassació perquè considera que s'ha vulnerat l'article 222-9.2b CCCat. Aquest article, en el marc de la delació voluntària, estableix la possibilitat que l'autoritat judicial prescindi de la designació establerta per un mateix en l'acte de delació voluntària si aquest s'ha fet dins l'any anterior a l'inici del procediment relatiu a la capacitat de la persona protegida.

El supòsit de fet d'aquesta sentència remet a la demanda presentada pel Ministeri Fiscal el dia 13 de febrer de 2020, en què sol·licitava la declaració d'incapacitat de la recurrent, que tenia seixanta-dos anys i se li havia reconegut un grau de discapacitat del 49 % i un deteriorament cognitiu atribuïble a lesions posttraumàtiques. Se sol·licitava el nomenament d'un tutor perquè li prestés els suports necessaris. Amb anterioritat, amb data 30 de maig de 2019 el Ministeri Fiscal ja havia presentat unes diligències preprocessals on es nomenava una fundació com a defensora judicial de la recurrent. La contestació a aquesta demanda inicial va ser presentada per la representació jurídica de la part que ara recorre en cassació i sol·licitava que el nomenament de tutor, si escaigués, recaigués en la persona que constava nomenada en l'escriptura pública del 6 de febrer de 2019. El que sol·licitava la demandada era l'aplicació de l'article 222-9.2b CCCat, que només permet prescindir de la delació voluntària, com s'ha dit, si s'ha fet dintre de l'any anterior al procediment relatiu a la capacitat, i, en aquest sentit, la demandada al·legava que la demanda del Ministeri Fiscal es va presentar més tard

d'aquell any (el 13 de febrer de 2020), mentre que l'acte de delació voluntària s'havia adoptat el 6 de febrer de 2019.

El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda i va fer recaure el nomenament de tutor en la fundació que resultés designada per la Direcció General de l'Autonomia Personal i la Discapacitat, de la Generalitat de Catalunya. La recurrent en cassació ja havia apel·lat abans contra la sentència d'instància i havia demanat que s'impugnés el nomenament com a tutor de la fundació que ha de designar la Generalitat. L'Audiència Provincial va desestimar el recurs presentat i va confirmar la sentència d'instància (tot fent notar la revisió de la norma catalana en matèria d'assistència arran de la publicació del Decret llei 19/2021, del 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat) i també el càrrec —ara d'assistent— a la fundació.

El TSJC també desestima el recurs presentat perquè considera que l'article 222-9.2b CCCat no ha estat vulnerat atès que les diligències preprocessals presentades també formen part del procediment a què fa referència el dit article (arg. ex art. 222-4.3 CCCat). Així mateix, també qüestiona la delació feta per la recurrent, ja que va quedar acreditat l'abús de les facultats inherents al càrrec de tutor per part del tutor nomenat voluntàriament en l'acte de delació. El Tribunal també considera que la recurrent, en el moment de la delació voluntària i atès que tenia les facultats cognitives afectades, no podia comprendre l'abast de la pròpia delació efectuada.

3. LLIBRE SEGON DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: FILIACIÓ NO MATRIMONIAL I ORDRE DELS COGNOMS DEL MENOR, ARTICLE 235-2.2 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. STSJC DEL 3 D'OCTUBRE DE 2022

La Sentència del 3 d'octubre de 2022 estima parcialment el recurs de cassació interposat, que qüestionava la Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona perquè va considerar infringit l'article 235-2.2 CCCat, que estableix que els cognoms dels fills venen determinats per la filiació.

El supòsit de fet del qual parteix la dita sentència se situa en el marc de l'acció de reclamació de paternitat no matrimonial interposada pel recurrent en primera instància. Així, el recurrent va acumular l'acció de reclamació de la filiació i la d'impugnació de la filiació contradictòria i, si bé el Jutjat de Primera Instància de Reus va desestimar la demanda, l'Audiència Provincial de Tarragona va estimar el recurs d'apel·lació, va revocar la sentència de primera instància i va declarar la paternitat no matrimonial sobre la nena a favor del recurrent, però pel que fa als cognoms va mantenir els que ja tenia, derivats de la presumpció de paternitat matrimonial anterior, atès l'ús allargat en el temps que n'havia fet la menor i per tal de preservar, així, el dret fonamen-

tal d'aquesta a la pròpia imatge. El TSJC, a l'empara dels articles 235-2.2 i 211-6.1 CCCat, afirma que la menor ha de dur el cognom patern, de conformitat amb els articles 235-2.2 CCCat i 49.2 de la Llei del Registre Civil. En relació amb l'ordre dels cognoms, són els progenitors qui l'han d'establir de comú acord en la fase d'execució de la sentència, i això és així perquè ni en primera instància ni en apel·lació els progenitors han estat escoltats en relació amb aquesta qüestió, ni se'ls ha facilitat la possibilitat d'arribar a un acord.

El TSJC conclou que, davant d'un supòsit de filiació sobrevinguda i declarada ja judicialment la paternitat, la nena ha de dur també el cognom patern. Pel que fa a l'ordre dels cognoms, però, és una qüestió que s'ha de resoldre durant la fase d'execució si hi ha acord entre els progenitors; subsidiàriament, a manca d'acord, serà l'òrgan judicial d'aquella fase qui el determinarà en funció de l'interès superior de la menor.

4. LLIBRE SEGON DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: COMPENSACIÓ ECONÒMICA PER RAÓ DE TREBALL, CÀLCUL, ARTICLE 232-6.1 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. STSJC NÚM. 56/2022, DEL 7 DE NOVEMBRE

La STSJC del 7 de novembre de 2022 resol el recurs de cassació que es presenta i que al·lega una infracció de les regles de càlcul de l'article 232-6 CCCat, relatiu a la compensació econòmica per raó de treball.

La part recurrent presenta un recurs perquè considera infringit l'article 232-6.1c CCCat. Així, considera que al càlcul del patrimoni final que determina l'increment patrimonial dels cònjuges durant la convivència no s'hi ha d'afegir el valor d'una de les masies (atès que era un bé subrogat), ni tampoc el valor de dues finques situades a Alemanya que van ser finançades amb la venda de béns provinents de l'herència de l'exdona de la part recurrent.

El TSJC, però, desestima el recurs en aquest extrem perquè la sentència d'apel·lació sí que va descomptar del patrimoni final del recurrent la suma de 2.300.764 € corresponent al valor que tenien els béns venuts provinents de l'herència que la part recurrent havia rebut de la seva exdona. El TSJC estableix que s'ha de descomptar del patrimoni final de cadascun dels cònjuges no només el valor dels béns que tenien en començar el règim i que conserven en el moment de l'extinció, sinó també el dels béns adquirits durant la convivència en substitució dels que es tenien a l'inici (és a dir, els subrogats). I afegeix que també cal descomptar les plusvàlues d'aquests béns (o dels adquirits abans de començar el règim) sempre que siguin degudes només al transcurs del temps o a l'oscil·lació dels mercats, però no si l'increment és imputable al manteniment i l'increment de valor dels dits béns i això es deu a l'activitat del titular per mitjà d'actes de conservació, reparació, renovació o ampliació.

El Tribunal sí que estima un dels motius al·legats pel recurrent: el que es relaciona amb una plusvàlua d'un bé originada pel transcurs del temps i que no havia de ser computada en el patrimoni final, sinó que s'hi havia de descomptar (arg. *ex art.* 232-6.1c CCCat).

5. LLIBRE QUART DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: QUANTIA I CÒMPUT DE LA LLEGÍTIMA. STSJC DEL 9 DE GENER DE 2023

La Sentència del 9 de gener de 2023 estima el recurs de cassació interposat contra la sentència dictada en segona instància que havia descomptat del cabal relict de la mare de la part recurrent els béns relictes procedents de l'herència del pare, atès que es trobaven en indivisió quan els dos pares vivien i que la recurrent ja havia obtingut el dret a la llegítima en la successió del seu pare. El TSJC recorda que la quantia de la llegítima parteix del valor que els béns de l'herència tenen en el moment de la mort del causant, un cop deduïts els deutes i les despeses de darrera malaltia i de l'enterrament o incineració; i al valor líquid que resulta d'aplicar la dita regla, s'hi ha d'afegir el dels béns donats o alienats per un altre títol gratuït atorgat pel causant en els deu anys precedents a la seva mort, excloses les liberalitats d'ús. Pel que fa a la imputació de les donacions i d'acord amb el que indica l'article 451-8.1 CCCat, són imputables a la llegítima les donacions entre vius atorgades pel causant amb un pacte exprés d'imputació, les fetes en pagament o a compte de la llegítima i, també, llevat que el causant disposi una altra cosa: *a)* les donacions fetes pel causant a favor dels fills perquè puguin adquirir el primer habitatge o emprendre una activitat professional que els proporcionï independència econòmica o personal; *b)* les atribucions en un pacte successori, les donacions per causa de mort i les assignacions de béns al pagament de llegítimes, fetes també en pacte successori, quan es facin efectives. Així mateix, el TSJC subratlla el caràcter d'institució de dret necessari que té la llegítima i distingeix les normes imperatives que afecten la computació legitimària, de les dispositives que determinen la imputació legitimària. En conseqüència, el Tribunal cassa la sentència d'apel·lació, ja que els béns que la mare de la recurrent (la causant) hagués pogut heretar del seu marit i que romanguessin en el seu patrimoni en el moment de la mort d'aquell, formen part del seu cabal relict i cap norma en permet la deducció o descompte (només es permeten les deduccions establertes pel que assenyala, com s'ha vist, l'article 451-5a CCCat). En el cas, tampoc no hi havia cap donació que pogués ser imputada a la llegítima. Per tant, es tracta de dues successions i en cadascuna d'elles la recurrent té dret a la llegítima, configurada en cada cas com un dret de crèdit de certs parents contra els hereus del causant. La causant va poder disposar d'allò rebut en herència del seu marit, però això és irrellevant perquè per a determinar l'import de la llegítima individual es parteix del valor dels béns de l'herència en el moment de

la mort del causant, i cal afegir-hi, si escau, els béns donats pel causant durant els deu anys precedents a la seva mort.

6. LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: RÈGIM JURÍDIC DE LA PROPIETAT HORITZONTAL, CONFIGURACIÓ DE LA COMUNITAT I RESPONSABILITAT MANCOMUNADA, ARTICLE 553-4.1 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. STSJC DEL 9 DE NOVEMBRE DE 2022

El recurs que origina la Sentència del 9 de novembre de 2022 pretenia que es declarés nul l'acord adoptat per la comunitat de propietaris d'un immoble situat a Vaquèira on coexistien elements privatis amb elements privatis destinats a ús turístic o per torns. El dit acord tenia com a objecte aprovar la derrama acordada per a fer front al descobert que havien originat els deutes que diverses societats propietàries d'alguns elements privatis tenien amb la comunitat de propietaris. Amb anterioritat, aquesta s'havia adjudicat aquests elements privatis en el procediment de constrenyiment que havia iniciat contra els propietaris morosos, en què quedà deserta la subhasta pública que s'havia anunciat.

El recurs s'adreçava a declarar nul el dit acord perquè considerava que era contrari a la responsabilitat mancomunada referida per l'article 553-4.1 CCCat, que estableix que els propietaris són titulars mancomunats tant dels crèdits constituïts a favor de la comunitat com dels deutes contrets vàlidament per a la seva gestió, d'acord amb les quotes de participació respectives. En conseqüència, els propietaris recurrents al·leguen que no han de respondre ni de la part no satisfeta per determinats comuns ni tampoc, subsidiàriament, del deute que la comunitat pugui tenir amb un tercer, derivat de l'impagament de les quotes per qui n'era responsable.

Plantejada la qüestió, el TSJC desestima el recurs i fonamenta la seva decisió en dos motius: en primer lloc, l'acord adoptat no vulnera l'article 553-4.1 CCCat, atès que preveu distribuir el pagament dels deutes en funció de la quota de participació de cadascun dels propietaris de la comunitat; en segon lloc, l'acord s'adopta malgrat els esforços de la comunitat per a accelerar el cobrament del deute originat per l'impagament de determinats propietaris i així, mitjançant la via de constrenyiment, aconseguir fons líquids per a pagar els deutes que es tenen enfront de tercers. L'adquisició dels elements privatis dels propietaris morosos ha permès extingir el deute que aquests tenien amb la comunitat, però manca fer front al pagament del deute que es té amb tercers; l'adjudicació dels elements privatis, a més, passa a ser un actiu titularitat de tots els propietaris de l'immoble i, si bé és cert que es generaran despeses relatives als elements privatis adquirits, aquests també poden incentivar ingressos que poden compensar les despeses, com ara els que es puguin obtenir del lloguer dels dits habitatges o bé de l'eventual transmissió d'aquests a tercers.

7. LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: RÈGIM JURÍDIC DE LA PROPIETAT HORITZONTAL, IMPUGNACIÓ D'ACORDS I ABÚS DE DRET, ARTICLE 553-31A DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. STSJC DEL 28 DE SETEMBRE DE 2022 I STSJC DEL 30 DE GENER DE 2023

Ens trobem amb dues sentències que analitzen la qüestió relativa a la possibilitat d'impugnar els acords presos per la junta de propietaris si, ateses les circumstàncies, impliquen un abús de dret. Tanmateix, les sentències resolen els recursos de cassació en sentit oposat: la primera reconeix l'abús de dret en l'acord pres per la junta de propietaris; la segona, per contra, considera que l'acord pres no es pot impugnar judicialment. Vegem els detalls de cadascuna d'elles.

La Sentència del 28 de setembre de 2022 s'avé amb la sentència apel·lada i considera que l'acord adoptat per la junta de propietaris implica un abús de dret. Recordem que l'article 553-31a CCCat permet impugnar els acords de la junta de propietaris que, entre altres motius i ateses les circumstàncies, impliquen un abús de dret.

Els fets són els següents: l'any 2015 una de les parts litigants obté l'autorització que li permet modificar l'ús d'una finca (en el cas, passar de local comercial a habitatge). El projecte de reforma preveia que les conduccions de ventilació i evacuació de fums havien de transcórrer per la façana posterior de l'edifici. L'acord d'autorització s'adopta en una junta de propietaris, però el projecte de reforma no és aprovat per l'ajuntament, que el modifica i exigeix que la conducció passi pel pati interior (per on passaven, també, la resta de conduccions de l'edifici). S'informa la comunitat del canvi i es procedeix a iniciar les obres d'instal·lació de les dites conduccions (el mes de gener de 2017). Iniciades aquestes obres, la comunitat convoca una reunió d'urgència de la junta de propietaris en què s'acorda requerir, a la part que efectua les obres, que retiri la instal·lació executada. És en relació amb aquest darrer acord que una de les parts considera que s'ha produït una situació pròpia de l'abús de dret i, en conseqüència, interposa una demanda de judici ordinari on sol·licita la nul·litat del dit acord prenent com a base l'article 553-31.1a CCCat. El Jutjat de Primera Instància desestima la demanda, però l'Audiència Provincial de Barcelona estima i revoca la dita sentència i declara nul el segon acord de la comunitat de propietaris. El TSJC s'avé amb la resolució presa en apel·lació.

El primer que cal dir aquí és que el legislador català no reconeix una posició autònoma en relació amb l'abús de dret (sí que ho fa el legislador estatal *ex art. 7 Codi civil espanyol*), sinó que la prohibició de l'abús de dret està directament relacionada amb la bona fe (art. 111-7 CCCat), la qual configura un principi general que impregna tot l'ordenament jurídic. En aquest sentit, l'exercici del dret a l'empara de l'aparent legalitat externa esdevé il·lícit si es traspasa el límit que imposa la bona fe (identificada com allò que és socialment normal) i es causa un dany a un altre. En un sentit més específic i en matèria de propietat horitzontal, es concreta en l'existència d'uns límits

que condicionen l'exercici dels drets reconeguts no només en les lleis, sinó també en els títols de constitució i en els estatuts, i exigeix —com s'ha dit— una actuació aparentment correcta de la comunitat però que representa, en realitat, una extralimitació a la qual la llei no concedeix cap protecció i que causa un dany. La base d'aquest ús antisocial del dret és doble: subjectiva (l'absència d'una finalitat legítima) i objectiva (l'abús en l'exercici del dret).

El TSJC conclou que la nul·litat de l'acord obeeix a la necessitat que té la comunitat de respectar l'acord pres inicialment en què autoritzava el canvi de destí del local comercial a habitatge i, per tant, de permetre la instal·lació de les conduccions pel lloc que sigui més adequat per a complir les seves funcions i menys perjudicial per als elements comuns.

En un altre sentit, la Sentència del 30 de gener de 2023 desestima el recurs de cassació i considera que l'acord pres per la junta de propietaris no implica un abús de dret.

El supòsit de fet d'aquesta segona sentència és el següent: l'empresa propietària del local situat als baixos d'un edifici arrendat a un club social privat de fumadors va presentar una demanda contra la comunitat de propietaris del dit local perquè se l'autoritzés a adequar la sortida de fums a les exigències derivades del Pla Especial Urbanístic per a l'Ordenació Territorial dels Clubs i Associacions de Consumidors de Cànnabis a la Ciutat de Barcelona. La sortida de fums tenia dues opcions que exigien la instal·lació d'un tram de tub de deu metres sobre la coberta dels patis afectats, però l'acord de la junta de propietaris de la comunitat va denegar la dita instal·lació i l'empresa demandant va impugnar aquest acord perquè va considerar, prenent com a base l'article 553-31.1a CCCat, que implicava un abús de dret. Per contra, la comunitat al·legava que les dues opcions implicaven afectació dels elements comuns i, en conseqüència, la comunitat estava legitimada a negar l'autorització de la dita instal·lació. I, si bé el jutjat de primera instància va estimar la demanda i va deixar sense efecte l'acord de la junta de propietaris, la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona va estimar el recurs d'apel·lació i va revocar la sentència de primera instància perquè va considerar que la instal·lació, encara que no afectés l'estructura de l'edifici, sí que n'alterava la configuració estètica, i qualsevol alteració dels elements comuns d'una comunitat necessita l'autorització de la junta de propietaris (arg. ex art. 553-26.2b CCCat). Contra la sentència d'apel·lació, l'empresa demandant en primera instància va presentar un recurs de cassació, recurs que el TSJC desestima. El recurs s'articula a partir de dos motius: en primer lloc, la recurrent al·lega que existeix un abús de dret per part de la junta de propietaris quan li deneguen l'autorització; en segon lloc (i com a conseqüència del primer argument), aquest abús de dret, intencionat, persegueix evitar l'exercici d'una activitat autoritzada administrativament (la limitació de la qual hauria requerit la incorporació d'una clàusula estatutària, aprovada per una majoria qualificada dels propietaris, que prohibís la dita activitat en el local).

En relació amb l'abús de dret, el TSJC es fa ressò de totes les sentències que han considerat l'abús de dret com un motiu d'impugnació dels acords presos per la junta

de propietaris *ex* article 553-31.1a CCCat. En el Codi català, recorda el Tribunal, l'abús de dret no té reconeguda una posició institucional autònoma, sinó que el seu fonament és el mateix que el de la bona fe (art. 111-7 CCCat), que ha positivitzat la regla segons la qual els drets s'han d'exercir sense traspasar els límits d'un exercici normal; per tant, els drets no són absoluts, sinó que atorguen al seu titular un poder limitat, precisament, pel principi de bona fe. Concreten aquests límits la intenció de l'autor, l'objecte dels drets i les circumstàncies en què es realitzin, i si sobrepassen la normalitat del seu exercici, no troben empara en l'ordenament, s'han de fer cessar i donen dret, si escau, a la indemnització corresponent. És a dir, la prohibició de l'abús de dret exigeix una acció o una omissió que exerceix un dret preexistent i traspasa els límits normals d'aquest. En cap cas, però, no es pot considerar que la comunitat abuseja del seu dret quan s'oposa que s'alterin els elements comuns en benefici exclusivament d'un dels comuners i, per tant, fa un ús lícit del dret que li atorga la normativa catalana en matèria de drets reals. El Tribunal situa l'accent en les circumstàncies concurrents dels acords adoptats per tal de valorar si impliquen o no un abús de dret. La instal·lació que permetria la sortida de fums tindria un impacte visual i estètic rellevant i suposaria una modificació d'un element comú que necessita, per tant, l'autorització de la junta de propietaris, com s'ha dit. El Tribunal també es planteja, finalment, quin és el grau d'afectació de la configuració exterior de la finca comunitària i, en conseqüència, el perjudici estètic, per tal de valorar si la posició de la comunitat pot considerar-se o no abusiva. En relació amb això, el TSJC fa una distinció entre elements privatis i elements comuns. Sobre aquests últims, destaca que l'ús i el gaudi que se'n faci s'han d'adaptar a la destinació que estableixin els estatuts o a la que resulti normal i adequada a la seva naturalesa, sense perjudicar l'interès de la comunitat. En tot cas, qualsevol obra que faci un propietari sobre un element privatiu que pugui alterar un element comú, exigeix l'acord de la junta de propietaris. Que l'alteració de la configuració exterior és un element comú que requereix aquesta autorització, és clar per al Tribunal. La configuració exterior de l'edifici comunitari és la que resulta de l'aparença original de tots els seus elements comuns i així ho palesa el Tribunal per a concloure que el perjudici estètic que podria ocasionar la instal·lació del tram de tub és innegable i s'accentua més en un edifici com el que és objecte de cassació, que s'ubica en una de les vies principals de Barcelona, per la qual cosa acaba desestimant, doncs, el recurs presentat.

8. LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: RÈGIM JURÍDIC DE LA PROPIETAT HORIZONTAL, NECESSITAT D'ESTAR AL CORRENT DEL PAGAMENT DE DEUTES I IMPUGNACIÓ DELS ACORDS PRESOS PER LA JUNTA DE PROPIETARIS, ARTICLE 553-31.3 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. STSJC DEL 20 D'OCTUBRE DE 2022

El recurs que origina aquesta sentència pretén que es declari, en relació amb la impugnació judicial d'un acord adoptat per la junta de propietaris d'una comunitat de veïns, que l'article 553-31.3 CCCat permetria que la consignació de l'import relatiu als deutes amb la comunitat no hagi de ser prèvia a l'acció d'impugnació judicial, sinó que valdria la feta posteriorment de manera cautelar.

La norma de l'article 553-31.3 CCCat va ser introduïda arran de la modificació del llibre cinquè operada per la Llei 5/2015, del 13 de maig, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. La reforma pretenia, entre altres qüestions, resoldre els dubtes interpretatius que plantejava el dit article i s'inclinava en la necessitat de permetre que les comunitats de propietaris puguin cobrar legítimament els deutes dels copropietaris que les integren.

El TSJC conclou que el propietari que vulgui impugnar un acord de la comunitat ha d'estar al corrent del pagament dels deutes vençuts en el moment de l'adopció de l'acord que es pretengui impugnar judicialment; per tant, l'accent se situa en el moment de venciment del deute, i no en el moment en què la comunitat decideix reclamar-lo formalment. Pel que fa a la consignació, cal entendre-la feta en concepte de pagament, i no *ad cautelam*. En conseqüència, el Tribunal resol que el requisit exigít per la norma és que s'estigui al corrent del pagament o que s'hagi consignat allò que es deu, i recorda que els acords de la junta són d'executabilitat immediata (arg. *ex art. 553-32.1 CCCat*). Per a acabar, el TSJC desestima el recurs de la part recurrent perquè resol que la interpretació que aquella vol fer de la norma no escau amb la valoració correcta que cal fer-ne.

NOVETATS PROCESSALS EN EL CONTROL DEL CLAUSULAT ABUSIU: LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DURANT L'ANY 2022

Antoni Mut Piña

*Investigador predoctoral de dret civil
Universitat de Barcelona*

1. INTRODUCCIÓ¹

Aquest article analitza les sentències dictades pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) relatives a la interpretació dels articles 6 i 7 de la Directiva 93/13, del 5 d'abril de 1993,² sobre les clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors, publicades durant el mes de maig de l'any 2022. L'anàlisi 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.

La implementació de la Directiva 93/13 no se subscriu únicament a l'àmbit civil material. El marc de protecció dels consumidors consagrat mitjançant aquesta directiva s'estén a l'àmbit processal i afecta principis bàsics com el de «cosa jutjada»³ o el principi dispositiu.⁴ La jurisprudència del TJUE ha tingut un paper clau en aquest

1. Aquest treball s'ha realitzat en el marc dels projectes d'investigació següents: «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (Programa Nacional de Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas), 2022-2025, ref. PID2021-125149NB-I00, del Ministeri de Ciència, Innovació i Universitats, i «Retos del derecho procesal (ReDePro)» (Ajuts de Suport als Grups de Recerca de Catalunya (SGR), 2023-2026, ref. 2021 SGR 00991, de l'Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR).

2. Directiva 93/13/CEE del Consell, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors. *Diario oficial de la Comunidad Europea* (DOCE), núm. 95 (21 abril 1993), p. 29-34 (6 p.).

3. C. JEREZ DELGADO i F. VERDÚN PÉREZ, «A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva del legislador y los jueces», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, núm. 1 (març 2023), p. 442-460.

4. S. GONZÁLEZ GARCÍA, «El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?», *Diario La Ley*, desembre 2017.

sentit, ja que ha obligat els legisladors nacionals a introduir modificacions dels procediments hipotecaris, judicials i extrajudicials. Les sentències que aquí analitzem constitueixen un esglaó més d'aquest procés iteratiu encaminat a la configuració processal de la defensa dels interessos jurídics dels consumidors.

Les quatre sentències que analitzarem tenen el seu origen en cinc peticions de decisió prejudicial, emeses per tribunals espanyols (Ibercaja Banco, assumpte C-600/19, i Unicaja Banco, assumpte C-869/19), un tribunal italià (Projecte SPV 1503, assumptes C-693/19 i C-831/19) i un tribunal romanès (Impuls Leasing România, assumpte C-725/19). Com hem indicat, tots elles versen sobre la interpretació dels articles 6.1 i 7.1 de la Directiva sobre clàusules abusives. Tracten de diferents modalitats processals; en particular, d'execució hipotecària (assumpte C-600/19) i recurs de cassació (assumpte C-869/19). Per altra banda, les sol·licituds de resolució prejudicial en les causes acumulades C-693/19 i C-831/19 provenen de procediments d'execució basats en instruments executius que van adquirir la condició de cosa jutjada. Finalment, la sol·licitud de la causa d'Impuls Leasing România s'ha fet en el context d'un procediment d'execució sobre la base d'un contracte d'arrendament financer.

Mitjançant les quatre sentències el Tribunal delimita principis processals fonamentals com ara el de la cosa jutjada i la preclusió, d'una banda, o el moment processal per a la revisió de les causes abusives per part dels tribunals, per l'altra. Però també l'abast de l'examen d'abusivitat en un procediment accelerat per a la recuperació de deute, i l'extensió de la facultat d'un tribunal nacional per a examinar d'ofici el caràcter abusiu de les condicions contractuals.

Abans d'examinar les respostes del TJUE a aquestes qüestions, analitzarem en cada cas la casuística en què es fonamenta la petició prejudicial que el Tribunal ha d'interpretar.

2. ANTECEDENTS FÀCTICS I QÜESTIONS PREJUDICIALS PLANTEJADES

2.1. ASSUMPTE C-600/19⁵

Les peticions que susciten el pronunciament del TJUE es presenten en el context d'un litigi entre M. A. i Ibercaja Banco SA en relació amb una reclamació de pagament d'interessos com a conseqüència de la no execució per part de M. A. i P. O. del contracte de préstec amb garantia hipotecària constituïda sobre un habitatge unifamiliar i formalitzat el 6 de maig de 2005 per un import de 198.400 € (§⁶ 16). El contracte de

5. STJUE (Gran Sala) del 17 de maig de 2022, assumpte C-600/19, ECLI:EU:C:2022:394.

6. Mitjançant el símbol § fem referència a la secció de la sentència referenciada en cada moment.

préstec esmentat incorporava en el seu clausulat tres condicions susceptibles de ser considerades abusives, a saber, una clàusula de tipus terra, una de venciment anticipat i un interès moratori del 19 % (§ 17).

A partir del 31 de maig de 2014 se succeeixen un sèrie d'impagaments de les quotes del préstec que porten Ibercaja a interposar una demanda d'execució hipotecària (§ 18). El tribunal d'execució va convocar (§ 22) durant el mes de juny de 2016 una subhasta de l'habitatge en la qual no hi va haver postors, i Ibercaja va sol·licitar que se li adjudiqués la finca; també va sol·licitar el pagament de les costes i els interessos de conformitat amb la Llei 1/2013 (§ 23). Mitjançant un escrit del 9 de novembre de 2016 M. A. es va oposar a la sol·licitud de pagament dels interessos, invocant el caràcter abusiu de la clàusula relativa als interessos de demora i de la clàusula terra (§ 24).

El Jutjat de Primera Instància Número 2 de Saragossa va considerar que la clàusula de venciment anticipat podria ser susceptible de ser considerada abusiva i va decidir examinar l'eventual caràcter abusiu del títol executiu (§ 25). Mitjançant la Interlocutòria del 20 de novembre de 2017 el Jutjat va declarar el caràcter abusiu de la clàusula de venciment anticipat i va acordar el sobreseïment de l'execució, sense imposició de les costes. Ibercaja Banco va interposar un recurs d'apel·lació contra aquesta interlocutòria davant l'Audiència Provincial de Saragossa (§ 27).

L'òrgan jurisdiccional d'apel·lació va revocar la Interlocutòria del 20 de novembre de 2017 i va acordar que prosseguís el procediment d'execució atès que entenia que ja no es podia examinar el caràcter abusiu de les clàusules del contracte de préstec perquè aquest havia desplegat els seus efectes, la garantia hipotecària ja s'havia executat i el dret de propietat havia estat transmès. Per a prendre aquesta decisió, l'òrgan jurisdiccional d'apel·lació es va basar en el principi de seguretat jurídica de les relacions de propietat nascudes (§ 28). De la mateixa manera, va desestimar la impugnació de la liquidació dels interessos basant-se en el fet que, en haver-se iniciat el procediment amb posterioritat a la Llei 1/2013 sense que s'hagués plantejat cap incident d'oposició, ja no era possible analitzar l'eventual caràcter abusiu de les clàusules per l'efecte de cosa jutjada atribuït a la Interlocutòria del 26 de gener de 2015 (§ 29). Davant aquesta situació, M. A. va apel·lar aquesta interlocutòria davant la mateixa Audiència Provincial de Saragossa. En aquestes circumstàncies, l'Audiència Provincial de Saragossa va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE les qüestions prejudicials següents:

1) Si és conforme al principi d'eficàcia [...] una normativa interna de la qual es dedueix que si una determinada clàusula abusiva va superar el control judicial d'ofici inicial en despatxar execució, el control negatiu de la validesa de les seves clàusules [...] impedeix que amb posterioritat el mateix tribunal pugui apreciar-la d'ofici [...] encara que aquest control inicial no hagi exterioritzat, ni en la part dispositiva ni en la seva fonamentació, cap consideració sobre la validesa de les seves clàusules.

2) [...] si es produeix un efecte preclusiu que impedeix al consumidor tornar a plantejar l'abusivitat d'una altra clàusula en el mateix procés d'execució i, fins i tot, en un procés declaratiu posterior.

3) [...]

4) [...] si, aprovada la rematada i adjudicada la finca, que pot ser potencialment a favor del mateix creditor, i produït fins i tot l'efecte translatiu de la propietat de la finca oferta en garantia i ja realitzada, [...] és possible plantejar nous incidents pel deutor perquè es declari la nul·litat d'alguna clàusula abusiva amb incidència en el procés d'execució, o si és possible que, produït aquest efecte translatiu, que pot ser al creditor i amb accés al Registre de la Propietat, acordar una revisió d'ofici que comporti l'anul·lació de tot el procés d'execució [...].⁷

2.2. ASSUMPTE C-693/19⁸

En aquest cas, la petició que suscita el pronunciament del TJUE es presenta en el context d'un litigi entre SPV Project 1503 SRL (d'ara endavant, SPV) i Dobank SpA, com a mandatari d'Unicredit SpA, i, de l'altra, Y. B. SPV, juntament amb altres creditors, va incoar un procediment d'execució forçosa per tal de cobrar un conjunt de crèdits i, atès que Y. B. no va presentar oposició, aquest procediment va adquirir fermesa (§ 16). El contracte de finançament celebrat entre Y. B. i SPV incorporava un interès de demora sospitós de ser considerat abusiu.

Davant aquesta situació, el jutge que va conèixer de l'execució va estimar que era necessari apreciar l'eventual caràcter abusiu de la clàusula esmentada (§ 19). SPV, per altra banda, va al·legar per escrit que la força de cosa jutjada lligada al requeriment s'oposava a l'examen de les clàusules dels contractes sobre la base dels quals s'havia expedit aquest requeriment.

El Tribunale di Milano (Tribunal de Milà), encarregat de l'execució, va considerar que, basant-se en l'ordenament jurídic italià, el jutge que coneix de l'execució no pot apreciar el caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte no només perquè no controla el contingut del requeriment de pagament dictat sobre la base d'aquell, sinó també perquè aquest requeriment adquireix força de cosa jutjada si el deutor no formula cap oposició contra ell (§ 23), i va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE la qüestió prejudicial següent:

S'oposen els articles 6 i 7 de la Directiva [93/13] i l'article 47 de la [Carta] a una normativa nacional, com la descrita, que impedeix que l'òrgan jurisdiccional

7. Totes les traduccions de sentències al català són nostres.

8. STJUE (Gran Sala) del 17 de maig de 2022, assumptes C-693/19 i C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395.

de l'execució efectuari un control intrínsec d'un títol executiu judicial amb força de cosa jutjada i que aquest mateix òrgan jurisdiccional, en cas que el consumidor manifesti la seva voluntat d'invocar el caràcter abusiu de la clàusula continguda en el contracte sobre la base del qual s'ha constituït el títol executiu, anul·li els efectes de la força de cosa jutjada implícita i, si és així, en quines condicions?

2.3. ASSUMPTES C-831/19⁹

Les peticions que susciten el pronunciament del TJUE es presenten en el context d'un litigi entre, d'una banda, el Banco di Desio e della Brianza SpA (d'ara endavant, BDB) i altres entitats de crèdit i, de l'altra, Y. X. i Z. W. DBD va celebrar un contracte de fiança amb Y. X. i Z. W. per tal de garantir els deutes d'una societat. Durant els anys 2012 i 2013 es van expedir requeriments de pagament a favor de DBD davant d'una societat (deutora principal) i quatre fiadors, entre els quals hi havia Y. X. i Z. W. Com que no es va formular cap oposició contra els requeriments, adquiriren, per tant, la condició de cosa jutjada (§ 26).

Durant el procediment d'embargament Y. X. i Z. W. van apel·lar a la seva condició de consumidors per tal de poder al·legar l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contingudes en el contracte de fiança (§ 26). Davant aquesta situació, l'òrgan jurisdiccional que va rebre la petició va confirmar que la normativa processal vigent no atorga facultats al jutge que coneix de l'execució per a controlar el contingut intrínsec del títol executiu. A més, va precisar que, en virtut dels principis de dret processal intern, si manca l'oposició del consumidor, la força de cosa jutjada d'un requeriment de pagament s'estén al caràcter no abusiu de les clàusules del contracte de fiança, fins i tot a falta de qualsevol examen exprés, per part del jutge que va expedir aquesta ordre, del caràcter abusiu d'aquestes clàusules (§ 37).

En aquestes circumstàncies, el Tribunal de Milà va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE les qüestions prejudicials següents:

1) S'oposen els articles 6 i 7 de la Directiva [93/13] [...] a una normativa nacional [...] que impedeix que l'òrgan jurisdiccional de l'execució efectuari un control intrínsec d'un títol executiu judicial amb força de cosa jutjada, encara que el consumidor, en haver adquirit consciència de la seva condició de tal [...] sol·liciti aquest control i, si és així, quins requisits han de concórrer?

2) S'oposen els articles 6 i 7 de la Directiva [93/13], [...] a una normativa nacional que, davant la força de cosa jutjada implícita sobre el caràcter no abusiu

9. STJUE (Gran Sala) del 17 de maig de 2022, assumptes C-693/19 i C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395.

d'una clàusula contractual, impedeix que l'òrgan jurisdiccional de l'execució, cridat a decidir sobre l'oposició a l'execució formulada pel consumidor, examini si la clàusula és abusiva i, si és així, quins requisits han de concórrer [...]?

2.4. ASSUMPTE C-725/19¹⁰

En aquest cas, la petició que dona inici al procediment davant el TJUE s'ha presentat en el context d'un litigi entre I. O. i Impuls Leasing România IFN SA (en endavant, ILR), en relació amb l'oposició a l'execució formulada per la demandant en el litigi principal contra actes d'execució forçosa relatius a un contracte d'arrendament financer. Ambdues parts celebraren el 20 d'agost de 2008 un contracte d'arrendament financer per a un període de quaranta-i-vuit mesos (§ 21). Aquest contracte va ser resolt el 7 de desembre de 2009 per falta de solvència d'I. O. i el consegüent impagament de les quotes acordades (§ 22). El 15 d'octubre de 2010 IRL va iniciar un procediment d'execució forçosa amb l'objectiu de cobrar els crèdits dels quals era titular en virtut del títol executiu (§ 23). IRL va presentar a partir d'aquest moment dues demandes més d'execució forçosa, amb data de 28 de març de 2013 i 26 de març de 2019, respectivament. En resposta a aquesta darrera, I. O. va formular una oposició a l'execució forçosa.

Malgrat que el recurrent fonamentava la seva oposició en una possible prescripció de les accions d'IRL relatives a la sol·licitud i l'obtenció de l'execució forçosa en virtut del títol executiu, l'òrgan jurisdiccional remitent va indicar que el contracte d'arrendament financer que va servir de base en el procediment d'execució forçosa contra I. O. contenia determinades clàusules que es podrien considerar abusives (§ 30).

En aquest sentit, va confirmar que, d'acord amb el dret processal vigent, un òrgan jurisdiccional nacional pot examinar el caràcter abusiu de les clàusules contractuals dels contractes d'arrendament financer en un procediment d'oposició a l'execució si no hi ha cap via processal específica per a l'anul·lació d'aquestes clàusules (§ 30), ni tan sols una acció de dret comú.

Doncs bé, tot i que la normativa processal ofereix als consumidors la possibilitat d'exercir una acció de dret comú en virtut de la qual un òrgan jurisdiccional nacional pot controlar l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contractuals, d'acord amb el principi d'efectivitat els mecanismes nacionals d'execució forçosa no han de fer impossible a la pràctica, o excessivament difícil, l'exercici dels drets conferits als consumidors pel dret de la Unió Europea. Així doncs, l'òrgan que emet la petició estima que una protecció efectiva d'aquests drets només es pot garantir si l'ordenament pro-

10. STJUE (Gran Sala) del 17 de maig de 2022, assumpte C-725/19, ECLI:EU:C:2022:396.

cessal nacional permet controlar d'ofici, en el mateix procediment d'execució forçosa, el caràcter potencialment abusiu de les clàusules contractuals (§ 31).

En aquestes circumstàncies, la Judecătoria Sectorului 2 București (Tribunal de Primera Instància del Sector 2 de Bucarest), encarregada de l'execució, va decidir suspendre el procediment i plantejar al TJUE la qüestió prejudicial següent:

La Directiva [93/13] s'ha d'interpretar, tenint en compte el principi d'efectivitat, en el sentit que s'oposa a una legislació nacional com la normativa romanesa [...], que, en el marc de l'oposició a l'execució, no ofereix la possibilitat d'examinar, a petició del consumidor o d'ofici, per l'òrgan jurisdiccional, si les clàusules d'un contracte d'arrendament financer que constitueix un títol executiu tenen caràcter abusiu, perquè hi ha una acció de dret comú en virtut [...]

2.5. ASSUMPTE C-869/19¹¹

En aquest cas, la petició que suscita el pronunciament del TJUE s'ha presentat en el context d'un litigi entre L. i Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SA, en els drets dels quals es va subrogar Unicaja Banco SA (d'ara endavant, conjuntament, «entitat bancària»), en relació amb la manca d'examen d'ofici pel jutge d'apel·lació nacional, d'un motiu basat en l'incompliment de la Directiva 93/13.

El 22 de març de 2006 L. i l'entitat bancària van firmar un contracte de préstec amb garantia hipotecària sobre un habitatge unifamiliar. Aquest préstec incloïa una clàusula terra susceptible de ser considerada abusiva (§ 9), la qual entrà en aplicació l'any 2009, quan l'índex Euribor va caure considerablement (§ 10). El gener del 2016 L. va interposar contra aquesta entitat bancària, davant el Jutjat de Primera Instància de Valladolid, una demanda en què sol·licitava la nul·litat d'aquesta clàusula i la restitució de les quantitats percebudes indegudament per la seva aplicació (§ 10). El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda i va declarar abusiva la clàusula per falta de transparència (§ 11).

Contra aquesta resolució, l'entitat bancària va formular un recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial de Valladolid, no per la qüestió relativa a la falta de transparència, sinó per la condemna a pagar les costes, que segons la recurrent no esqueia perquè s'havia estimat parcialment la demanda de L. en primera instància, no pas totalment. L'Audiència Provincial va estimar el recurs i va anul·lar, d'aquesta manera, la condemna a pagar les costes (§ 13).

L. va interposar un recurs de cassació davant el Tribunal Suprem contra la sentència dictada en apel·lació. L. va argumentar que, com que no s'havia acordat d'ofici

11. STJUE (Gran Sala) del 17 de maig de 2022, assumpte C- 869/19, ECLI:EU:C:2022:397.

la restitució íntegra de les quantitats pagades en virtut de la «clàusula suelo», l'Audiència Provincial de Valladolid va infringir, entre d'altres, l'article 1303 del Codi civil espanyol, que regula els efectes restitutoris vinculats a la nul·litat de les obligacions i els contractes, en relació amb l'article 6.1 de la Directiva 93/13, que estableix la no vinculació dels consumidors a les clàusules abusives (§ 14). El Tribunal Suprem afirma que l'Audiència actuà d'acord amb diversos principis del procediment civil espanyol, com els de justícia sol·licitada, de congruència i de prohibició de la *reformatio in peius*, perquè L. no havia interposat cap recurs d'apel·lació contra la sentència dictada en primera instància (§ 15).

Així doncs, com que l'òrgan jurisdiccional remitent (Tribunal Suprem) té dubtes en relació amb la compatibilitat dels principis processals esmentats, establerts en el dret nacional, amb l'article 6.1 de la Directiva 93/13, decideix suspendre el procediment i plantejar davant el TJUE la qüestió prejudicial següent:

L'article 6, apartat 1, de la Directiva 93/13/CEE, s'oposa a l'aplicació dels principis processals de justícia sol·licitada, congruència i prohibició de *reformatio in peius*, que impedeixen al tribunal que coneix del recurs interposat pel banc contra una sentència que va limitar en el temps la restitució de les quantitats indegudament pagades pel consumidor a conseqüència d'una «clàusula terra» declarada nul·la, acordar la restitució íntegra d'aquestes quantitats i empitjorar amb això la posició del recurrent, perquè aquesta limitació no ha estat recorreguda pel consumidor?

3. PRONUNCIAMENTS I ARGUMENTS DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

Els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13, del 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors, estableixen, respectivament, que: 1) les clàusules declarades abusives no vinculen els consumidors i 2) els estats han de vetllar perquè existeixin mitjans adequats i eficaços per tal que cessi l'ús de clàusules abusives. Aquests mitjans han de permetre recórrer als òrgans judicials o administratius competents per tal que determinin si certes clàusules contractuals, redactades amb vista a la seva utilització generalitzada, tenen caràcter abusiu i apliquin els mecanismes adequats i eficaços per tal que cessi el seu ús. Com hem avançat, a continuació analitzarem, a través de la seva jurisprudència més recent, si el TJUE delimita l'extinció i el contingut d'aquest mandat, encaminat a garantir la protecció material dels consumidors davant de l'ús de clàusules abusives per part de les empreses.

3.1. IBERCAJA BANCO, ASSUMPTE C-600/19

En aquest cas, la qüestió que suscita la sentència objecte d'anàlisi és si la interpretació conjunta dels preceptes de la Directiva sobre clàusules abusives s'oposaria a una legislació nacional que no permetés al jutge nacional qüestionar el caràcter abusiu d'una clàusula en un context d'execució hipotecària en què ja ha transcorregut el termini per a presentar una oposició (preclusió) o en el qual el jutge nacional ja ha valorat la potencial condició abusiva però la resolució no conté cap motivació que acrediti l'existència d'aquest examen (cosa jutjada).

El TJUE, en jurisprudència reiterada,¹² ja ha deixat clar que la voluntat de les disposicions contingudes en la Directiva no és altra que reequilibrar les asimetries informatives i de capacitat de negociació inherents a la contractació entre empresaris i consumidors. Així doncs, la necessitat de generar una igualtat real entre contractants que superi la mera igualtat formal assumida en la gènesi paradigmàtica clàssica de la codificació vuitcentista, implica forçosament l'observança d'ofici del clausulat abusiu per part dels tribunals per tal que el desequilibri entre consumidor i empresari sigui esmenat (§ 36 i 37).

En aquest context, el TJUE afirma (§ 39) que, malgrat que l'autonomia processal de la qual disposen els estats membres permet establir en l'ordenament jurídic de cadascun d'ells les mesures que considerin oportunes de cara a complir el mandat establert en l'article 7 de la Directiva, també és cert que aquestes no han de dificultar l'exercici del dret que confereix el dret de la Unió Europea. Així doncs, ¿l'exercici del dret conferit als consumidors mitjançant la directiva esmentada dificulta, en el sentit expressat abans, la preclusió o la cosa jutjada?

De cara a donar una resposta a aquesta qüestió, el TJUE destaca la importància que revesteix el principi de cosa jutjada tant en l'ordenament jurídic de la Unió com en els ordenaments jurídics nacionals (§ 41), i el caràcter no absolut de la protecció del consumidor (§ 42). De fet, com ha reiterat en múltiples ocasions, el dret de la Unió no obliga un tribunal nacional a deixar d'aplicar les normes processals internes que confereixen força de cosa jutjada a una resolució, encara que això permeti solucionar la infracció d'una disposició, sigui quina sigui la seva naturalesa, continguda en la Directiva 93/13¹³ (§ 42).

Malgrat això, el TJUE també es reafirma en el fet que, en absència d'un control eficaç del caràcter potencialment abusiu de les clàusules del contracte, no es pot garantir el respecte dels drets conferits per la Directiva 93/13. Per tant, la regulació realitzada pels estats no pot menyscar el contingut substancial del dret, que aquesta

12. STJUE (Sala Primera) del 26 de gener de 2017, assumpte C-421/14, EU:C:2017:60.

13. Sentències del TJUE del 6 d'octubre de 2009, assumpte C-40/08, EU:C:2009:615, § 37, i del 21 de desembre de 2016, assumptes C-154/15, C-307/15 i C-308/15, EU:C:2016:980, § 68.

disposició confereix als consumidors, a no quedar vinculats per una clàusula considerada abusiva (§ 47).

Així doncs, el Tribunal acaba delimitant l'extinció dels articles 6 i 7 de la Directiva, en relació amb la casuística concreta del cas que genera la controvèrsia, en el sentit següent: la protecció no queda en cap cas garantida si el jutge no indica expressament en la resolució per la qual es despatxa l'execució, algun raonament que acrediti que s'ha fet un control del caràcter abusiu de la clàusula que va donar lloc al procediment. En aquest sentit, com que el consumidor no va ser informat de l'existència d'aquest control ni, almenys succintament, dels motius en què es va basar el Tribunal per a estimar que les clàusules controvertides no tenien caràcter abusiu, no va poder apreciar amb ple coneixement de causa si esqueia interposar un recurs contra aquesta resolució (§ 52).

Per altra banda, si la garantia hipotecària ja ha estat executada, la protecció que l'ordenament jurídic confereix a l'adquirent al qual s'han transmès els drets reals, aliè a la relació jurídica que uneix el creditor professional i el consumidor, impedeix al jutge examinar el caràcter abusiu de la clàusula que pot comportar l'anul·lació dels actes de transmissió de la propietat i qüestionar la seguretat jurídica de la transmissió de la propietat realitzada davant d'un tercer (§ 57). I això no pot impedir, en cap cas, que el consumidor invoqui, en un procediment posterior diferent, el caràcter abusiu de les clàusules del contracte de préstec hipotecari per a poder exercir efectivament i plenament els seus drets en virtut de la Directiva esmentada, a fi d'obtenir la reparació del perjudici econòmic causat per l'aplicació d'aquestes clàusules (§ 58).

3.2. PROJECT I 503 I ALTRES, ASSUMPTES C-693/19 I C-831/19

En aquest cas, el jutge remitent planteja si els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13 s'oposen a una normativa nacional que impedeix al jutge d'execució controlar l'eventual caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte en el qual es fonamenta una sol·licitud de pagament no impugnada pel deutor a causa de la força de cosa jutjada d'aquesta sol·licitud (§ 50). En aquest sentit, el TJUE ha declarat en reiterades ocasions que el jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual inclosa en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13 i, d'aquesta manera, ha d'esmenar el desequilibri existent entre el consumidor i el professional tan aviat com disposi dels elements de fet i de dret necessaris per a fer-ho (§ 53).

El raonament jurídic és força similar al de la sentència analitzada en l'apartat anterior. El TJUE parteix de la idea que la *ratio legis* de la Directiva no és altra que l'establiment d'un marc de protecció eficient que resolgui les problemàtiques associades a la contractació asimètrica. Per tal de generar un equilibri real entre contractants, el jutge nacional ha de reequilibrar el contracte, i això implica que el legislador ha d'incorporar mètodes adequats i eficients per tal d'assegurar que cessi l'ús d'aquest clausulat.

De la mateixa manera, el TJUE afirma que el dret de la Unió no harmonitza els procediments aplicables a l'examen del caràcter suposadament abusiu d'una clàusula contractual i que, per tant, correspon a cada estat membre, en virtut del principi d'autonomia processal, establir aquests procediments en el seu ordenament jurídic intern, a condició, però, que no siguin menys favorables que els que regeixen en situacions similars sotmeses al dret intern (§ 55).

La qüestió en aquest cas és determinar si aquestes disposicions exigeixen que el jutge que coneix de l'execució controli l'eventual caràcter abusiu de les clàusules contractals malgrat les normes processals nacionals que apliquen el principi de cosa jutjada d'una resolució judicial que no esmenta expressament cap examen sobre aquest particular. Com succeïa en el cas anterior, el TJUE recorda la importància del principi de cosa jutjada en l'ordenament jurídic de la Unió Europea, així com el caràcter finit de la protecció dels consumidors. Malgrat això, en cap cas les condicions establertes en els ordenaments jurídics nacionals poden menyscar el contingut substancial del dret a no quedar vinculat per una clàusula considerada abusiva (§ 63).

Això porta el Tribunal a concloure que, com ocorre en els litigis que provoquen les qüestions prejudicials, quan la normativa nacional estableix que, en el procediment d'execució de requeriments de pagament no impugnats, el jutge que coneix de l'execució no pot exercir un control sobre el fons del requeriment de pagament ni pot controlar, d'ofici o a instància del consumidor, el caràcter abusiu de les clàusules contractals sobre les quals es fonamenta aquest requeriment a causa de la força de cosa jutjada implícita adquirida per aquest darrer (§ 64), aquestes disposicions són contràries a la norma continguda en els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13.

3.3. IMPULS LEASING ROMÂNIA, ASSUMPT C-725/19

Mitjançant la qüestió prejudicial que suscita aquesta sentència, el Tribunal es veu obligat a determinar si és conforme al dret europeu una normativa nacional que no permet al jutge que despatxa l'execució apreciar el caràcter abusiu d'una clàusula amb l'argument que aquest control ja es va poder fer en la fase declarativa. De la mateixa manera que en les dues sentències analitzades anteriorment, el TJUE sosté que la raó d'ésser de la Directiva és establir un marc de protecció eficaç per a abordar les problemàtiques relacionades amb la contractació desigual. Així doncs, per a aconseguir un equilibri real entre les parts contractants, el jutge nacional ha de reequilibrar el contracte, la qual cosa implica que el legislador ha d'incorporar a l'ordenament jurídic nacional mètodes adequats i eficaços per a garantir que s'aturi l'ús de les clàusules abusives. El TJUE ja ha confirmat¹⁴ que, en absència d'un control eficaç del caràcter

14. STJUE (Gran Sala) deL 4 de juny de 2020, assumpte C-495/19, EU:C:2020:431.

potencialment abusi de les clàusules del contracte, no pot garantir-se el respecte del dret que la Directiva confereix als consumidors (§ 47). Així doncs, les condicions establertes pels drets nacionals no poden limitar de cap manera el contingut substancial del dret a no quedar vinculat per una clàusula abusiva (§ 48). En aquest sentit, el TJUE determina que una protecció efectiva dels drets que aquesta Directiva confereix als consumidors només es pot garantir en cas que el sistema processal nacional permeti, en el marc del procés monitori o en el del procediment d'execució del requeriment de pagament, un control d'ofici del caràcter potencialment abusi de les clàusules contingudes en el contracte de què es tracti (§ 49).

El TJUE ha considerat que resulta insuficient que el control del caràcter abusi de les clàusules contingudes en el contracte de crèdit hipotecari pugui ser realitzat no pel jutge que coneix de la demanda d'execució, sinó exclusivament pel jutge que resol sobre el fons de l'assumpte i davant del qual s'ha exercitat l'acció de nul·litat de tal clàusula (§ 54). En efecte, en aquest sentit, el TJUE ha declarat que, en cas que el procediment d'execució forçosa es conlogui abans que el jutge que coneix de l'acció declarativa dicti la seva resolució de declaració del caràcter abusi de la clàusula contractual de la qual prové aquesta execució forçosa i, en conseqüència, la nul·litat d'aquest procediment, aleshores aquesta resolució només permetrà garantir al consumidor una protecció *a posteriori* indemnitzatòria, que resultarà incompleta i insuficient i no constituirà un mitjà adequat ni eficaç perquè cessi la utilització d'aquesta mateixa clàusula, contràriament al que estableix l'article 7.1 de la Directiva 93/13 (§ 55).

Seguint aquesta línia de raonament, el TJUE, atès que és del tot versemblant que un deutor en situació d'impagament no disposi dels recursos econòmics necessaris per a constituir la garantia exigida, equipara les costes judicials, en els exemples anteriors d'ineficàcia, amb la garantia dels drets dels consumidors a no quedar vinculats per una clàusula abusiva. Així doncs, les disposicions de la Directiva s'han d'interpretar en el sentit que s'oposen a l'existència d'una normativa nacional que no permeti que el jutge que substanciï l'execució apreciï, d'ofici o a instància del consumidor, el caràcter abusi de les clàusules d'un contracte celebrat entre un consumidor i un professional i constitutiu d'un títol executiu, quan el jutge que conegui de l'acció declarativa només pugui suspendre el procediment d'execució abans de pronunciar-se sobre el fons de l'assumpte mitjançant la constitució d'una fiança d'un import que pot desincentivar el consumidor a exercir aquesta acció i mantenir-la (§ 60).

3.4. UNICAJA BANCO, ASSUMPTTE C-869/19

Seguint la línia de les tres sentències anteriors, el TJUE es veu obligat a determinar si la Directiva 93/13 s'ha d'interpretar en el sentit que s'oposa a una normativa nacional que no permet que el jutge davant del qual es planteja l'execució d'un contracte d'arrendament financer celebrat entre un consumidor i un professional pugui

apreciar, d'ofici o a instància d'una part, el caràcter abusiu de les clàusules del dit contracte amb l'argument que l'encarregat de fer aquest control és el jutge competent per a conèixer de l'acció civil declarativa.

En la seva argumentació el TJUE reitera que: 1) el sistema de protecció que estableix la Directiva 93/13 es basa en la idea que el consumidor es troba en situació d'inferioritat respecte al professional, tant pel que fa a la capacitat de negociació com al nivell d'informació (§ 39); 2) en atenció a aquest fet, preveu que les clàusules abusives no vinculen el consumidor (§ 40), i 3) el jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual sospitosa de poder ser considerada abusiva per tal d'esmenar el possible desequilibri existent entre el consumidor i el professional (§ 41).

Així doncs, els estats tenen l'obligació de preveure mitjans adequats per tal que les empreses deixin d'utilitzar clàusules abusives. Malgrat que la implementació d'aquests en l'ordenament jurídic nacional no es troba en cap cas subjecta a cap procés d'harmonització europeu, el TJUE ha reiterat la necessitat que es respecti, en tot cas, el principi d'efectivitat. És a dir, que els procediments implementats no facin en la pràctica impossible o excessivament difícil l'exercici dels drets que confereix el dret de la Unió (§ 43). La qüestió, en aquest cas concret i en aquest sentit, és si les característiques específiques del sistema jurisdiccional nacional i dels procediments que el configuren constitueixen un factor que afecta la protecció jurídica que tenen garantida els consumidors en virtut de les disposicions de la Directiva (§ 45).

D'aquesta manera, el TJUE es reafirma en la idea que la falta d'un control eficaç del caràcter potencialment abusiu d'una clàusula del contracte equival a incomplir els paràmetres de protecció establerts en la Directiva. Les disposicions nacionals no poden menyscar el contingut substancial del dret a no quedar vinculat per una clàusula abusiva (§ 48). En aquest sentit, només es pot garantir una protecció efectiva dels drets reconeguts als consumidors si el sistema processal nacional permet, en el marc del procés monitori o en el del procediment d'execució del requeriment de pagament, un control d'ofici del caràcter potencialment abusiu de les clàusules contingudes en el contracte de què es tracta; en el mateix sentit, tampoc s'hi val que en el procediment d'execució hipotecària el jutge no pugui examinar el caràcter abusiu de les clàusules dels contractes, ja sigui d'ofici, ja sigui a iniciativa del consumidor (§ 50 i 51).

En el litigi principal que suscita la sentència, la normativa processal no permet, en el marc de l'oposició a l'execució, que el jutge que substancia l'execució controli, d'ofici o a instància del consumidor, el caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte d'arrendament financer constitutiu d'un títol executiu, per raó que aquest control el pot exercir el jutge davant el qual s'ha exercitat l'acció declarativa de dret comú. Així doncs, l'única via de control que resta a disposició del consumidor és sol·licitar la suspensió del procediment en un procés declaratiu separat davant del jutge competent, situació que, per altra banda, implica que el consumidor que sol·licita la suspensió ha de constituir una fiança d'un import calculat en funció de la quantia d'aquest procés declaratiu (§ 57). I, per a aquests casos, la jurisprudència del TJUE és clara quan es

reafirma en el fet que les costes d'una acció judicial no han de dissuadir el consumidor d'acudir al jutge per tal que examini el caràcter potencialment abusiu de les clàusules contractuals.¹⁵

Aquest darrer raonament porta el TJUE a resoldre que la Directiva ha d'interpretar-se en el sentit que s'oposa a una normativa nacional que no permet que el jutge que substancia l'execució, si coneix l'existència d'una oposició a l'execució, apreciï, d'ofici o a instància del consumidor, el caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte subscrit entre un consumidor i un professional i constitutiu d'un títol executiu, quan el jutge que conegui de l'acció declarativa de dret comú només pugui suspendre el procediment d'execució abans de pronunciar-se sobre el fons de l'assumpte mitjançant la constitució d'una fiança d'un import que pot desincentivar el consumidor d'exercir aquesta acció i mantenir-la (§ 60).

15. Vegeu, en aquest sentit, les sentències del TJUE del 14 de juny de 2012, assumpte C-618/10, EU:C:2012:349, § 54; del 18 de febrer de 2016, assumpte C-49/14, EU:C:2016:98, § 52 i § 54, i del 20 de setembre de 2018, assumpte C-448/17, EU:C:2018:745, § 46.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 150/2022, DE 29 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY 34/2020, DE 20 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS URGENTES DE APOYO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DESARROLLADA EN LOCALES DE NEGOCIO ARRENDADOS

Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Socio de Fuentes Lojo Abogados
Profesor de la UOC

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La «segunda ola» de la pandemia de la COVID-19 que atravesó nuestro país motivó que el legislador de Cataluña —región afectada especialmente por este segundo brote— adoptara medidas legales urgentes de apoyo a los negocios perjudicados por las duras medidas gubernativas de suspensión y restricción de actividades económicas impuestas por la Resolución SLT/2546/2020, de 15 de octubre, por la que se adoptan nuevas medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña, y por la Resolución SLT/2700/2020, de 29 de octubre, por la que se prorrogan y se modifican las medidas en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 en el territorio de Cataluña.

A consecuencia de dichas medidas gubernativas de suspensión y restricción de las actividades económicas, los arrendatarios de locales de negocio afectados se enfrentaban a una problemática relacionada con la causa del contrato y que derivaba de la ruptura de la equivalencia de las prestaciones del negocio jurídico en su fase de ejecución como consecuencia de la alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias del contrato, que no tiene tratamiento legal en nuestro derecho contractual. Dicha falta de regulación es, pues, fuente de incertidumbre jurídica y de gran litigiosidad en los tribunales.

Ante esta tesitura, el Govern aprobó un conjunto de medidas legales para dar respuesta a esta acuciante problemática jurídica mediante la publicación del Decreto ley (DL) 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados.¹

La normativa legal aprobada consistió, tal como declara su exposición de motivos, en la regulación de una suerte de cláusula *rebus sic stantibus ad hoc* para dar respuesta a la problemática concreta del perjuicio sufrido por los arrendatarios de locales de negocio y otros usos distintos del de vivienda² a causa de las citadas medidas gubernativas de suspensión y restricción del desarrollo de actividad. En particular, las medidas legales aprobadas consistieron en una distribución legal de los riesgos contractuales derivados de las prohibiciones, suspensiones y restricciones impuestas para evitar la propagación de la pandemia de la COVID-19 respecto del aprovechamiento material de bienes inmuebles arrendados para el uso de actividades industriales y comerciales.

Dicho reparto de riesgos estaba basado en los principios de equidad, de buena fe y de justicia conmutativa y tenía como finalidad tratar de reequilibrar la economía de los contratos impactados por dichas medidas gubernativas en aras de garantizar la conservación de los negocios jurídicos y evitar la destrucción del tejido comercial de Cataluña.

En línea con los textos legales europeos e internacionales más avanzados (art. 6:111 de los Principios de derecho europeo de contratos y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT³ sobre los contratos comerciales internacionales), la regulación legal aprobada consistía en un sistema jerarquizado de remedios legales de la problemática contractual descrita, que imponían el deber legal de las partes de renegociar la economía de los contratos afectados y establecían, al efecto, unos parámetros para ello y un reparto de los riesgos de carácter legal y subsidiario para el caso de que fracasase dicha negociación en aras de evitar la judicialización de la problemática contractual. En última instancia y solamente para aquellos casos en los que la patología del contrato fuera de tal gravedad que ya no fuera posible reequilibrar las prestaciones del contrato porque se había frustrado la finalidad del mismo, se preveía una facultad legal de desistimiento del contrato para el arrendatario sin coste ni penalización alguna.

1. A. FUENTES-LOJO RIUS, «Novedades legales en contratos de arrendamiento de locales de negocio y otros usos en Cataluña», *Revista de Jurisprudencia* (editor: Francis Lefebvre), núm. 5 (noviembre 2020).

2. Usos comerciales e industriales, los primeros de los cuales quedan englobados, tal como reza la exposición de motivos de la norma, en «las actividades culturales, docentes, deportivas y recreativas y servicios que se vean afectados de manera particularmente intensa por esta crisis sanitaria, como los de estética, de hostelería y de restauración».

3. UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado).

La norma legal aprobada establecía el deber legal de renegociar la economía de aquellos contratos que, con motivo de la adopción de las medidas gubernativas de suspensión y restricción de las actividades económicas, hubieran sufrido una ruptura de la base del contrato y debieran ser adaptados para evitar una situación de excesiva onerosidad en perjuicio de la parte arrendataria.

En defecto de acuerdo en el plazo legal de un mes, el arrendatario estaba facultado para exigir una reducción de la renta y de las otras cantidades a su cargo, proporcional a la intensidad de la medida gubernativa de suspensión o restricción de la actividad que padeciera.

Estamos ante una norma de reparto de los riesgos acaecidos en el negocio jurídico en virtud de un suceso de fuerza mayor, similar al reparto de riesgos que prevén el artículo 1575 del Código civil (CC) para el caso de esterilidad de la tierra o pérdida de los frutos de la finca arrendada por sucesos de fuerza mayor, y sus homólogos artículos 44 y 45 de la antigua Ley de arrendamientos rústicos de 1980. Así mismo, parte de la doctrina⁴ venía reclamando que se aprobara una norma de reparto de riesgos en estos casos, si bien con carácter estatal.

Dicha normativa legal se decantó por mantener el contrato a través de su adaptación o modificación para reestablecer el equilibrio contractual y, solo cuando ello no fuera posible, por facultar al arrendatario para desvincularse del mismo sin coste ni penalización alguna. En este sentido y para el caso de que la orden de suspensión de la actividad se prolongara hasta tener más de tres meses de duración —de forma continua o discontinua— en el plazo de un año, el arrendatario estaba facultado para desistir del contrato sin penalización alguna. Esta facultad de desistimiento se reconocía solamente para los supuestos de especial gravedad, esto es, solo en el caso de que se hubiera decretado la suspensión del ejercicio de la actividad en el local arrendado, y no para el caso de restricciones parciales del apartado *b* del artículo 2.1. del DL 34/2020, por muy duraderas que fueran estas últimas.

Reconociendo al arrendatario una facultad de desistimiento extraordinaria, el legislador catalán trató de dar una respuesta a la patología contractual de la frustración de la causa del contrato por alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias del contrato de arrendamiento. En estos casos, la gravedad de la patología era tal que ya no era posible readaptar el negocio jurídico, de modo que la única solución era la extinción del mismo.

En derecho comparado se aprobaron normas similares en esta extraordinaria coyuntura socio-económica de la pandemia de la COVID-19. Por ejemplo, en Portugal

4. M. CUENA CASAS, «Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución», *Hay Derecho* (blog) (Fundación Hay Derecho), 26 de marzo de 2020, <<https://hayderecho.com/2020/03/26/pandemia-por-coronavirus-y-contratos-de-arrendamiento-propuestas-de-solucion/>> (consulta: 15 febrer 2023).

se contempló un derecho legal de desistimiento para los arrendatarios de locales de negocio de centros comerciales para el caso de que no se hubiera alcanzado un acuerdo de readaptación del contrato en el plazo de tres meses.

Tan pronto remitió la crisis sanitaria en nuestro país y por motivos de seguridad jurídica, se derogó esta normativa legal de carácter extraordinario mediante la disposición derogatoria (ap. 12) del DL 5/2022, de 17 de mayo, de medidas urgentes para contribuir a paliar los efectos del conflicto bélico de Ucrania en Cataluña y de actualización de determinadas medidas adoptadas durante la pandemia de la COVID-19.

2. SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 150/2022, DE 29 DE NOVIEMBRE, Y SU VOTO PARTICULAR

La reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 150/2022, de 29 de noviembre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al DL catalán 34/2020, de medidas urgentes para el apoyo de la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados, y declara inconstitucionales y nulas de pleno derecho las letras *a* y *b* del artículo 2.1 de dicha norma.

La arrendataria de un local de negocio solicita judicialmente la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (sentencias del Tribunal Supremo 19/2019, de 15 de enero, 425/2019, de 18 de julio, y 214/2019, de 5 de abril, entre otras) y, con ello, la modulación del contrato, pues una circunstancia como la pandemia de la COVID-19, sobrevenida e imprevisible en el momento de la firma del mismo, lo hace excesivamente oneroso y quiebra el principio de conmutatividad. Rechaza la aplicación del DL 34/2020 que pretende el arrendador, pues lo considera inconstitucional por cuestiones competenciales, ya que la renta es una obligación nuclear de los contratos de arrendamiento y, por lo tanto, competencia exclusiva del Estado, de conformidad con lo declarado por el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya en el Dictamen 4/2019, de 17 de junio, que se pronunció sobre la inadecuación a la Constitución de algunos preceptos legales del DL 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña en el ámbito de la prenda.

Finalizado el juicio y pendiente de sentencia, el juzgado acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados *a* y *b* del artículo 2.1 del DL 34/2020 por posible infracción del artículo 149.1.8 de la Constitución española (CE), que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales, puesto que autorizar al arrendatario a exigir una reducción forzosa de la renta pactada puede incidir en el principio de libertad de fijación de la renta (art. 4.3 de la Ley de arrendamientos urbanos [LAU] y 1255 CC) y en el principio de obligatoriedad del contrato (art. 1091 CC). Y todo ello puede afectar directamente a la organización económica de los contratos suscritos en su ámbito de aplicación; a la

libertad contractual y a la relación entre los contratantes; a la relación de conmutatividad entre prestaciones establecida por las partes al reglamentar su relación; y, en definitiva, a la obligatoriedad del contrato y a las condiciones para hacer efectivos los derechos nacidos del mismo. Todos estos aspectos están incluidos en el concepto de *bases de las obligaciones contractuales* del artículo 149.1.8 CE, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre.

Se trata, por tanto, de determinar el legislador competente, estatal o autonómico, para establecer una regulación que incide directamente en la fijación de la renta en los contratos privados de arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

La Sentencia declara que en este contrato la determinación de la renta está sujeta a la autonomía de la voluntad y al principio de libertad de pactos, en los términos previstos en los artículos 4.3 LAU y, supletoriamente, 1255 CC, lo que forma parte de las bases de las obligaciones contractuales, reservadas en exclusiva al Estado, en virtud del artículo 149.1.8 CE.

Cabe destacar que, sobre la noción de *bases*, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que presenta una doble dimensión: material y formal. Materialmente, lo que ha de considerarse como base o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 132/2019, de 13 de noviembre, fundamento jurídico [FJ] 6, y STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)—, a partir del cual cada comunidad pueda, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su estatuto (STC 197/1996, FJ 5). En cuanto al alcance de la dimensión formal de las bases, el Tribunal de Garantías ha manifestado que su finalidad esencial es excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pudiera oponer como norma básica a las comunidades autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál fuera su rango o estructura (STC 132/2019, STC 80/1988 y STC 227/1988). Por ello, el instrumento para establecerlas es la ley (STC 1/1982, FJ 1). De suerte que la propia ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, debe venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin una dificultad especial, su vocación o pretensión básica. Este Tribunal, es cierto, ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y, por ello, ha estimado que excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas de rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a la que responde la competencia estatal sobre las bases (STC 48/1988, FJ 3). Sin embargo, cabe no olvidar,

en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una dispensa excepcional (STC 223/2000, FJ 6).

En la STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 4b, el Tribunal declara de nuevo que las bases materiales establecen un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales y a partir del cual cada comunidad autónoma pueda, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su estatuto. Esto quiere decir que, dentro de la competencia estatal sobre la contratación entre privados, tienen cobijo las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de este sector (*mutatis mutandis*, STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4), y, por este motivo, la competencia estatal de las «bases de las obligaciones contractuales» del artículo 149.1.8ª CE debe ser entendida como una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí —un límite directo desde la Constitución— a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos.

Pero también es importante señalar, antes de profundizar en el análisis de la adecuación de las disposiciones autonómicas impugnadas a los requisitos materiales y formales de la normativa básica, que en materia de obligaciones contractuales dicha valoración debe realizarse atendiendo rigurosamente al sentido de la noción de *bases de las obligaciones contractuales* que se infiere del artículo 149.1.8 CE. Este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia para establecer los criterios de ordenación general del sector de la contratación privada en aquellos territorios autonómicos que cuenten con legislación propia, pero no le permite regular pormenorizadamente aspectos materiales concretos de estas obligaciones, pues tal regulación menoscabaría las competencias de las comunidades autónomas que tengan un derecho civil foral o especial propio. El Tribunal Constitucional declara que nuestro texto constitucional garantiza tanto la unidad de España como la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que necesariamente obliga a buscar un equilibrio adecuado entre ambos principios, pues la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las comunidades autónomas. Ello otorga a nuestro ordenamiento, además, una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). La unidad a la que se refiere la Constitución no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las comunidades autónomas, suponen necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6), pues la autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir

cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del propio estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 31.1, 38, 139, 149.1.1 y 149.1.13 CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía (STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 2a).

La STC 132/2019, de 13 de noviembre, declara que hay que partir de la existencia de una situación de concurrencia de competencias estatales y autonómicas sobre la legislación civil contractual (art. 149.1.8 CE y 129 EAC). El carácter básico de la normativa estatal determinará que la norma autonómica haya de ajustarse a los límites establecidos por esta regulación, pues si no los respeta vulnerará de modo mediano el artículo 149.1.8 CE. Por ello, para enjuiciar si los preceptos autonómicos impugnados resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias es preciso contrastar si la normativa autonómica es acorde con la legislación básica estatal. Hay que advertir que en materia civil el legislador estatal no ha llevado a cabo una concreción formal de lo que ha de considerarse «bases de las obligaciones contractuales», por lo que, mientras esto suceda, las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal y pueden ejercer su competencia respetando los principios que se deriven de la Constitución y de la legislación existente (STC 1/1982, de 28 de enero; STC 58/1982, de 27 de julio; STC 42/1983, de 20 de mayo, y STC 111/1986, de 30 de septiembre). Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la doctrina de este tribunal, la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades autónomas su desarrollo a través de la consecución de opciones legislativas propias, de modo que la legislación básica no agote completamente la materia (STC 32/1981, de 28 de julio; STC 1/1982, de 28 de enero, y STC 5/1982, de 8 de febrero).

La STC 132/2019, de 13 de noviembre, reitera que el legislador estatal no ha declarado formalmente cuáles son las bases de las obligaciones contractuales, pues estas obligaciones se encuentran reguladas en el Código civil estatal, que es una norma preconstitucional. Por ello, para poder realizar el pertinente análisis competencial es preciso inferir de la regulación del Código civil aquellas obligaciones que materialmente tienen esta naturaleza. En este sentido, puede considerarse como legislación básica en materia de contratos la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (art. 1088-1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y sig. CC), las relativas a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (art. 1254-1280 CC). Deben considerarse los principios materiales que se extraen de estas normas, tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en

relación con los modos de traslación del dominio, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato, o la defensa de los consumidores.

Ha de partirse de la idea de que la necesidad de una mínima regulación uniforme en materia de contratos, pues el contrato es un instrumento jurídico al servicio de la economía, ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (art. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE). Todas estas normas constitucionales persiguen la ordenación general del orden público económico y son reglas esenciales para el orden jurídico global, pues son las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad. De ahí que en materia contractual solo deban considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones interpartes y en la economía interna de los contratos, y debe comprobarse, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico, o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal.

En definitiva, según lo que declara el Tribunal Constitucional, hemos de afirmar que, cuando el artículo 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales, no se le otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar las normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional.

Las bases, por lo tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 132/2019, de 13 de noviembre, y STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y en la medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a la que por su naturaleza jurídica pertenece, y, en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia.

Nótese que nuestro derecho privado es eminentemente dispositivo en garantía de la libertad individual (art. 10.1 CE) y de empresa (art. 38 CE), en la que la institución del contrato encuentra su fundamento. La concreción de todo ello en la materia específica de arrendamientos urbanos, la encontramos en el principio de libre estipulación de la renta del artículo 17.1 LAU, sin perjuicio de las reglas de actualización o modulación que prevén los artículos 18-20 LAU.

Así pues, el principio de libre estipulación de la renta debe considerarse una base de las obligaciones contractuales por cuanto define uno de los elementos estructurales de esta tipología de negocio jurídico. Se trata de un aspecto esencial del régimen

obligacional de los contratos de arrendamiento que debe ser común en todo el territorio nacional, reza la Sentencia.

De esta forma, resulta excluida la competencia del legislador autonómico para incidir en las reglas de determinación de la renta derivadas del contrato de arrendamiento de un local de negocio y procede, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de pleno derecho de los preceptos cuestionados. En este sentido, la STC 37/2022, de 10 de marzo, declara que el Estado es el competente para fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de la vivienda, así como para, en su caso, determinar sus posibles excepciones o modulaciones. Se excluye, por tanto, que cualquier legislador autonómico pueda condicionar o limitar la libertad de las partes para determinar la renta inicial del alquiler de las viviendas. El establecimiento de dicha libertad o, en su caso, su modulación y, en general, la regulación de las reglas para la determinación de la renta, son aspectos esenciales del régimen obligacional de los contratos de arrendamiento de viviendas que, por su condición de bases de las obligaciones contractuales, deben ser comunes y, por lo tanto, establecidas por el Estado. Consecuentemente, la determinación y, en su caso, la modificación de las bases de las obligaciones contractuales corresponden en exclusiva al Estado *ex* artículo 149.1.8 CE y, de ahí, competen a él definir el régimen de la relación arrendaticia urbana, pues se refiere a un derecho del propietario y a una obligación del arrendatario (en similares términos, véase la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 26*b*), y actuar como garante de la unidad de mercado y del orden público económico por el interés público subyacente en la determinación de la renta. Al legislador estatal, en uso del amplio margen de apreciación de que dispone para adoptar disposiciones en materia social y económica (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6), le corresponde pronunciarse sobre la adecuación de las bases del derecho contractual a los principios rectores de la política económica y social y, en particular, al derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada consagrado por el artículo 47 CE, en conexión con la función social de la propiedad privada reconocida por el artículo 33.2 CE, así como introducir, en su caso, las modificaciones oportunas. Todo ello, sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia para desarrollar políticas de protección del derecho a la vivienda.

La Sentencia declara que la circunstancia de que la norma sobre la que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad haya sido derogada no implica, sin embargo, que la cuestión haya perdido su objeto. Debe tenerse en cuenta la doctrina constitucional conforme a la cual, en las cuestiones de inconstitucionalidad, los efectos extintivos sobre el objeto del proceso, como consecuencia de la modificación o derogación de la norma cuestionada, vienen determinados por el hecho de que, tras esa modificación o derogación, dicha norma resulte o no aplicable en el proceso *a quo*, y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en este (STC 22/2019, de 14 de febrero, FJ 2; STC 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2; STC 22/2010, de 27 de abril, FJ 2; STC

73/2014, de 8 de mayo, FJ 2; STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3, y STC 25/2016, de 15 de febrero, FJ 1).

La Sentencia concluye que los preceptos cuestionados vienen a establecer medidas dirigidas a limitar la renta en los contratos de arrendamiento de un local de negocio, por lo que inciden directamente en la prestación que configura la obligación principal del arrendatario y afectan directamente a la estructura obligacional de las relaciones contractuales privadas.

Por lo que respecta a la eficacia de la declaración de nulidad, la Sentencia declara que se mantienen en sus términos los contratos de arrendamiento de un local de negocio a los que resultasen de aplicación los preceptos cuya nulidad se declara, celebrados con anterioridad a esta sentencia, en orden a preservar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la necesidad de procurar la estabilidad en las relaciones contractuales preexistentes. Todo ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de la Administración por el dictado de normas declaradas inconstitucionales.

La Sentencia cuenta con un voto particular que, si bien es favorable al fallo, resulta de gran interés porque desarrolla el concepto de *bases de las obligaciones contractuales*. En este sentido, Xiol Ríos matiza, con su maestría habitual, que una cosa es que la libertad de pactos sea la esencia de cualquier relación contractual y otra muy distinta es que el principio de autonomía de la voluntad pueda ser configurado de modo abstracto como una de las «bases de las obligaciones contractuales» en virtud del artículo 149.1.8 CE. Así, nos recuerda que en la STC 132/2019, de 13 de noviembre, se afirmó que en materia contractual solo deben considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones interpartes y en la economía interna de los contratos. En efecto —afirma el magistrado—, hay que entender que cuando el artículo 149.1.8 CE hace referencia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases de las obligaciones contractuales, está aludiendo al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación, porque la finalidad de la reserva estatal en materia de derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional (STC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6).

Pues bien, trasladada aquella doctrina a la cuestión suscitada en este recurso, Xiol Ríos considera que, aunque es evidente, no está de más aclarar que el principio de la autonomía de la voluntad, sin más, no puede considerarse básico y, por consiguiente, intangible para las comunidades autónomas con derecho civil propio, de modo que cualquier alteración en su aplicación por el legislador autonómico resulte inconstitucional. De ser así, debería afirmarse que el derecho contractual en su conjunto sería materia indisponible para los parlamentos autonómicos, porque su propio fundamento y su esencia precisamente es la libertad de pacto entre los otorgantes.

Nada más lejos de la interpretación que el Tribunal ha hecho de la reserva final contenida en el artículo 149.1.8 CE en materia de obligaciones contractuales.

Este voto particular declara que el recto entendimiento de la norma debe pasar por comprender que lo que vulnera el reparto de competencias previsto en el artículo 149.1.8 CE es el resultado que producen las normas cuestionadas, pues modificando el juego del principio de la autonomía privada mediante la anulación de la libertad de los contratantes para pactar la renta arrendaticia, indefectiblemente provocan la desnaturalización del contrato de arrendamiento urbano y lo hacen irreconocible. En efecto, visto el contrato de arrendamiento en términos económicos, es indudable que permite al arrendatario el goce y disfrute de un bien con el que satisface sus necesidades económicas, sin adquirir la propiedad y, por ello, sin tener que dedicar a ello el precio de mercado que su obtención le significaría, lo que le reduce el coste y le permite destinar los fondos a otros intereses. Por su parte, permite al arrendador obtener un rédito, normalmente fijado de conformidad con los precios de mercado, por la cesión del goce, uso y disfrute del inmueble a un tercero, sin traspaso de la titularidad dominical. Esta renta se actualizará según lo pactado y, en su caso, de conformidad con las fluctuaciones de los niveles de precios y las posibles devaluaciones de la moneda en la que haya sido pactada. Este equilibrio económico del contrato de arrendamiento y su finalidad quiebra desde el momento en que no se permite a las partes fijar convencionalmente el canon arrendaticio, de tal suerte que se alteran la base del negocio y el fin para el que este estaba previsto.

Xiol Ríos se avanza a las pretensiones del legislador catalán en el medio plazo y lo declara incompetente para regular el remedio contractual de la excesiva onerosidad o cláusula *rebus sic stantibus*, anunciado en su día en la disposición final primera del DL 34/2020, en los términos siguientes:

En el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de este Decreto ley, y a propuesta del departamento competente en materia de derecho civil, el Gobierno deberá elaborar y aprobar un proyecto de ley para incorporar en el ordenamiento jurídico catalán la regulación de carácter general necesaria para el restablecimiento del equilibrio contractual en los supuestos de cambio imprevisto de circunstancia.

Este voto particular también se pronuncia sobre la constitucionalidad de una eventual regulación catalana sobre los contratos de arrendamiento, mirando así de reojo al *Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*. Declara que, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, las comunidades autónomas con competencia en materia de derecho contractual pueden legislar sobre el contrato de arrendamiento, pero lo que no entra en su competencia civil es variar su naturaleza, su finalidad, sus elementos

característicos y diferenciales o los principios vertebradores de su regulación, que deben ser idénticos para todos los agentes económicos en el territorio nacional, porque son la garantía estructural de un mercado único y suponen un límite directo desde la Constitución a la diversidad reguladora que pueden introducir los legisladores autonómicos (STC 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 9). Independientemente de la referencia que pueda hacerse a otros títulos que atribuyen competencias básicas al Estado, igualmente entiende que cuando el artículo 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales, no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar las normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional (STC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6, y STC 157/2021, FJ 9).

RECIPROCIAT I DESEQUILIBRI ECONÒMIC EN ELS PACTES EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA MATRIMONIAL (COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 13 DE MAIG DE 2022)

Gemma Rubio Gimeno
Professora agregada de Dret Civil
Universitat de Barcelona

Resum

La regulació dels pactes en previsió d'una ruptura respon a una opció legislativa exigent adreçada a reequilibrar la posició del contractant dèbil en el context d'uns acords la funció econòmica dels quals és, primordialment, protegir la posició econòmica del contractant fort. Sens dubte, aquest posicionament legal limita el desplegament de l'autonomia de la voluntat dels atorgants, sobretot si el contraposem amb el d'altres ordenaments sense cap mena de regulació sobre la qüestió. És ben rellevant, aleshores, la tendència jurisprudencial que vagi sorgint a l'hora d'aplicar els requisits legals i que aquesta no afegixi rigor a la regulació tuitiva, amb restricció definitiva de la llibertat contractual. La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) del 13 de maig de 2022 que es comenta examina, en concret, el requisit de la reciprocitat que han d'observar els pactes de renúncia o limitació de drets, i resol de manera flexible sobre el compliment d'aquest estàndard. Més enllà d'aquesta qüestió, hi ha la de valorar la manera com aquests acords han de passar pel sedàs de les normes de reequilibri negocial de caràcter general, com la que regula l'avantatge injust, en un àmbit en el qual el vincle emocional entre els contractants és un element clarament condicionant de la presa de decisions.

Paraules clau: pactes en previsió d'una ruptura, reciprocitat, renúncia, asimetria contractual, avantatge injust.

RECIPROCIDAD Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS PACTOS
EN PREVISIÓN DE UNA RUPTURA MATRIMONIAL (COMENTARIO
DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CATALUÑA DE 13 DE MAYO DE 2022, RJ 2022/5243)

Resumen

La regulación de los pactos en previsión de una ruptura responde a una opción legislativa exigente dirigida a reequilibrar la posición del contratante débil en el contexto de unos acuerdos cuya función económica es, primordialmente, proteger la posición económica del contratante fuerte. Sin duda, este posicionamiento legal limita el despliegue de la autonomía de la voluntad de los otorgantes, sobre todo si lo contraponemos al de otros ordenamientos sin ningún tipo de regulación sobre la cuestión. Es muy relevante, pues, la tendencia jurisprudencial que vaya surgiendo a la hora de aplicar los requisitos legales y que esta no añada rigor a la regulación tuitiva, con restricción definitiva de la libertad contractual. La STSJC de 13 de mayo de 2022 que se comenta examina, en concreto, el requisito de la reciprocidad que deben observar los pactos de renuncia o limitación de derechos, y resuelve de forma flexible sobre el cumplimiento de dicho estándar. Más allá de esta cuestión, está la de valorar la manera como estos acuerdos tienen que pasar por la criba de las normas de reequilibrio negocial de carácter general, como la que regula la ventaja injusta, en un ámbito en el cual el vínculo emocional entre los contratantes es un elemento claramente condicionante de la toma de decisiones.

Palabras clave: pactos en previsión de una ruptura, reciprocidad, renuncia, asimetría contractual, ventaja injusta.

RECIPROCITY AND ECONOMIC IMBALANCE IN THE MARITAL
AGREEMENTS (COMMENTARY ON THE JUDGMENT
OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE
OF CATALONIA OF 13 MAY 2022, RJ 2022/5243)

Abstract

The regulation of the marital agreements in anticipation of breakup responds to a demanding legislative option aimed at rebalancing the position of the weak contracting party in the context of agreements, whose economic function is, primarily, to protect the economic position of the stronger party. Undoubtedly, this legal position limits the exercise of the autonomy of the parties' will, especially when compared to other legal systems without any regulation on the matter. It is highly relevant therefore, to observe the emerging jurisprudential trend when applying the legal requirements, ensuring that it does not add strictness to the protective regulation, resulting in a definitive restriction of contractual freedom. The commented judgment of the Superior Court of Justice of Catalonia of May 13, 2022, specifically examines the requirement of reciprocity that must be observed in agreements of waiver

or limitations of rights and flexibly resolves compliance with this standard. Beyond this issue, it is necessary to evaluate how these agreements should undergo scrutiny under general contractual rebalancing rules, such as those regulating unfair advantage, in an area where the emotional bond between the parties clearly conditions decision-making.

Keywords: marital agreements, reciprocity, agreements of waiver, contractual asymmetry, unfair advantage.

INTRODUCCIÓ. LA SENTÈNCIA DEL 13 DE MAIG DE 2022 I LA REVISIÓ DE LA VALIDESA DELS ACORDS EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA MATRIMONIAL EN LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

La STSJC del 13 de maig de 2022 (RJ 2022/5243) resol un litigi relatiu a la validesa d'un acord en previsió d'una ruptura, centrat principalment en la revisió de l'acord de renúncia a la compensació per raó de treball *ex* article 232-5 CCCat que van atorgar els cònjuges anys després d'haver contret matrimoni i poc abans de dissoldre'l.

Els fets que originen la controvèrsia són els següents: com a resultat del procediment de divorci contenciós iniciat arran de la demanda presentada per la Sra. L. contra el Sr. J., ambdós cònjuges mantenen postures oposades pel que fa als efectes de la dissolució matrimonial i, en concret, sobre la validesa o la nul·litat del pacte en previsió d'una ruptura conclòs entre les parts el dia 19 de febrer de 2018. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) resol que declara vàlid l'acord que havia estat anul·lat per l'Audiència Provincial de Barcelona.

Les mesures establertes en les diverses instàncies i en cassació van ser:

— La Sentència del Jutjat de Primera Instància del 2 de novembre de 2020 atribueix la guarda exclusiva de les dues filles menors a la mare i un règim de visites i d'estada al pare, atribueix l'ús de l'habitatge familiar a la Sra. L., fixa una pensió d'aliments a càrrec del pare, el Sr. J., en una xifra inicial de 400 € per a cada filla, que s'incrementarà més endavant a 700 € quan el pare deixi de pagar la renda pel lloguer de l'habitatge familiar, atribueix a la Sra. L. una prestació compensatòria de 1.000 € mensuals durant un període de tres anys i desestima la pretensió relativa a la compensació per raó de treball sol·licitada per l'esposa.

— Ambdues parts presenten un recurs d'apel·lació contra la sentència de primera instància i l'Audiència Provincial de Barcelona, en la Sentència del 7 de setembre de 2021, anul·la la sentència apel·lada i resol que estima en part els dos recursos —atès que acull la pretensió del pare que s'acordi la guarda compartida de les filles—, però amb un clar perjudici econòmic per al Sr. J. pel fet que declara nul el pacte en previsió

d'una ruptura, xifra la compensació a càrrec del marit en 87.000 €, eleva a cinc anys la durada de la prestació compensatòria, que manté en 1.000 €, i incrementa així mateix els aliments deguts a les filles, que xifra en 2.000 € mensuals.

— El Sr. J. interposa un recurs de cassació i el TSJC resol que l'estima parcialment i cassa en part la Sentència de l'Audiència, ja que reconeix validesa al pacte en previsió d'una ruptura i, per tant, determina la validesa de la renúncia a la compensació econòmica per raó de treball, fet que incideix en un increment de la prestació compensatòria, que el TSJC xifra en 1.500 € durant un període de cinc anys.

La resolució final del conflicte analitza el requisit imposat legalment sobre la concreció i la reciprocitat dels acords de renúncia a drets no meritats i conclou que aquesta reciprocitat no pot implicar que s'exigeixi a ambdós renunciants un resultat econòmic equivalent.

Amb anterioritat, el TSJC s'havia ocupat puntualment de la validesa i l'eficàcia dels acords en previsió d'una ruptura, sobretot en aplicació de la regulació anterior.

En efecte, si bé les sentències del TSJC 46/2012, del 12 de juliol (RJ 2012, 10025), i 32/2014, del 8 maig (RJ 2014/4197), en què s'aplicava la regulació anterior, que només esmentava la possibilitat de concloure acords d'aquesta mena (art. 15 del Codi de família),¹ ja prenen en consideració els requisits incorporats pel llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat), el mateix s'esdevé en la STSJC del 13 d'abril de 2021, en la qual, malgrat la data recent, s'examina també un acord al qual és d'aplicació la regulació del Codi de família:

— La STSJC 46/2012, del 12 de juliol (RJ 2012, 10025), examina la validesa d'un pacte de renúncia contingut en un document privat que, a més, afecta unilateralment només un dels cònjuges. El Tribunal determina que si bé els acords en previsió d'una ruptura eren vàlids en el context de l'ordenament anterior, aquesta validesa restava condicionada al fet que es continguessin en una escriptura pública capitular, motiu pel qual escau determinar la nul·litat de l'acord i entrar a valorar la procedència dels drets renunciats que són objecte de reclamació.

— La STSJC 32/2014, del 8 maig (RJ 2014/4197), s'ocupa també del requisit de forma i conclou que la mera protocol·lització d'un acord privat no el compleix, atès que mitjançant l'acta de protocol·lització el notari no desplega una activitat d'assessorament, de control de la legalitat i de conformació del contingut negocial, orientada a obtenir la seva eficàcia, que és preceptiva en els acords en previsió d'una ruptura, i distingeix entre l'activitat que es du a terme en l'atorgament d'una escriptura pública

1. Mentre que les sentències del TSJC 32/2008, del 18 de setembre (RJ 2009, 1726), i 34/2010, del 10 setembre (RJ 2011, 2458), també en aplicació del Codi de família, es referien a acords amistosos fora del conveni regulador.

ex article 144 del Reglament del notariat (RN) i la que es du a terme en l'expedició d'una acta de protocol·lització *ex* article 215 RN.² Per aquesta raó, declara la nul·litat de l'acord.

— La STSJC 26/2021, del 13 d'abril (RJ 2021/4203), examina, malgrat la data de la resolució, un acord subscrit sota la vigència del Codi de família i, atesa la data en què es fa valer l'acord, amb posterioritat a l'entrada en vigor del llibre segon del Codi civil de Catalunya, planteja l'aplicació de l'apartat segon de la disposició transitòria segona d'aquesta norma. Finalment, el Tribunal resol que no és rellevant si resulta d'aplicació al cas l'apartat 5 de l'article 231-20 CCCat, ja que, encara que ho fos, en el supòsit no s'aprecia la concurrència d'una variació substancial i imprevisible de les circumstàncies que impedeixi l'eficàcia del pacte de renúncia a la compensació per raó de treball. Així mateix, determina que l'esposa coneixia la situació econòmica del marit i, per tant, la informació disponible va ser suficient i no es pot apreciar la concurrència del vici del consentiment.

Les sentències del TSJC 19/2016, del 31 de març (RJ 2016/3642), i 23/2019, del 18 de març (RJ 2019/2021), examinen acords als quals ja és d'aplicació l'article 231-20 CCCat:

— La Sentència 19/2016, del 31 de març (RJ 2016/3642), examina el compliment del deure d'informació recíproca que imposa l'apartat quart de l'article 231-20 CCCat i, més concretament, si la part perjudicada per l'eficàcia de l'acord no només va disposar d'informació prèvia, sinó, a més, si aquesta va ser suficient a l'hora de pactar el compromís de pagament d'una prestació compensatòria de 2.150 € mensuals. Conclou que, encara que la informació no fos del tot precisa, l'omissió no va ser rellevant atesa la funció de l'acord, que va ser, sobretot, la de convèncer la beneficiària per tal que acceptés el canvi radical de vida i de residència que comportaria la celebració del matrimoni projectat, la qual cosa, es diu, permet relativitzar la importància de la dada

2. «El documento privado que fue unido al acta de protocolización no era una minuta, tal como se la considera, es decir, instrucciones a seguir por el notario, sino un documento privado redactado y firmado por las partes, exclusivamente, que ha sido unido al acta de protocolización, apareciendo la firma del notario, posteriormente. Por tanto, lo solicitado al notario no fue sino la protocolización del documento privado que se entregó y quedó unido, sin que, como señala la representación del Sr. P. J. el notario indagara, interpretara, informara del valor y alcance de su contenido. Y literalmente en dicha acta de protocolización se añade que se trata del contrato por el que las partes suscriben capitulaciones conforme lo que dispone el art. 15 CF, pero sin que pueda deducirse que nos encontramos ante una escritura pública, sino recogiendo un convenio que las partes debatieron y corrigieron (vid. doc. num. 4 bis, unido a f. 50 ss) y luego, sin unidad de acto, entregaron al notario». En canvi, en la STSJC del 31 de març (RJ/2016/3642) que comentarem tot seguit, el notari, que també va protocol·litzar un acord privat, va deixar constància, en l'elevació del document a públic, que abans del seu atorgament s'havia complert amb allò previst en l'art. 231-20 CCCat.

que es diu ignorada i considerar irrellevant el seu coneixement detallat, raó per la qual es considera vàlid l'acord.

— La Sentència 23/2019, del 18 de març (RJ 2019/2021), examina un cas amb component internacional, en el qual es planteja l'eficàcia d'un acord privat regulador de determinats aspectes de la ruptura. El Tribunal enquadra l'acord en el context de ruptura actual de la parella, tal com ja va fer en el cas resolt per la Sentència 13/2016, del 23 de febrer (RJ 2016/3640), i, per tant, conclou que ha adquirit plena eficàcia en no haver-ne desistit en el termini legal per aplicació de l'article 233-5 CCCat.

Tot seguit examinarem breument l'encaix de la STSJC del 13 de maig de 2022 en la previsió normativa imposada pel legislador per a donar entrada al desenvolupament de l'autonomia privada a l'hora d'autoregular els efectes d'una ruptura de parella.

1. L'ASIMETRIA CONTEXTUAL DELS ACORDS EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA I LA REGULACIÓ REEQUILIBRADORA IMPERATIVA

Malgrat la voluntat del legislador de normalitzar la contractació entre cònjuges mitjançant una norma aparentment supèrflua,³ que es diu que només es justifica per raons històriques —l'article 231-11 CCCat diu que «[e]ls cònjuges [...] poden [...] fer entre ells tota mena de negocis jurídics»— i que posa el focus actual en la protecció dels tercers que puguin ésser defraudats per l'acció connivent dels cònjuges —«[e]n cas d'impugnació judicial, correspon als cònjuges la prova del caràcter oneros de la transmissió», continua dient el mateix article—, el cert és que aquesta normalització aparent no es manté en tots els casos. No ho fa quan l'objecte de la contractació és la regulació dels efectes de la ruptura matrimonial. Quan aquesta és la matèria regulada pel pacte, el legislador multiplica la tuïció que prestaria a un contractant qualsevol i aplica una mena de lògica consumidorista que confronta els interessos d'un contractant fort amb els d'un contractant dèbil.

Amb aquesta orientació, el legislador incorpora diverses cauteles que certament limiten, pel seu caràcter imperatiu, el ple desplegament de l'autonomia de la voluntat. Pel que fa a la validesa, demana la seva incorporació en una escriptura pública⁴ i encomana un assessorament especial al notari autoritzant.

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

4. Altres ordenaments civils, com el navarrès (art. 103 de la Llei foral 21/2019, del 4 de abril, de modificació i actualització de la Compilació del dret civil foral de Navarra), opten per la llibertat de forma i

La norma afegeix uns requisits d'eficàcia condicional tant pel que fa al control d'incorporació com al control del contingut dels pactes, i hi afegeix una previsió particular de la clàusula *rebus sic stantibus*:

— Pel que fa als primers, la norma exigeix que el consentiment que es presti sigui conscient i informat, i és per això, i a fi de reequilibrar l'asimetria negocial que aquest tipus de pactes solen plantejar, que demana una activitat informativa doble: la del notari, que informará separatament cada cònjuge dels drets que els atorgants tindrien si no hi hagués pacte, i la de cada cònjuge, que informaran l'un a l'altre de la seva situació econòmica actual i previsible (art. 231-20.2 i 4 CCCat), practicant una mena d'auditoria que només serà decisiva si l'acord l'eficàcia del qual es discuteix en un futur, té relació amb la informació omesa o inexacta; en definitiva, amb la rellevància de la informació.

— Pel que fa als segons, la norma admet la validesa dels pactes de renúncia o de limitació de drets, però exigeix que la renúncia recaigui sobre uns drets concrets i, per tant, que no sigui genèrica i tingui caràcter recíproc (art. 231-20.3 CCCat).

Com hem dit, tots aquests elements s'adrecen a garantir la formació adequada del consentiment negocial, partint d'una potencial asimetria econòmica entre els atorgants que el compliment de la norma vol reequilibrar. En aquest sentit, l'actuació del notari, orientada sempre a comprovar que la voluntat dels intervinents ha estat formada lliurement (art. 17.bis.2a de la Llei del notariat), es veu reforçada per l'exigència d'un assessorament separat de cada part.

Finalment, la norma incorpora una particular concreció flexibilitzada de la clàusula *rebus sic stantibus* que en el cas examinat no resultava d'aplicació.

Malgrat que la previsió normativa densa pretengui reequilibrar els acords relatius a una ruptura hipotètica, el cert és que la funció econòmica dels acords és protegir la posició econòmica d'un dels atorgants dels efectes adversos d'una ruptura matrimonial, i, per tant, la revisió judicial dels pactes en previsió d'una ruptura s'ha d'orientar, tendencialment, a llur eficàcia.

per una regulació molt més succinta, que en el cas de l'ordenament civil estatal és una omisió total suplerta jurisprudencialment a partir de l'aplicació dels articles 1255, 1323 i 1325 del Codi civil espanyol (CC). Sentències recents del Tribunal Suprem, com la 904/2023, del 6 de juny (JUR 2023/246412), la 362/2023, del 13 de març (RJ 2023/1566), la 428/2022, del 30 de maig (RJ 2022/2830), la 315/2022, del 20 d'abril (RJ 2022/2095), la 130/2022, del 21 de febrer (RJ 2022/1043), o la 59/2022, del 31 de gener (RJ 2022/622), han admès àmpliament la validesa i l'eficàcia dels pactes sobre la ruptura matrimonial, actual o futura, àdhuc sense requisits formals especials ni terminis de reflexió en els acords avantnupcials. En canvi, l'ordenament civil basc sí que demana forma pública, si bé planteja una regulació més permissiva (art. 4 de la Llei 7/2015, del 30 de juny, de relacions familiars en supòsits de separació o ruptura dels progenitors).

1.1. EN CONCRET, EL REQUISIT DE LA RECIPROCIATAT EN ELS ACORDS DE LIMITACIÓ O EXCLUSIÓ DE DRETS

La norma exigeix que «els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia» (art. 231-20.3 CCCat).

La norma afegeix, doncs, prevencions especials per a aquests tipus d'acords, que, d'altra banda, són els més habituals a la pràctica. Rara vegada la motivació contractual es relaciona amb l'ampliació o l'extensió dels drets legalment reconeguts, tot i que sí que sovintegen els pactes de fixació quantitativa de determinades prestacions; per exemple, de la prestació compensatòria desconnectada, en realitat, dels seus pressupòsits legals i dels elements que el legislador ha tingut en compte per a determinar-ne l'import.

Per als acords de limitació o renúncia, el legislador limita el contingut disponible —no seran eficaços els acords que no es continguin en un conveni regulador si en el moment que hagin de tenir eficàcia comprometen la subsistència d'un dels cònjuges, arg. ex art. 233-16 o 233-21.3 CCCat— i estableix regles d'incorporació per a excloure els pactes que puguin resultar abusius. El control de lesivitat, que resta exclòs del conveni regulador tret d'allò que afecti els fills menors (art. 233-3 CCCat),⁵ s'encomana al notari pel que fa a la incorporació dels acords de renúncia o limitació de drets en previsió d'una ruptura, justament a partir de l'exigència que es recullin mitjançant clàusules que respectin la reciprocitat i, per tant, un equilibri just de les prestacions. Per a la resta d'acords, no cal observar aquesta reciprocitat i, per tant, la previsió legal permet el pacte pel qual s'atribueixi una determinada quantitat només a un dels cònjuges, un cop complertes, per exemple, certes condicions com el temps de convivència o la dedicació més o menys intensa a la cura dels fins comuns, si bé aquest

5. La norma catalana s'ha confrontat amb l'homòloga estatal continguda en l'art. 90.2 CC, que imposa al jutge la denegació de l'aprovació dels acords continguts en un conveni regulador que perjudiquin greument els interessos d'algun dels cònjuges. Això no obstant, alguna doctrina ha considerat que, en aplicació de l'art. 90 CC, tampoc no és possible bloquejar l'aprovació d'acords atorgats per contractants sense limitacions en llur capacitat de contractar. Es conclou que la no aprovació només escau quan un acord de contingut patrimonial atorgat entre els cònjuges sigui susceptible de perjudicar els interessos dels fills menors, sense que en altres casos escaigui el control econòmic que sembla resultar de la norma; en definitiva, aquests acords econòmics no requereixen aprovació judicial i vinculen els cònjuges per la força obligatòria de qualsevol contracte. Vegeu Magdalena TORRERO MUÑOZ, «Cuestiones generales de torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio», a Juan Manuel LLOPIS GINER (coord.), *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 31, i també Iciar CORDERO CUTILLAS, *El convenio regulador en las crisis matrimoniales (estudio jurisprudencial)*, Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 82 i seg. A la mateixa conclusió ha arribat en diverses sentències el Tribunal Suprem: STS núm. 656/2003, del 30 de juny (RJ 2003/5751), o STS 16/2002, del 15 de febrer (RJ 2002/1619).

acord no pot incorporar o dur implícita la renúncia a drets per una quantia superior sense una formulació que respecti la reciprocitat entre els contractants. D'altra banda, la norma no limita els pactes de prestacions asimètriques en virtut dels quals s'imposi el pagament d'una determinada quantitat o l'atribució d'un bé concret complint la funció d'una clàusula penal en cas d'esdevenir-se determinades circumstàncies (infidelitat, ruptura, canvi de residència familiar, etc.) i que es pot plantejar en relació amb qualsevol prestació personal que no resulti jurídicament exigible i respecte de la qual els cònjuges pretenguin elevar el seu rang d'exigibilitat a partir de convertir-la en una prestació contractual; en aquests acords, tanmateix, el que caldrà valorar és si respecten l'ordre públic constitucional.⁶

1.2. LA NOCIÓ DE RECIPROCIAT EN EL CONTEXT FAMILIAR

La reciprocitat troba expressions diverses en l'àmbit familiar i, fins i tot, s'ha relacionat de manera crítica amb institucions pretesament basades en la solidaritat intergeneracional, com ara la llegítima.⁷

6. La doctrina ha estat poc favorable a aplicar remeis propis del dret de danys a supòsits que cauen en l'esfera de les relacions conjugals, ja que ha considerat que potser hi ha espais d'immunitat en relació amb els danys causats en l'entorn familiar. Vegeu Josep FERRER RIBA, «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, any 2001, núm. 4, p. 3 i seg. Per la seva banda, Roberto PÉREZ GALLEGÓ, «“Nuevos daños” en el ámbito del derecho de familia», *Revista de Derecho Civil*, vol 2, núm. 3 (juliol-setembre 2015), p. 142 i seg., posa en relleu l'abandonament progressiu dels criteris d'immunitat. En tot cas, davant un entorn jurídic incert, poden tenir sentit clàusules com la descrita.

7. Antoni VAQUER ALOY, «Acerca del fundamento de la legítima», *InDret*, any 2017, núm. 4, p. 7, es mostra crític amb la idea sovint reiterada que la llegítima troba el seu fonament en l'esmentada solidaritat intergeneracional precisament a partir de relacionar aquesta noció amb la idea de reciprocitat: «Intuitivamente, puede conceptuarse como el apoyo mutuo entre personas que pertenecen a diversas generaciones, en el caso de la legítima dentro de una misma familia. La solidaridad lleva implícita la idea de reciprocidad». Idea que l'autor posa en qüestió pel fet que la regulació de les causes de desheretament no respon a un principi de tracte recíproc: l'abandonament del fill és causa de desheretament, i no ho és, en canvi, la desatenció del progenitor. Segons el seu punt de vista, la llegítima, tal com es troba regulada en l'actualitat, no respon a una idea de solidaritat de caràcter recíproc, sinó sovint, en la majoria de regulacions, a una estricta relació de parentiu:

Si a lo único que atiende la legítima es al interés familiar, de modo que su fundamento es la condición de pariente con derecho a legítima, y, más en concreto, la legítima representa un deber del causante para con sus legitimarios, la consecuencia que debe extraerse es que procede interpretar las normas aplicables en beneficio de los legitimarios. En los sistemas legitimarios sin desheredación o con causales muy estrictas, el legislador otorga primacía al legitimario. Sólo las ofensas más graves, las constitutivas de indignidad sucesoria, o acompañadas de alguna específica de gravedad remarcada, permiten la privación de la legítima [...]. Esta construcción pone de relieve que la legítima es un derecho del legitimario ajeno a toda idea de solidaridad o

De fet, la mateixa identificació de la institució matrimonial ha transitat en l'actualitat cap a una «conjugalitat cooperativa»⁸ que es manifesta en el terreny afectiu (la comunitat de vida que l'art. 231-1 CCCat defineix com un efecte del matrimoni), però també en el material i patrimonial («el socors mutu» com a deure conjugal *ex art.* 231-1 CCCat; «la informació recíproca» sobre les despeses familiars *ex art.* 231-7 CCCat o sobre la situació patrimonial, i les expectatives econòmiques *ex art.* 231-20 CCCat, i també en aquest darrer precepte, que serà objecte d'estudi en aquest treball, la reciprocitat en la limitació o la renúncia anticipada de drets derivats de la ruptura o en el deure d'aliments *ex art.* 237-2.1 CCCat); aquesta reciprocitat parteix del principi d'igualtat en la definició de les posicions respectives i dels drets que es reconeixen a cada cònjuge, tal com es palesa en acumular l'exigència de reciprocitat i d'igualtat en els pactes de reducció o ampliació del pacte de participació en els guanys de l'altre cònjuge *ex article* 232-15.1 CCCat, tot entenent que la menció de la igualtat de la participació d'ambdós cònjuges pot resultar fins i tot supèrflua respecte al requisit de la reciprocitat: si el pacte pel qual s'atribueix una participació diferent de la meitat només és vàlid si és recíproc, aquesta reciprocitat proposa un intercanvi perfecte que implicarà necessàriament la igualtat en l'abast de la participació respectiva. Ara bé, igualtat i reciprocitat no són termes exactament equivalents i és per això que l'article 232-15.1 CCCat acumula ambdues exigències. L'intercanvi perfecte que exigeix aquest precepte no és preceptiu en l'article 231-20 CCCat i, de fet, rarament concorre, atès el context naturalment asimètric en el qual aquest tipus de pacte desplega la seva funció econòmica principal: protegir el cònjuge econòmicament fort i, més concretament, la seva riquesa.⁹

de reciprocidad para con el causante, luego únicamente éste tiene un deber jurídico, pues otros deberes carecen de trascendencia para el derecho y, como mucho, quedan circunscritos al campo de la moral o la ética.

Es conclou que la reciprocitat, inherent a la idea de solidaritat, s'ha de manifestar amb una ponderació dels actes del causant i dels legitimaris, i en aquesta lògica la conducta del legitimari és jurídicament rellevant:

Los ordenamientos jurídicos que contienen causas de desheredación ligadas al abandono material y afectivo, como el CCCat, el CC en la interpretación ya referenciada que ha otorgado el Tribunal Supremo al art. 853.2º, o los CC de la República Checa, Perú y Brasil, por citar algunos ejemplos, apuntan a esta orientación más inspirada en la solidaridad intergeneracional.

En definitiva, la solidaritat intergeneracional només ho és si té caràcter recíproc: «En particular, si el fundamento se centra en la solidaridad intergeneracional y esta se concibe como recíproca, los sucesores pueden hallar un estímulo para cuidar en su vejez al causante».

8. María del Pilar VILELLA LLOP, *Hacia un nuevo modelo de derecho de familia: Análisis de las figuras y herramientas emergentes*, Madrid, Dykinson, p. 93 i seg.

9. Laura ALLUEVA AZNAR, «Gènere i dret de família: una lectura dels pactes en previsió d'una rup-

Concretament, el pacte que la resolució examinava s'expressava de la manera següent: «Los cónyuges, para el supuesto de ruptura matrimonial, renuncian a cualquier reclamación mutua por este concepto según lo dispuesto en el artículo 232-7 del Codi civil de Catalunya».¹⁰ La renúncia és ben precisa i concreta i, pel que fa a la reciprocitat d'allò pactat, la valoració rau a determinar si el compliment del requisit ha de tenir un reflex material quant a l'eficàcia de l'acord. El TSJC entén que no i conclou que la reciprocitat comporta el següent:

[...] [cap dels cònjuges contractants] imposi a l'altre renúncies o limitacions de drets que no estigui en condicions d'assumir i acceptar si es trobés en la mateixa situació. No implica que l'entitat o rerefons material d'allò que es limita o renuncia hagi de ser quantitativament la mateixa o semblant. Tampoc no es pot tenir en compte aquest supòsit en el resultat final. Entendre el contrari suposaria que només serien eficaços aquests pactes quan la fortuna, ingressos o expectatives econòmiques d'un o un altre cònjuge fossin equivalents en l'origen i en el moment de la ruptura. No ho estableix així el legislador el qual ja cuida, segons abans hem exposat, que no es produeixin com a conseqüència d'aquesta classe de pactes situacions que comprometin la subsistència d'un dels cònjuges.

Respecte al pacte de renúncia a la compensació econòmica per raó de treball, cal tenir en compte, a més, que la seva conclusió comporta la submissió a un règim econòmic estricte de separació de béns i, per tant, no suposa una alteració radical de les relacions econòmiques per les quals es regeix l'economia matrimonial.¹¹

tura matrimonial a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16 (2016), p. 102.

10. Advertim la diferència entre aquest redactat i el de la clàusula examinada per la STSJC 46/2012, del 12 juliol (RJ 2012/10025), en què només l'esposa «renuncia en forma expresa e irrevocable a cualquier derecho que pudiese llegar a corresponderle respecto de los bienes inmuebles (incluyendo la vivienda habitual) o muebles (maquinaria, equipo, cuentas bancarias, acciones, etcétera), en cualquier país», si bé no va caldre resoldre l'al·legació plantejada relativa a la manca de reciprocitat de l'acord perquè es va declarar nul·la per un defecte de forma.

11. En aquest sentit, Albert LAMARCA MARQUÈS, «Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball. Comentari a la STSJC de 21.10.2002», *InDret*, any 2003, núm. 4, p. 8 i seg., respecte a la regulació anterior, que no considerava expressament la renúncia, plantejava que la irrenunciabilitat anticipada a la compensació econòmica per raó de treball només es podria plantejar si aquest dret es vinculés amb l'ordre públic matrimonial, però segons l'autor aquesta vinculació no té cap fonament legal. Això no obstant, introduïa la qüestió relativa a una eventual acció subsidiària en cas de renúncia: «Una qüestió ben diferent seria que, tot i l'exclusió en capítols de la compensació econòmica o el pacte de separació absoluta de béns, es pogués arribar igualment a l'efecte de la compensació per l'acció ordinària d'enriquiment injustificat». El fet que el legislador del 2010 decidís allunyar la compensació de tota caracterització com a remei substitutori d'un enriquiment injustificat i la focalitzés únicament «en el desequilibri que produeix entre les economies dels cònjuges el fet que un faci un tasca que no genera exce-

1.3. EL PACTE RECÍPROC EN EL CONTEXT D'UNA NEGOCIACIÓ ASIMÈTRICA: EL MIRATGE DE LA RECIPROCIATAT MATERIAL

Hem indicat que el requisit de la reciprocitat es relaciona amb l'exigència d'un equilibri contractual, però aquest equilibri té una expressió sobretot formal i no demana un resultat econòmic equitatiu i, encara menys, parell.¹² En aquest sentit, si, complerts els pressupòsits de la compensació per raó de treball, amb una dedicació plena a la família *ex* article 232-5 CCCat, o essent previsible que, pel context familiar, es compleixin aquells pressupòsits, amb perjudici provat de les oportunitats professionals de qui ha mantingut aquella dedicació o l'hagi de mantenir i amb existència d'una desigualtat patrimonial palesa que molt probablement farà sorgir el crèdit per la quarta domèstica (art. 232-5.4 CCCat), s'assoleix un pacte de renúncia a la compensació *ex* article 232-7 CCCat que compleix les previsions de l'article 231-20 CCCat, és evident que l'eficàcia de l'acord comportarà un resultat econòmic que perjudicarà només un dels contractants. Assolit aquest acord, la presa posterior de decisions dels contractants ha de ser conseqüent i aquesta actuació conseqüent ha de ser l'única via per a equilibrar econòmicament l'acord conclòs; si l'acord és posterior a la dedicació mantinguda, estarem parlant, més que d'una renúncia eventual, d'una renúncia actual. Aquest és el cas que resol la sentència comentada: l'acord de renúncia a la compensació es conclou l'any 2018 i, per bé que en aquell moment no se sabia que la unió matrimonial finalment entraria en crisi definitiva només un any després, afecta un dret que en bona part ja s'havia meritat, atès que el matrimoni es va celebrar l'any 1998 i que en el moment de l'acord els cònjuges contractants tenien dues filles la criança de les quals ja s'havia dut a terme en gran mesura —segons la Sentència, la més petita tenia prop de deu anys en el moment de la ruptura—. L'any 2016 l'espòs va adquirir en titularitat exclusiva un immoble que s'havia de destinar, després de les reformes corresponents, a habitatge familiar, fet que no es va arribar a esdevenir. Es pot considerar, per tant, que, en el marc d'aquest matrimoni, la comunicació patrimonial era mins, i aquesta

dents acumulables i l'altre en faci una altra que sí que en genera» (ap. IIIc del preàmbul de la Llei 25/2010, del 29 de juliol), podria, potser, donar recorregut a aquesta possibilitat. No obstant això, malgrat que la norma obviï la relació de causalitat entre la dedicació domèstica i l'increment patrimonial del cònjuge deutor i malgrat que s'obviï, així mateix i intencionadament, l'al·lusió a l'enriquiment injustificat que s'esdevé, el cert és que el que ha succeït legalment és només que aquest enriquiment s'ha objectivitzat i, per tant, continua sent el fonament últim de la compensació. Vegeu M. Esperança GINEBRA MOLINS, «Compensació per raó de treball en cas d'extinció del règim per mort», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família: Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2013, p. 408 i seg.

12. Laura ALLUEVA AZNAR, «Els requisits per a la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial (comentari a la STSJ de Catalunya de 12.7.2012)», *InDret*, any 2013, núm. 1, p. 10, es refereix a una «equivalència o igualtat qualitativa i quantitativa en la fixació dels criteris o regles de la participació en els rendiments obtinguts per l'altre».

era una dada que ja coneixia l'esposa a l'hora de consentir l'acord abdicatiu. Alhora, també es pot concloure que de manera només formal es va complir el requisit de la reciprocitat de l'acord, atès que en el moment de concloure'l era una realitat contrastable quin dels dos contractants estava en disposició de reclamar la compensació i quin no ho estava i, en definitiva, qui renunciava al dret i qui no ho feia, la qual cosa feia migrar la causa de l'acord d'onerosa a liberal.¹³

I.4. L'EQUILIBRI NEGOCIAL ENTRE ELS DIVERSOS PACTES CONTINGUTS EN UN MATEIX ACORD EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA COM A EXPRESSIÓ DE RECIPROCIAT

Una altra de les qüestions que es planteja és la relativa a l'eventual ineficàcia *per relationem* de la renúncia a la compensació, atès que la clàusula que afecta l'atribució de l'ús de l'habitatge no pot desplegar efectes. Tot i que el legislador no ha previst, en matèria de regulació general del contracte,¹⁴ l'eventualitat d'una ineficàcia parcial, aquesta és considerada puntualment pel legislador (art. 422-5,¹⁵

13. Ja ens vam referir a aquesta eventualitat a Gemma RUBIO GIMENO, «La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos en previsión de ruptura», a Àngel SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Nuevas perspectivas insprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021, p. 160, nota 26:

En el caso descrito, aún cuando ambos cónyuges renuncien en términos jurídicos a la compensación por razón de trabajo, materialmente solo estará renunciando uno de ellos y por tanto, la reciprocidad, como comportamiento contractual correspondiente o como estructura presente en un acuerdo oneroso, será solo formal. En definitiva, se tratará de una renuncia unilateral, y, por tanto, sin reciprocidad posible debido a su carácter finalmente liberal.

14. Previsió que sí que contenen altres ordenaments, com l'alemany (§ 139 BGB) o l'italià (art. 1419 Codi civil).

15. Miriam ANDERSON, «Comentari a l'art. 422-5 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 284 i seg., es refereix a la interconnexió de clàusules, que en el cas del testament té més implicacions atesa la necessitat de la institució d'hereu i el fet que la institució vàlida d'hereu mena cap a la preservació de l'eficàcia del testament malgrat la nul·litat o ineficàcia de les altres clàusules. L'autora conclou:

Per tant, les excepcions a la regla general de la nul·litat parcial serien dues: la vinculació de tot el contingut testamentari, inclosa la institució d'hereu, a una determinada disposició nul·la, i la nul·litat de l'única institució d'hereu, que comportaria, si s'accepta la tesi aquí mantinguda, la de tot el testament, amb possible conversió en codicil. La primera d'aquestes excepcions serà infreqüent a la pràctica, si tenim en compte que el contingut del testament pot ser molt variat, estenent-se també a qüestions no patrimonials.

621-47¹⁶ i 621-40 a 621-42 CCCat, i 83 del Reial decret llei [RDL] 1/2007, del 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries) i és admesa per la jurisprudència a partir del principi de conservació del negoci jurídic i d'una valoració de la conservació de l'equilibri negocial resultant,¹⁷ que requereix que es compleixin dos requisits: el primer és que la causa de nul·litat o d'ineficàcia no pot transcendir la totalitat de l'acte i el segon, que consti en l'acord o se'n pugui desprendre la voluntat que l'acte s'hauria fet igualment sense la part nul·la o ineficaç.

Cal tenir en compte que tant els capítols matrimonials com les escriptures públiques que contenen pactes en previsió d'una ruptura, i també la resta d'acords sobre la ruptura actual, com ara pactes amistosos o un conveni regulador, solen tenir un contingut plural¹⁸ amb estipulacions que tenen un encaix recíproc, fet que fins i tot ha conduït a admetre atribucions que formalment serien considerades donacions, com a atribucions efectivament oneroses.¹⁹

Aquests condicionants no concorren en el supòsit que nosaltres examinem, atès que no hi ha un contingut essencial en els pactes en previsió d'una ruptura.

16. ROSA BARCELÓ COMPTE, *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 183 i seg., assenyala, però, que, respecte d'aquest supòsit, la possible adaptació del contracte no es justifica tant pel principi de conservació del contracte, sinó que s'ha de relacionar amb la validesa inicial d'un contracte conclòs per contractants amb plena capacitat d'obrar.

17. Vegeu la STS 485/2000, del 16 de maig (RJ 2000/5082), o la STS núm. 861/2006, del 25 de setembre (RJ 2006/6577); en canvi, la STS 485/2000, del 16 de maig (RJ 2000/5082), no l'admet perquè considera que l'equilibri esmentat resta alterat arran de la nul·litat d'una clàusula, motiu pel qual cal declarar nul tot el contracte. Els treballs acadèmics destinats a l'harmonització o la modernització del dret contractual també s'hi han referit: per exemple, l'art. 1309 de la Proposta de modernització del Codi civil espanyol del 2009, l'art. 527-2 de la Proposta de Codi civil de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) del 2018 o l'art. II-7:213 del Projecte de marc comú de referència (DCFR, de l'anglès Draft Common Frame of Reference) en relació amb el principi de conservació del contracte expressat en el principi 28 del DCFR i el 0:204 dels *Principes directeurs*. Cfr. Pedro del Pozo CARRASCOSA et al., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 391 i seg.

18. Sobre els capítols matrimonials com a instrument plurinegocial, vegeu María del Carmen BAYO LÓPEZ, «Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 60, núm. 3 (2007), p. 1118, nota 15.

19. En relació amb el conveni regulador, la STS 438/2014, del 18 de juliol (RJ 2014/4540), reconeix validesa al compromís de donació, al fill del matrimoni, de la nova propietat d'un immoble constituït de l'habitatge familiar, contingut en el conveni regulador de separació homologat judicialment, atès que considera que aquesta atribució no obeeix a una causa gratuïta, sinó que s'insereix en un negoci jurídic familiar oneros de major contingut obligacional recíproc. Sobre la inadmissibilitat dels pactes de promesa d'una donació futura, vegeu Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Perspectiva notarial sobre los pactos en previsión de ruptura conyugal», a *Quaranta anys d'evolució del dret català a les Jornades de Tossa: Jornades de Dret Català a Tossa. Premi Puig Salellas, 2021*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 226, que recull la contribució de l'autor a les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa (2013).

En el cas examinat, aquesta ineficàcia *per relationem* exigia una tasca de comprovació de l'equilibri jurídic de l'acord²⁰ i, mentre que l'Audiència Provincial va considerar que aquest no es mantenia si es posaven en relació la clàusula sobre la compensació amb la relativa a l'atribució de l'habitatge, el TSJC conclou que la clàusula sobre atribució de l'habitatge ja incorporava la previsió que l'ús inicialment previst no fos viable i se substituís per una prestació pecuniària, amb la qual cosa se salvava l'equilibri contractual.

2. LA RELACIÓ AFECTIVA ENTRE ELS ATORGANTS COM A ELEMENT DE DEBILITAT CONTRACTUAL: MÉS ENLLÀ DE LES CAUTELES *AD HOC*

Una dada que apareix en la Sentència 26/2022 té a veure amb un fet que pertany a la intimitat de la parella i per aquest motiu el TSJC aprecia que no s'ha de prendre en consideració: l'esposa va ser infidel al marit poc abans de subscriure l'acord la validesa del qual es qüestiona.

Desconeixem el plantejament efectuat en la instància per l'esposa, però potser l'acord, conclòs el dia 19 de febrer de 2018, iniciada recentment la vigència del llibre sisè del Codi civil de Catalunya —l'1 de gener de 2018—, permetia explorar no només el compliment dels requisits legals dels pactes en previsió d'una ruptura, sinó també la concurrència d'un supòsit d'avantatge injust. No sembla que aquesta qüestió s'hagués plantejat, atès que en cassació no s'analitza, però discrepem de la lleugeresa amb la qual el Tribunal tracta les motivacions eventuais de l'esposa a l'hora de signar l'acord, que, segons s'afirma, són intrascendents per al dret. Compartiríem l'argument si el referíssim en general a la rellevància de les motivacions a l'hora de contractar, qüestió que només és al·legable quan la norma ho preveu expressament —per exemple, en

20. Àngel SERRANO DE NICOLÁS, «Distinciones conceptuales y la nueva jurisprudencia, en el negocio jurídico y el pacto marciano», a Àngel SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Nuevas perspectivas insprivatistas*, p. 35, assenyalava que, enfront dels postulats liberals dels primers codis civils que tot allò pactat contractualment és just per definició, actualment es pot dir, sobretot en el marc de les relacions de consum, que només és just i admissible si el contracte està equilibrat no tant econòmicament com jurídicament, i connecta aquest equilibri amb la causa del contracte:

[...] cuando no se encuentra texto positivo que así lo proclame expresamente (el equilibrio jurídico), puede deducirse también de la aplicación del principio de la buena fe o incluso considerarse como una de las manifestaciones del abuso de derecho por razón de la «dependencia económica» [...]. La causa sirve no ya solo para controlar la licitud o viabilidad para alcanzar el fin práctico que se propongan las partes al contratar.

l'article 422-2 CCCat—, i no en la resta de casos, però no es pot excloure, i menys en un entorn familiar o de confiança, que determinats elements vinculats amb la intimitat d'aquell entorn hagin pogut interferir en la formació de la voluntat negocial o hagin propiciat una contractació abusiva.

En aquest sentit i curiosament, el legislador no és del tot coherent a l'hora de prendre en consideració l'impacte de les relacions afectives en la llibertat amb la qual es presta el consentiment. Podríem pensar que la relació afectiva interfereix, en abstracte, en la presa de decisions, que no són tan objectives ni basades en la maximització del propi interès, i sí més orientades a donar cabuda als interessos i les expectatives de l'altre contractant amb qui es manté una relació actual projectada indefinidament cap al futur. Això no obstant, l'any 2008 el legislador va partir del plantejament contrari a l'hora de restringir la legitimació per a atorgar pactes successoris només a persones que tinguessin determinats lligams, i ho va fer des de la perspectiva oposada, tot al·ludint al «major risc dels contractes successoris entre no-familiars» (exposició de motius del llibre quart CCCat, ap. iv). La doctrina ha qüestionat l'encert de l'argument,²¹ que, d'altra banda, no té correspondència amb altres expressions legals, com la continguda respecte a la idoneïtat dels testimonis *ex* article 421-11.2d CCCat, que justament allunya la relació familiar, en aquest cas no amb l'atorgant, sinó amb l'afavorit, de la neutralitat requerida per a l'encàrrec i que, en tot cas, posa en relleu la potencial interferència esmentada.

Així mateix, a partir de l'any 2017 la relació especial de confiança entre els contractants constitueix un element tipificat de debilitat contractual potencial *ex* article 621-45 CCCat, i aquesta variable ha de tenir una aplicació gairebé natural en matèria de contractació entre cònjuges. En tot cas, les dificultats probatòries de la influència indeguda són evidents —atès que la norma no planteja la relació de confiança per a

21. Josep FERRER RIBA, «Comentari a l'art. 431-2 CCCat», a Joan EGEA FERNÀNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya*, p. 1055, raona el següent sobre el risc d'influència indeguda en contractes entre no familiars respecte al risc que pot concórrer en entorns familiars:

El preàmbul de la llei del llibre quart al·ludeix al major risc (s'entén, de captació de la voluntat) en els contractes entre no-familiars. Intuitivament, aquest no sembla un argument menyspreable si pensem en relacions d'acusada dependència personal, tot i que sense estudis empírics que comparin el grau de risc de captació de la voluntat en entorns familiars i no familiars no hauria de constituir un factor decisiu.

Nosaltres entenem que, precisament, la relació familiar entre els atorgants hauria de conduir a concloure que és més probable la influència indeguda amb l'efecte d'interferència en el procés de formació de la voluntat negocial que se'n deriva.

presumir la influència—,²² com s'ha pogut palesar en els plets plantejats per aquest fonament en matèria d'indignitat successòria.²³

2.1. DE NOU SOBRE EL CONTEXT CONTRACTUAL: LA CRISI MATRIMONIAL ACTUAL O FUTURA COM A ELEMENT TIPIFICADOR DE L'ACORD

No sempre és nítid el context que mou els cònjuges a atorgar un pacte sobre la ruptura de la parella que conformen i, no obstant això, cal identificar aquest context a fi de qualificar adequadament el tipus de pacte que es conclou i la normativa que se li ha d'aplicar. L'article 231-20 CCCat planteja els acords que regula, com un instrument de planificació futura, mentre que l'article 233-5 CCCat incorpora una forma molt més flexible de pactar una sortida consensuada a una crisi actual de parella.²⁴ Com hem posat de manifest, en la STSJC del 13 de maig de 2022 els pactes es conclouen arran d'una crisi de parella que podríem dir que és merament afectiva i es vinculen, en definitiva, a la «nova oportunitat» que la parella es dona, supeditada, en certa manera, a una clarificació de les conseqüències d'una ruptura que, si bé continua sent eventual, ho és una mica menys que en fases anteriors de la vida conjugal.²⁵

És per això que la resolució parteix d'una tipificació elàstica de l'acord que es va concloure el 19 de febrer de 2018 respecte a una ruptura de la parella que es

22. ROSA BARCELÓ COMPTE, *Ventaja injusta y protección de la parte débil*, p. 111 i seg., assenyalava que la relació de confiança entre les parts troba el seu precedent en la *undue influence* anglosaxona, entesa com una mena de traïdoria civil, si bé en aquest context es distingeix entre l'actual *undue influence* i la *presumed undue influence*:

En primer lugar, la actual *undue influence* remite a los casos en los que no existe una presunción *iuris tantum* de influencia indebida porque no existe ninguna de las relaciones tipificadas por la segunda categoría (*presumed undue influence*). La parte que alega la existencia de *undue influence* debe probar que ha habido una presión por la otra parte que la obligó a contratar. Nótese que estos casos podrían englobarse bajo el concepto de *duress* o violencia [...]. En el supuesto de la *presumed undue influence*, la carga de la prueba recae sobre la parte beneficiada, que deberá probar que no ha influenciado indebidamente a la otra, «if the parties were at the time of the transaction in one of certain types of confidential relationship with each other, influence is presumed».

23. Vegeu, per exemple, la STSJC 36/2019, del 20 de maig de 2019 (RJ 2020/5621).

24. Les sentències del TSJC del 8 de maig de 2014 (RJ 2014/4197) i el 18 de març de 2019 (RJ 2019/2021) s'ocupen de la distinció entre ambdós tipus de convencions.

25. La Sentència 46/2012, del 12 de juliol (RJ 2012/10025), ja al·ludia a la necessitat de distingir uns i altres acords en relació amb la regulació anterior i assimilava els acords relatius a ruptures imminents, als acords sobre ruptura actual. En el mateix sentit, vegeu les sentències del STSJC 23/2019, del 18 de març (RJ 2019/2021), i 13/2016, del 23 de febrer (RJ 2016/3640).

va formalitzar amb la interposició de la demanda de divorci per l'esposa el mes de maig de 2019, en el sentit que si bé resol el cas amb comprovació del compliment de les previsions contingudes en l'article 231-20 CCCat, és a dir, tractant l'acord com un pacte en previsió d'una ruptura, també fa prevaldre el fet que, en cas que es tractés d'un acord sobre la ruptura actual, pel fet que els pactes implicaven o revelaven l'existència d'una crisi matrimonial coetània, també es complirien les previsions que per als acords amistosos de ruptura estableix l'article 233-5 CCCat, principalment quant a la concurrència d'assessorament legal independent per a cada atorgant. En tots dos casos, les previsions normatives s'adrecen, principalment, a garantir la integritat del consentiment prestat, per bé que són diverses les interferències que en l'un i l'altre cas poden afectar aquella integritat. Així, mentre que en l'acord en previsió d'una ruptura la prestació del consentiment es pot veure condicionada per la mera eventualitat de la matèria que es vol regular i per la percepció més o menys idealitzada que es té de l'altre contractant, passada pel sedàs de la relació actual amorosa o afectiva, en l'acord amistós sobre la ruptura actual, quan aquest no es conté en un conveni regulador, la voluntat pot ser el resultat d'una influència indeguda o pot estar excessivament condicionada per una situació d'especial fragilitat emocional.²⁶

D'altra banda i atès que ens movem en un terreny poc definit com ho és l'afectiu, la finalitat preventiva d'un acord també es pot plantejar en el marc d'una separació de prova en la qual el que es pacti es projectarà sobre l'eventualitat d'un trencament definitiu que encara no s'ha materialitzat.

2.2. LA RELLEVÀNCIA DE L'ASSESSORAMENT PROFESSIONAL EN ELS ACORDS SOBRE RUPTURA DE PARELLA

D'acord amb el que acabem de comentar i com hem assenyalat, la Sentència també valora l'eventualitat que l'acord conclòs pels cònjuges l'any 2018 considerés més una crisi aleshores actual que no pas una de futura, i respecte d'aquesta possibilitat introdueix que les parts van complir, a més de les previsions de l'article 231-20 CCCat, les de l'article 233-5 CCCat, per a la qual cosa van tenir assessorament lletrat independent.

L'assessorament professional compleix una funció preventiva, atès que es relaciona amb l'adequada formació de la voluntat negocial —i, en determinats casos, amb la defensa dels propis interessos— mitjançant un exercici de contractació conscient.²⁷

26. Laura ALLUEVA AZNAR, «Gènere i dret de família», p. 104, nota 10, es refereix al paper de les emocions a l'hora de prendre decisions en l'àmbit jurídic.

27. La contractació conscient respon a un estàndard propi del dret de consum però que s'ha estès a la regulació civil general i ha posat en qüestió els mitjans tradicionals per a contrastar aquell resultat,

No obstant això, la funció que el legislador encomana a cada professional del dret a l'hora de donar compliment a aquesta finalitat no sempre és clara.²⁸

En el cas dels pactes en previsió d'una ruptura (art. 231-20.2 CCCat), la norma concreta el deure de protegir la part dèbil del contracte, que l'article 147.5 RN imposa al notari, tant pel que fa a la manera de complir el deure —de manera separada per a cada atorgant—, com pel que fa al contingut d'allò assessorat —ha de consistir en una explicació didàctica que faci evident la comparativa entre els drets que legalment podrien correspondre a cadascú en absència de pacte i els drets o la manca d'aquests per al cas que finalment el pacte desplegui els seus efectes i no sigui suficient, per tant, l'explicació ordinària sobre el document que s'autoritza.

En el cas dels pactes amistosos de ruptura (art. 233-5 CCCat), la facultat de desistir-ne resulta de la manca d'assistència lletrada independent, i són tres els supòsits en els quals sorgeix el dret a desistir: a) quan els contractants hagin tingut assistència lletrada comuna, b) quan només un d'ells hagi estat assistit i c) quan cap d'ells s'hagi assessorat. En la primera i la tercera hipòtesis no hi ha un context negocial asimètric, però, en realitat, el que la norma vol prevenir principalment és que el pacte assolit no estigui excessivament condicionat per la fragilitat emocional que sovinteja en les fases inicials de la situació de ruptura de la parella. Novament, es fan palesos eventuais resultats contractuals motivats per la influència indeguda exercida per un dels contractants o, fins i tot, fruit merament de les circumstàncies que envolten aquella contractació. La norma, però, és excessivament rígida en les seves previsions perquè no exceptua el dret de desistir encara que l'acord s'hagi contingut en una escriptura pública; és cert que el notari no s'ocupa de la defensa dels interessos de cap

principalment a través de la incorporació en una escriptura pública. Vegeu, per exemple, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, «Formación de la voluntad: riesgos de captación y “decisión con conocimiento de causa”», a MONTSERRAT PEREÑA VICENTE i PALMIRA DELGADO MARTÍN (dir.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 436-437, que planteja si en l'actualitat la forma de la declaració és un mecanisme suficient per a garantir una voluntat lliure i formada. Justament incideix en el règim dels pactes en previsió d'una ruptura i constata que en aquest context el legislador entén el següent sobre la forma notarial:

[...] tampoco deviene *per se* instrumento suficiente para erradicar todo posible riesgo de captación de voluntad o insuficiente reflexión del declarante en aquellos supuestos en los que, a aquella forma, se suman otros requisitos (véase, de nuevo, artículo 231-20 CCCat, que, a propósito de los pactos en previsión de ruptura, exige que se otorguen, como mínimo, 30 días antes de la celebración del matrimonio e impone, además de la forma, un deber de información a cargo del mismo notario autorizante).

28. Vegeu l'anàlisi més àmplia de GEMMA RUBIO GIMENO, «La contratación entre cónyuges o convivientes en los pactos sobre ruptura de pareja: ¿un contexto negocial naturalmente asimétrico?», a ÀNGEL SERRANO DE NICOLÁS (coord.), *Nuevas perspectivas insprivatistas*, p. 168 i seg.

part, però també ho és que si el que es vol prevenir és una contractació impulsiva o no conscient, la intervenció notarial mena a evitar aquest resultat.²⁹

En el conveni regulador, els cònjuges es poden valer d'una única assistència lletrada (art. 750.2 LEC en relació amb l'art. 233-5 CCCat) i, per tant, en aquest àmbit l'assessorament professional no sempre comportarà la defensa dels interessos de cap part, per la qual cosa l'advocat estarà obligat a mantenir una actuació objectiva i imparcial. En el cas d'un divorci vehiculat en una escriptura notarial, la presència acumulada de professionals del dret —notari i advocat— pot resultar redundant o innecessària, sobretot si només actua un únic lletrat.³⁰ No qüestionem que intervingui un advocat, sinó que la seva intervenció sigui preceptiva —no ho és en l'atorgament d'altres contractes de rellevància patrimonial per a la persona, com ara la constitució d'una hipoteca sobre l'habitatge habitual—. Si atenem la dada que el notari substitueix el jutge en el context d'una ruptura de mutu acord sense fills menors i que la seva labor ha de ser assimilable a la del lletrat de l'Administració de justícia, hem de concloure que en aquest cas concret el notari no desplega la seva activitat ordinària d'assessorament neutral, que correspondrà al lletrat o els lletrats, sinó que fa una mera funció de control de la legalitat.

2.3. EL RECURS ALS REMEIS GENERALS DE REEQUILIBRI CONTRACTUAL

L'existència d'una regulació *ad hoc* per al reequilibri de les posicions contractuals no exclou el recurs als remeis generals de reequilibri contractual.³¹ Els apartats 2 i 4 de l'article 231-20 CCCat, amb la previsió d'intensos deures d'informació precontractual, tant en clau d'assessorament professional com d'informació material que permeti valorar de la manera més exacta possible l'abast real de l'eficàcia d'allò pactat, faciliten el recurs a l'acció d'anul·labilitat per error en la formació del consentiment,

29. Per exemple, l'art. 93i RDL 1/2007 inclou aquesta excepció, però també de manera un xic defec-tuosa, atès que si bé la justificació de l'excepció es troba expressada referida a les funcions que desplega el fedatari públic —«obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico»—, l'excepció només es refereix als contractes que requereixin escriptura pública com a requisit de validesa.

30. En el projecte de llei per a la modificació dels art. 82.1.2 CC i 54.2 LN, la intervenció del lletrat era potestativa.

31. S'indica expressament en la STSJC 46/2012, del 12 de juliol (RJ 2012/10025):

De todas formas, ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matri-monial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o res-cindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas ge-nerales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales.

ex articles 1266 i 1301 del Codi civil espanyol, en cas que aquells deures s'incomplixin, per bé que la norma sembla incorporar un règim propi d'ineficàcia.

També pot constituir un recurs escaient per a reequilibrar allò pactat l'aplicació de la institució de l'avantatge injust, que en un emplaçament adequat hauria d'allotjar-se en la part general dels contractes, i no en la regulació del contracte de compra-venda. Si ens fixem en els tres elements que tipifiquen la figura —debilitat contractual preexistent d'una de les parts no causada per la contrapart, aprofitament d'aquesta situació per la part en qui no concorre la debilitat i desequilibri objectiu entre les presenciacions a què s'obliguen—, no es pot descartar que puguin concórrer en una negociació entre cònjuges.³² De fet i com ja hem dit, la relació afectiva entre els contractants és tipificada pel legislador com un element de debilitat contractual en l'article 621-45.1 CCCat, i és aquí on hauria pogut tenir entrada la circumstància «íntima» —la infidelitat de la dona que el marit, es diu, va perdonar i que va tenir lloc prèviament a la conclusió de l'acord— que la resolució examinada considera irrellevant. El pacte podria haver estat el resultat de la influència indeguda exercida per una part i que, sense assolir entitat de vici —intimidació—, podria haver estat determinant del desequilibri econòmic que va donar com a resultat el perjudici d'un dels cònjuges i el benefici de l'altre. En el cas analitzat, fins i tot, un dels hàndicaps d'aquest recurs, el termini de caducitat de l'acció —quatre anys des de la conclusió del contracte—, no hauria representat cap impediment, atès que l'acord es va subscriure en una data relativament recent —19 de febrer de 2018— i la ruptura va esdevenir-se l'any següent.

3. A MODE DE CONCLUSIÓ

L'examen de la jurisprudència del TSJC que ha aplicat —o ha tingut en compte quan encara no era d'aplicació— la regulació continguda en l'article 231-20 CCCat en matèria de pactes en previsió d'una ruptura sembla suggerir una tendència favorable a l'eficàcia d'aquests acords, sense que la interpretació dels requisits adreçats a l'emissió d'un consentiment conscient i plenament lliure es plantegi en clau rigorista. Certament, l'opció legislativa incorporada al Codi civil de Catalunya ja comporta una restricció considerable de l'autonomia de la voluntat que exclou l'assimilació del

32. La STSJC 11/2000, del 25 de maig (RJ 2000/7442), va considerar, en aplicació de l'art. 321 de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC), que la rescissió per lesió no era aplicable a un conveni regulador pel fet que aquest tenia la naturalesa d'un acord transaccional i per aquest motiu als possibles pactes inclosos en l'acord no se'ls podia aplicar la rescissió per lesió *ultra dimidium*, d'acord amb aquella regulació; recull aquesta doctrina la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona, Sala Segona, 270/2019, del 26 de juny (JUR 2019/202193). No sembla que aquesta objecció es pugui oposar a l'aplicació de la regulació actual sobre avantatge injust o rescissió per lesió, atès que, respecte d'aquesta darrera, el legislador ha limitat les excepcions al remei.

règim aplicable als acords sobre la ruptura al dels acords merament contractuals. Cal addicionar, a més, a la protecció *ad hoc*, la que resulta dels remeis generals de reequilibri negocial, i no és sobrer valorar si aquesta acumulació dona lloc, potser, a una tuïció excessiva dels cònjuges, per bé que només quan contracten sobre una determinada matèria —els efectes de la ruptura de la seva relació de parella.

MISCEL·LÀNIA

JORNADA «REPTES PROFESSIONALS EN LA CONTRACTACIÓ DE CRÈDITS HIPOTECARIS», COORDINADA PER MIRIAM ANDERSON I ESTHER ARROYO, DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA, I LAURA ALASCIO, DE LA UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA

Com a continuació del seminari web (en anglès, *webinar*) que va tenir lloc el dia 18 de novembre de 2022, el proper 12 de desembre es va celebrar la Jornada «Reptes professionals en la contractació de crèdits hipotecaris» en el marc del projecte del Ministeri de Ciència i Innovació «La reforma del crèdit immobiliari: cap a un mercat europeu sostenible, inclúsiu i digital» (ref. PID2021-127197-I00) (investigadores principals: Miriam Anderson i Esther Arroyo). Aquesta vegada la jornada va ser presencial amb la finalitat de crear un fòrum en el qual diferents operadors jurídics (advocats, notaris, registradors, professors universitaris, entitats bancàries i associacions de consumidors) discutissin sobre les normes que disciplinen el crèdit immobiliari, una vegada transcorreguts ja gairebé quatre anys des de l'entrada en vigor de la Llei 5/2019, de contractes de crèdit immobiliari (LCCI), i una mica menys d'una desena des de la promulgació de la Directiva (UE) 2014/17, que la Comissió Europea ja ha començat a revisar.

Alicia Agüero Ortiz (Universitat Autònoma de Madrid) va parlar sobre la transparència en les clàusules de determinació de preu i, molt en particular, de les clàusules terra. Després de repassar la jurisprudència recent, va posar l'accent en la prohibició d'aquest tipus de clàusules en la LCCI (art. 21.3 LCCI) i, a partir de la noció de *consumidor vulnerable* (art. 3 TRLGDCU), va assenyalar que també a algunes persones que no tenen la condició de consumidor els haurien de resultar d'aplicació les normes que protegeixen els consumidors quan actuen en sectors en els quals no són experts: és el cas, per exemple, dels autònoms o petits empresaris que contracten préstecs hipotecaris per a adquirir un immoble en el qual puguin exercir la seva activitat.

Vanessa Jiménez Serranía (Universitat Oberta de Catalunya) va posar el focus en els dubtes sobre l'abast dels deures d'assessorament i informació del notari en la compareixença prèvia a l'atorgament del contracte de crèdit (art. 15 LCCI). Es va plantejar si és responsabilitat seva identificar quan el prestatari és un consumidor vulnerable i si l'assessorament prestat ha d'estendre's a qüestions econòmiques i/o al contingut dels contractes vinculats, com les assegurances de vida.

Javier Jiménez Chacón, advocat i conseller jurídic de l'Asociación de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas, Productos Financieros y de Seguros (ADICAE) va analitzar les mancances legals quant a la contractació de crèdits hipotecaris i va suggerir reformes concretes: simplificar els documents d'informació precontractual, augmentar la quantia de les sancions considerades en la LCCI i en el Codi de bones pràctiques bancàries perquè siguin veritablement dissuasives, potenciar els mitjans alternatius de resolució de conflictes en l'àmbit del crèdit hipotecari i, en matèria de cessió de crèdits, va considerar indispensable que la notificació al deutor de la venda

o cessió tingui caràcter obligatori, perquè segons la seva opinió aquesta és l'única manera que el prestatari pugui exercitar de manera efectiva el dret de retracte de crèdits litigiosos (art. 1535 del Codi civil espanyol).

El ponent es va pronunciar també sobre la disfunció del caràcter imperatiu de l'article 25 LCCI, relatiu a l'interès de demora en els crèdits hipotecaris, i a l'absurditat que la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGSJFP) no admeti el pacte d'un tipus d'interès inferior a l'establert en la norma. Aquesta qüestió va ser objecte d'un animat debat. Entre el públic, Esther Arroyo va defensar que les normes de protecció del consumidor són semiimperatives, de manera que el pacte en contrari sempre ha de ser possible si és més beneficiós per a aquell a qui la norma brinda protecció. En aquest sentit va assenyalar, a més, que l'article 25 LCCI és el resultat d'una transposició errònia de l'article 28.3.II de la Directiva 2014/17, que imposa als estats membres l'obligació d'establir un tipus màxim d'interès de demora, i no un tipus inamovible, que no admet pacte en contrari. En conseqüència, s'imposa una interpretació del precepte que sigui conforme amb el dret europeu. En canvi, Antonio Longo Martínez (notari de Sant Just Desvern) i María Tenza Llorente (registradora de la Propietat de Barcelona) van sostenir —en línia amb la doctrina de la DGSJFP— que si bé la norma hauria de ser reformada per a permetre el pacte d'un interès de demora inferior, tant la Llei hipotecària com la LCCI imposen al registrador l'obligació de denegar la inscripció de qualsevol préstec hipotecari en el qual es prevegi un interès moratori diferent del previst per la llei. A més, la registradora va posar el dit en la nafra sobre les pràctiques incorrectes a l'entorn de la contractació d'assegurances, va assenyalar la necessitat de regular de manera més completa la novació del contracte de préstec i va argumentar que l'acta notarial prèvia de l'article 15 LCCI hauria de considerar l'assistència necessària del cònjuge de l'eventual prestatari.

No va al·ludir a aquest aspecte la notària Raquel Iglesias Pajares, que més aviat es va detenir en les bondats de la labor notarial en l'atorgament d'escriptures públiques de préstecs hipotecaris. Aquesta intervenció va ser posada també en valor per Xavier Iniesta Torres, advocat de l'assessoria jurídica de CaixaBank i responsable de Negoci Hipotecari Retail de l'entitat, qui va assenyalar que aquesta i altres novetats introduïdes per la LCCI han contribuït a incrementar la seguretat jurídica en el sector. No obstant això, el ponent també va apuntar la necessitat de fer reformes destinades a simplificar la documentació precontractual i a facilitar-ne la comprensió. Finalment, va destacar l'experiència de l'entitat en el compliment del Codi de bones pràctiques i va explicar les facilitats que posa CaixaBank en cas d'impagament, que van més enllà del que s'exigeix en l'article 24 LCCI.

Per a concloure, Julià Guimerà i Gargallo, cap del Servei d'Informació i Formació de l'Agència Catalana del Consum, va explicar les funcions de formació, inspecció i control que duu a terme l'Agència. El ponent va ressenyar quines són les reclamacions més habituals dels consumidors: el cobrament indegut de despeses de gestió del crèdit i la imposició d'assegurances amb la contractació del préstec hipotecari —qües-

tió a la qual ja havia al·ludit abans Maria Tenza, com s'ha assenyalat—. Així mateix, va accentuar la rellevància i l'impacte de les campanyes d'inspecció empreses per l'Agència i va ressaltar l'increment en les sancions administratives imposades a les entitats, encara que la seva quantia no sigui encara gaire dissuasiva.

Malgrat les crítiques sobre la complexitat de la informació precontractual, la petrificació dels interessos moratoris i certes pràctiques bancàries depredadores, el to general va ser d'una certa satisfacció amb les fites aconseguides. L'ocasió va ser propícia perquè els consumidors, representats per l'associació AICEC-ADICAE, prenguessin consciència dels problemes i les seves possibles solucions, i, a més, va evidenciar la preocupació dels ciutadans per altres qüestions connexes, com el sobtat augment de les contractacions d'hipoteques inverses i els dubtes que suscita la proliferació de les denominades *hipoteques verdes* (*green mortgages*). Precisament sobre aquestes matèries versaran altres activitats del projecte que ja estan programades i que tindran lloc durant el pròxim curs acadèmic.

Enrique Peruga Pérez
Investigador predoctoral en dret civil (AGAUR FI)
Universitat de Barcelona

SEMINARI WEB «FINANCIAL SERVICES & TRANSPARENCY»,
COORDINAT PER MIRIAM ANDERSON I ESTHER ARROYO,
DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA, I LAURA ALASCIO,
DE LA UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA

El passat 18 de novembre de 2022 va tenir lloc el seminari web (*webinar*) «Financial Services & Transparency», que constitueix la primera de les activitats del projecte de recerca «La reforma del crèdit immobiliari: cap a un mercat europeu sostenible, incliusiu i digital) (ref. PID2021-127197NB- IOO) (investigadores principals: Miriam Anderson i Esther Arroyo Amayuelas, de la Universitat de Barcelona). El projecte aborda els reptes que l'actualitat planteja per als contractes de crèdit immobiliari, com ara la irrupció de les tecnologies de la quarta revolució industrial (intel·ligència artificial, aprenentatge automàtic [*machine learning*], aprenentatge profund [*deep learning*], big data, entre d'altres), la crisi energètica, el creixent envelliment de la població i el sorgiment de nous actors en el mercat immobiliari (plataformes de micromecenatge [*crowdfunding*] o *peer-to-peer lending*).

L'activitat tenia com a objecte analitzar la transparència en la prestació de serveis financers. En la primera ponència, «The map and the territory of usury. In particular, usurious revolving credit in Spanish law», Antonio Ruiz Arranz va abordar la usura en els tipus d'interès associats a les targetes de crèdit renovable (*revolving*) en el marc d'un contracte de crèdit al consum, encara que les seves conclusions resulten generalitzables a qualsevol tipus de crèdit amb independència de la seva finalitat. El ponent va posar èmfasi que a Espanya no s'ha delimitat adequadament l'abast de la noció d'*usura* i que, encara que el Tribunal Suprem (TS) ha assenyalat que el tipus d'interès litigiós s'ha de comparar amb el tipus d'interès efectiu en el segment del mercat al qual pertany el producte financer (sentències del TS 628/2015, del 15 de novembre, 149/2020, del 4 de març, i 367/2022, del 4 de maig), encara no ha indicat, en canvi, quin ha de ser l'índex o element de comparació que s'ha d'emprar per a saber si l'interès litigiós és usurari o no, ni ha establert un límit màxim als interessos remuneratoris, a diferència del Bundesgerichtshof (BGH, el Tribunal Suprem Federal d'Alemanya), que ha establert un doble criteri per a determinar si un crèdit és usurari: ho és quan el tipus d'interès supera el doble de l'interès mitjà del mercat (Sentència del BGH del 24 d'abril de 1988, III ZR 30/87) o el 12 % (Sentència del BGH del 13 d'abril de 1990, XI ZR 252/89). Ruiz Arranz va considerar necessari que el TS adopti un criteri semblant i va afegir que la clàusula d'interès remuneratori no pot ser declarada nul·la per manca de transparència perquè aquesta mai no es pot predicar dels elements essencials del contracte, i sí, únicament, de les clàusules sobre el preu que tenen caràcter accessori.

La segona ponència, «Transparency in the real estate credit market: an economic analysis», va anar a càrrec de Laura Alascio Carrasco, que va aprofundir en l'asime-

tria informativa intrínseca en els contractes amb entitats creditícies. Entre les causes d'aquesta asimetria, va incloure-hi la complexitat d'alguns productes o la dificultat de comprendre els mecanismes de fixació del tipus d'interès. Alascio també va assenyalar els intents gens eficaços de la Directiva 2014/17 per a combatre l'asimetria informativa mitjançant obligacions d'informació. En això va posar també l'accent Paulius Astromskis en ocasió de la seva ponència «The utopia of ESIS: on need, greed, and the personalized information sheet». Ambdós ponents van indicar que diversos estudis psicològics demostren que les simplificacions o els biaixos cognitius s'imposen sobre el procés de reflexió racional, de manera que no importa tant el volum d'informació disponible com l'establiment de mitjans tècnics i humans que coadjuvin que aquesta sigui entesa adequadament pel client. En aquest sentit, Astromskis va concloure que la fitxa europea d'informació normalitzada (FEIN) hauria de deixar de ser concebuda com un simple document i hauria de transformar-se —a través de l'ús d'eines d'intel·ligència artificial i de big data— en un sistema integral de suport al procés de presa de decisions del consumidor.

La incorporació d'aquestes tecnologies al procés de contractació no és una tasca senzilla, com va demostrar la ponència de Rosa Maria García Teruel, «Integrating artificial intelligence in the mortgage credit market». Segons la ponent, l'ús de la intel·ligència artificial en l'àmbit de l'avaluació de la solvència ja no es limita al processament de dades personals de caràcter economicofinancer (ingressos, professió, composició patrimonial, estalvis i capacitat de despesa, etc.), sinó també al d'altres dades alternatives, com les que s'obtenen de les xarxes socials. De vegades això condueix que el consumidor no tingui coneixement de quin tipus de dades estan sent processades, de manera que s'envaeix il·lícitament la seva privadesa. A més, els algorismes discriminen determinades persones o grups de persones (per raons de sexe, religió, raça, ètnia, nacionalitat o classe social). En aquest punt, García Teruel va assenyalar la necessitat que les entitats compleixin les exigències del Reglament general de protecció de dades (RGPD) i va remarcar fins a quin punt les propostes de regulació europea en curs (sobre intel·ligència artificial i reforma del crèdit al consum) restringiran les possibilitats d'ús de la intel·ligència artificial a l'àmbit de l'avaluació de la solvència dels consumidors.

Amb una durada de dues hores i un animat debat entre ponències, el seminari web va tenir l'encert de posar en relleu l'impacte de les circumstàncies socioeconòmiques actuals i de les noves tecnologies en el mercat creditici europeu i va il·lustrar problemes candents en relació amb la transparència en la contractació. Va quedar palesa la necessitat de delimitar amb precisió l'abast de la usura, es van demostrar les insuficiències de la informació precontractual i, en fi, es va evidenciar que la prudència exigeix un ús responsable de la intel·ligència artificial, no menys en el sector financer que en altres àmbits. Són reptes que la Comissió Europea haurà d'afrontar en la reforma de la Directiva 2014/17, ja iniciada amb una mica de retard respecte del que preveu l'article 44 (veg. *Call for evidence for an impact assessment*, Ares(2021)7165942), i a l'anà-

lisi dels quals va estar principalment dedicat el seminari web del mes de novembre passat. N'hi haurà més, amb nous temes tant o més apassionants!

Enrique Peruga Pérez
Investigador predoctoral en dret civil (AGAUR FI)
Universitat de Barcelona

NORMES DE PRESENTACIÓ D'ORIGINALS PER A L'EDICIÓ

1. Els articles s'han de redactar en català preferiblement i s'han de presentar en suport de paper i en disquet o CD (si pot ser, picat en el programa de tractament de textos Microsoft® Word per a PC).
2. El cos de la lletra ha de ser del 12, i el text s'ha de compondre amb un interlineat d'un espai i mig.
3. L'extensió de l'article no pot ser inferior a deu pàgines (2.100 caràcters per pàgina). Tots els fulls han d'anar numerats correlativament.

4. La bibliografia s'ha d'incloure al final de l'article. Ha d'estar ordenada alfabèticament per autors i ha de seguir els criteris següents (hi ha uns criteris més detallats a la disposició dels autors).

Els llibres s'han de citar: COGNOM, Nom; COGNOM, Nom. *Títol de la monografia: Subtítol de la monografia*. Lloc de publicació: Editorial, any. Nombre de volums. (Nom de la Col·lecció; número dins de la col·lecció) [Informació addicional]

Els articles de publicacions periòdiques s'han de citar: COGNOM, Nom; COGNOM, Nom. «Títol de la part de la publicació en sèrie». *Títol de la Publicació Periòdica* [Lloc d'Edició], número del volum, número de l'exemplar (dia mes any), número de la pàgina inicial - número de la pàgina final.

5. Les notes s'han de compondre al peu de la pàgina on figura la crida, que s'ha de compondre amb xifres aràbigues volades.
6. En el cas que hi hagi figures, gràfics o taules, s'han de presentar numerats correlativament en fulls a part i indicar dins del text el lloc en què s'han d'incloure durant el procés de maquetació.
7. Juntament amb l'article s'han de lliurar en un full a part algunes dades del currículum de cada autor (quatre línies de text com a màxim).
8. Al final de l'article cal afegir un resum d'un màxim de quinze línies (1.050 caràcters), en: català, castellà i anglès.
9. Amb vista a la indexació en diferents bases de dades, s'han de proposar cinc mots clau com a mínim (en català, castellà i anglès), els quals s'haurien d'extreure, si és possible, de tesaurus o diccionaris d'especialitat.
10. Per a garantir la qualitat dels treballs que es publiquin, el Comitè Editorial i el Comitè Científic sotmetran els articles rebuts a l'informe d'experts en cada matèria.

