

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

Volum 27, 2023

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



Institut
d'Estudis
Catalans

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

COMITÈ EDITORIAL

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

COMITÈ CIENTÍFIC

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

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

Volum 27, 2023

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2023

Amb la col·laboració de:



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

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

Primera edició: desembre 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

La conclusió de contractes amb consumidors en la <i>Digital Services Act</i> , <i>per Esther Arroyo Amayuelas</i>	9
La impugnació d'actes jurídics de la persona amb discapacitat, <i>per Khadidiatou Sall Sall</i>	27
Llengua catalana i contractació en el dret privat català, <i>per Lúdia Arnau Raventós</i>	63

JURISPRUDÈNCIA

Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, <i>per Rosa Barceló Compte</i>	91
Novetats derivades de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de l'any 2023 en el tractament i el control de les dades personals, <i>per Antoni Mut Piña</i>	105
Conflictes en la vida de la comunitat ordinària indivisa: estudi d'algunes qüestions controvertides resoltes pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, <i>per Joan-Maria Raduà Hostench</i>	123

MISCEL·LÀNIA

- Jornada «Propietat horitzontal i renovació energètica dels edificis: el problema del finançament», coordinada per Miriam Ardenon i Esther Arroyo (Universitat de Barcelona) i Francisco Echevarría Summers (Echevarría & Summers Advocats),
per Enrique Peruga Pérez 139
- Conferència internacional «Renovation Wave for Europe: MEPS, green mortgages and multi-unit buildings», coordinada per Miriam Anderson i Esther Arroyo (Universitat de Barcelona),
per Enrique Peruga Pérez 142
- Reseña de las XXII Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar «La aplicación judicial del Código civil de Cataluña»,
per Carlos Trujillo Cabrera 147

ESTUDIS

LA CONCLUSIÓN DE CONTRACTES AMB CONSUMIDORS EN LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Esther Arroyo Amayuelas
*Universitat de Barcelona*¹

Resum

A més d'ocupar-se de la protecció dels drets fonamentals dels ciutadans a l'entorn de les plataformes en línia, el Reglament (UE) 2022/2065 del Parlament Europeu i del Consell, del 19 d'octubre de 2022, relatiu a un mercat únic de serveis digitals (*Digital Services Act*, DSA), també aborda la protecció dels consumidors en les seves relacions contractuals amb les empreses. És raonable imposar responsabilitat a les plataformes que tenen un paper predominant quan el comerciant ofereix béns o serveis que no són conformes al contracte i és prudent proporcionar als consumidors els mateixos recursos que tenen contra el comerciant en un contracte d'empresa a consumidor (*business to consumer*, B2C). Tot i això, l'article 6.3 del Reglament continua depenent massa de com els estats membres decideixen imposar aquesta responsabilitat en la seva legislació nacional.

Paraules clau: responsabilitat de les plataformes, *Digital Services Act* (DSA), protecció del consumidor, contractes B2C.

LA CONCLUSIÓN DE CONTRATOS DE CONSUMO EN LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Resumen

Además de ocuparse de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el entorno de las plataformas en línea, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, también aborda la protección de los consumidores en sus relaciones contractuales con las empresas. Es razonable imponer responsabilidad a las plataformas que tienen un papel

1. La contribució forma part de la investigació duta a terme en el si de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu i del Grup Consolidat de Recerca 2021 SGR 00347 de la Universitat de Barcelona. S'actualitza aquí el text de la conferència pronunciada el passat 16 d'abril de 2023 en un acte organitzat pel Centre d'Investigació Jurídica de la Facultat de Dret de la Universitat de Porto.

predominante cuando el comerciante ofrece bienes o servicios que no son conformes con el contrato y es prudente proporcionar a los consumidores los mismos recursos que tienen contra el comerciante en un contrato B2C. Sin embargo, el artículo 6.3 del Reglamento sigue dependiendo demasiado de cómo los estados miembros deciden imponer dicha responsabilidad en su legislación nacional.

Palabras clave: responsabilidad de las plataformas, *Digital Services Act* (DSA), protección del consumidor, contratos B2C.

THE CONCLUSION OF CONSUMER CONTRACTS IN THE DIGITAL SERVICES ACT

Abstract

In addition to dealing with the protection of citizens' fundamental rights in the online platform environment, Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022, on a Single Market for Digital Services, also addresses consumers protection in their contractual relationships with businesses. It is reasonable to impose liability on platforms that have a predominant role when the trader offers goods or services that are not in conformity with the contract and it is wise to provide consumers with the same remedies they have against the trader in a B2C contract. However, Art. 6.3 DSA is still too dependent on how Member States decide to impose such liability in their domestic legislation.

Keywords: platform liability, Digital Services Act (DSA), consumer protection, B2C contracts.

1. INTRODUCCIÓ

El Reglament (UE) 2022/2065 del Parlament Europeu i del Consell, del 19 d'octubre de 2022, sobre un mercat únic de serveis digitals (*Digital Services Act*, DSA),² regula fonamentalment l'activitat de les plataformes que actuen com a xarxes socials, però també dedica alguns preceptes als mercats en línia, entre els quals destaquen els articles 6.3 (a propòsit de la pèrdua d'exempció de responsabilitat), 14 (transparència de les clàusules contractuals), 30 (traçabilitat dels venedors) i els concordants de la secció 4 del capítol III.³ Aquí interessa posar l'accent en la responsabilitat de les plataformes a partir de l'anàlisi de l'article 6.3 DSA, que té per finalitat protegir els consumidors que contracten a través de plataformes quan el venedor o comerciant incompleix el contracte i sempre que es donin determinats requisits. En les pàgines següents analitzarem si la norma compleix aquest propòsit.

2. PLATAFORMES DE COMERÇ EN LÍNIA I INTERMEDIACIÓ

Per a analitzar l'article 6.3 DSA és clau determinar el rol que exerceix la plataforma d'intermediació i les conseqüències que es vinculen a la seva intervenció en la conclusió del contracte.

2.1. CONTROL I APARENÇA SÓN INDICIS DE NO-NEUTRALITAT

A l'hora d'analitzar el rol de la plataforma col·laborativa, la Comissió Europea va tenir en compte alguns indicis que podrien indicar que aquesta exercia un gran nivell de control i d'influència sobre la prestació del servei subjacent i va concloure que això podia voler dir que, a més d'un servei de la societat de la informació, ella mateixa també oferia aquella prestació. Podia ser així, per exemple, si la plataforma fixava el preu, donava instruccions obligatòries, sotmetia el prestador de serveis a una relació laboral, posseïa actius que eren clau per a prestar el servei subjacent, o sufragava les despeses i assumia els riscos relacionats amb la prestació del proveïdor.⁴

D'acord amb aquest plantejament, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va considerar que Uber era una empresa de transports, i no un simple inter-

2. *Official Journal of the European Union* (OJ), núm. L 277 (27 octubre 2022).

3. Vegeu-ne una breu perspectiva a Hans SCHULTE-NÖLKE, «The EU Digital Services Act and EU Consumer Law», a Alberto DE FRANCESCHI i Reiner SCHULZE (ed.), *Harmonizing digital contract law*, Baden-Baden, Beck-Hart-Nomos, 2023, p. 705-713.

4. COM(2016) 356 final, p. 6-7.

mediari i/o prestador de serveis de la societat de la informació.⁵ Per contra, va admetre que en els serveis accessoris oferts per Airbnb (servei de cobrament, valoració del servei, garantia per danys i, opcionalment, assegurança de responsabilitat civil) no és possible apreciar el mateix nivell de control empresarial.⁶ Efectivament, Airbnb no fixa ni directament ni indirecta el preu del lloguer, ni selecciona els arrendataris o els allotjaments oferts en la plataforma.⁷ Per tant, com més gran sigui el nivell de gestió i organització en la selecció dels proveïdors i/o els continguts per part de la plataforma (per exemple, si en verifica la qualitat i/o en fixa el preu), més obvi serà que ella mateixa també es pot considerar un proveïdor de continguts i, en conseqüència, que no mereix la qualificació d'intermediari i/o de prestador de serveis de la societat de la informació.⁸

5. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) C-434/15, assumpte Asociación Profesional Élite Taxi (EU:C:2017:981), ap. 39-40; STJUE C-320/16, assumpte Uber France (EU:C:2018:221), ap. 20-26.

6. STJUE C-390/18, assumpte Airbnb Ireland (EU:C:2019:1112), ap. 56-64. Poc abans, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STJC) del 13 de desembre de 2019 (ES:TSJCAT:2019:8266) tampoc no va negar el paper d'Airbnb com a intermediari, però va sostenir que era responsable d'haver allotjat anuncis de lloguer turístic d'habitatges que no tenien el certificat requerit, perquè, tot referint-se a l'article 14 de la Directiva 2000/31, del 8 de juny de 2000, sobre comerç electrònic (OJ, núm. L 178 [17 juliol 2000]), va entendre que Airbnb podia tenir coneixement de quins habitatges podien oferir-se en lloguer turístic (només els registrats) i quins no (tots els altres). En canvi, sobre Homeaway (actualment, Vrbo España), vegeu la STS del 30 de desembre de 2020 (ES:TS:2020:4484), contra la STJC del 5 d'octubre de 2018 (amb crítiques, M. Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, Madrid, Reus, 2021, p. 256-263), i, més recentment, la Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 7 de gener de 2002 (ES:TS:2002:6). Sobre el portal d'habitatges El Idealista, vegeu la Sentència del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 de Barcelona de l'11 d'octubre de 2022 (*La Ley*, 236209/2022). Sobre el rol de les plataformes en els serveis de lloguer de curta durada, vegeu la Proposta de reglament COM(2022) 571 final, Brussel·les, del 7 de novembre de 2022.

7. STJUE C-390/18, assumpte Airbnb Ireland (EU:C:2019:1112), ap. 66-68. Per al sector del transport, vegeu la STJUE C-62/19, assumpte Star Taxi App (EU:C:2020:980), ap. 55, que sosté que l'operador de la plataforma no selecciona els taxistes, ni fixa o cobra el preu del trajecte, ni exerceix cap control sobre la qualitat dels vehicles o dels seus conductors, ni sobre el comportament d'aquests darrers. Es dedueix, doncs, que aquest servei no és part d'un servei global l'element principal del qual és la prestació de transport. Això no obstant, si aquest fos el cas, el servei d'intermediació continuaria estant subjecte a les normes de la DSA, segons l'article 2.2 DSA (ap. 6 EM). Vegeu Pedro de MIGUEL ASENSIO, «Obligaciones de diligencia y responsabilidad de los intermediarios: el Reglamento (UE) de servicios digitales», *La Ley Unión Europea*, núm. 109 (desembre 2022), p. 1-47, esp. p. 3.

8. Vegeu *Commission Staff Working Document* (2020) 348 final, part 2/2, p. 160. Així, la STS del 25 de gener de 2018 (ES:TS:2018:120) considera que Uber és un servei de transport i, en canvi, la SAP de Madrid del 18 de febrer de 2019 (ES:APM:2019:1255) percep BlaBlaCar com un prestador de serveis d'intermediació. En el servei que consisteix a connectar persones per a un desplaçament urbà mitjançant una aplicació per a telèfons intel·ligents, el fet que el conductor utilitzi el seu propi vehicle no és determinant per a considerar que el servei és un servei d'intermediació. Vegeu la STJUE C-434/15, assumpte Asociación Profesional Élite Taxi (EU:C:2017:981), ap. 37.

No obstant això, una altra manera de veure les coses és entendre que, encara que es donin aquelles circumstàncies, l'intermediari no perd aquest paper, tot i que és evident que «intermediació + control» és una cosa fonamentalment diferent de la *simple* o *mera* intermediació.⁹ Així doncs, la manca de neutralitat és un criteri d'imputació de responsabilitat a la plataforma, tal com també han tingut ocasió d'afirmar els tribunals nord-americans en el context de la responsabilitat per productes defectuosos.¹⁰

Hi ha un altre element que cal tenir en compte a l'hora d'analitzar el rol de l'intermediari i que inicialment va ésser assenyalat per l'advocat general del TJUE, Maciej Szpunar. L'advocat general no només va tenir en compte les funcions o els serveis prestats per la plataforma, sinó també l'aparença amb què els usuaris perceben aquesta prestació. Així ho va assenyalat:

[...] la actividad de Uber consiste en una única prestación de transporte a bordo de un vehículo encontrado y reservado con la ayuda de la aplicación para teléfonos inteligentes, y que [...] este servicio se presta bien por Uber, bien en su nombre. Ese servicio también se presenta a los usuarios de este modo, y ellos así lo perciben. Los usuarios, al decidir recurrir a los servicios de Uber, buscan un servicio de transporte que posea determinadas funcionalidades y cierta calidad, que garantiza Uber.¹¹

Abans, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) C-149/15, del 9 de novembre de 2016, assumpte Wathelet, havia conclòs també, en un supòsit que no tenia res a veure amb les plataformes, que era necessari protegir l'aparença. En aquell cas es tractava de protegir amb les normes pròpies del dret de consum

9. Philipp HACKER, «UberPop, UberBlack, and the regulation of digital platforms after the Association Professional Elite Taxi Judgment of the CJEU», *European Review of Contract Law*, vol. 14, núm. 1 (2018), p. 80-96, esp. p. 85-86 i 93; Christoph BUSCH, «Rethinking product liability rules for online marketplaces: a comparative perspective» (10 febrer 2021), a *Consumer Law Scholars Conference in Boston (March 4-5, 2021)* (en línia), Berkeley (CA), Center for Consumer Law & Economic Justice, 2021, p. 1-43, esp. p. 38, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784466>> (consulta: 13 setembre 2023).

10. Ruprecht PODSZUM i Philipp OFFERGELD, «Plattformregulierung im Zivilrecht zwischen Wissenschaft und Gesetzgebung: Die ELI Model Rules on Online Platform», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 2 (2022), p. 244-272, esp. p. 262; Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN, «Caracterización contractual y régimen de responsabilidad aplicable a los e-marketplaces», a Fernando GÓMEZ POMAR i Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN (ed.), *Estudios de derecho contractual europeo: nuevos problemas, nuevas reglas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 665-763, esp. p. 711-718; Tomás GARCÍA-MICÓ, «La responsabilidad de Amazon por los daños sufridos por consumidores como consecuencia de los productos defectuosos ofrecidos por usuarios profesionales», a Lúdia ARNAU RAVENTÓS (dir.), *La digitalización del derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 213-238, esp. p. 218-223.

11. Opinió de l'advocat general del TJUE en el cas C-434/15, assumpte Asociación Profesional Élite Taxi (EU:C:2017:364), ap. 53.

el comprador/consumidor que creia que contractava amb un empresari perquè res no li havia permès entendre que la contrapart actuava per compte d'un particular que no tenia aquella condició.¹² Si s'amplia la doctrina d'aquesta sentència a les plataformes, llavors el que importa saber és com es presenta la plataforma al comprador. És a dir, que, malgrat que la plataforma no sigui un agent del comerciant o venedor, tal com passava en aquesta darrera sentència, l'atribució a la primera de responsabilitat per l'incompliment contractual del segon deriva del fet que la plataforma va crear al consumidor la impressió que aquest conclouia el contracte amb ella i que, per tant, li corresponia a ella executar-lo.¹³

2.2. UN MODEL DE *SOFT LAW* DE LA RESPONSABILITAT

Sota els auspicis de l'European Law Institute (ELI), un grup d'acadèmics van redactar uns principis o unes normes model que tenien en compte totes aquestes reflexions i proporcionaven alguns exemples per a conèixer quan s'ha d'entendre que la plataforma té influència o control sobre el prestador de serveis i quines conseqüències cal derivar del fet que les plataformes presentin la informació relativa a la transacció de tal manera que facin creure als consumidors que són elles mateixes les que la proporcionen, o bé els comerciants que actuen sota la seva autoritat o control.¹⁴ Aquestes normes de *soft law* opten clarament per imposar responsabilitat a la plataforma per l'incompliment del proveïdor, sempre que no reveli el seu paper de simple intermediari o quan indueixi el consumidor a confiar raonablement en la seva influència predominant sobre el proveïdor, sens perjudici de poder reclamar després davant del veritable incomplidor. A més, naturalment, la plataforma és responsable dels danys que causi la informació enganyosa que proporcioni, en particular si incompleix el deure d'informar sobre la qualitat amb què actua el proveïdor o el deure d'advertir que la legislació en matèria de consum no s'aplica al contracte entre el proveïdor i el client, quan aquest sigui el cas.¹⁵

12. STJUE C-149/15, assumpte Wathelet (EU:C:2016:840).

13. Sobre la possible ampliació d'aquesta sentència a les plataformes, vegeu la *Comisión: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores* (OJ, núm. C 525 [29 desembre 2021], p. 27-28.

14. Christoph BUSCH, Gerhard DANNEMANN, Hans SCHULTE-NÖLKE, Aneta WIEWIÓROWSKA i Fryderyk ZOLL, «The ELI model rules on online platforms», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2 (2020), p. 61-70; Ruprecht PODSZUM i Philipp OFFERGELD, «Plattformregulierung», p. 259-263; Cemre POLAT i Ş. Barış ÖZÇELİK, «Locating online platforms in the right place: between the Digital Services Act and the Liability Law», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 4 (2023), p. 168-172, esp. p. 171. Les regles estan disponibles a: <www.europeanlawinstitute.eu> (consulta: 3 setembre 2023).

15. Vegeu, en particular, els articles 13-14 i 19-25 de les normes model de l'ELI.

3. LES PLATAFORMES D'INTERMEDIACIÓ QUE PERMETEN CONCLoure CONTRACTES A DISTÀNCIA AMB CONSUMIDORS EN LA *DIGITAL SERVICES ACT*

L'article 6.3 DSA és una norma específica per a les plataformes que actuen com a mercats en línia i que el precepte defineix com un servei d'intermediació per a la conclusió d'un contracte entre un comerciant i un consumidor. Només es consideren els contractes entre empreses i consumidors (B2C), de manera que queden exclosos els contractes entre iguals (B2B o C2C). La norma regula la pèrdua de l'exempció de responsabilitat del prestador de serveis d'intermediació si es donen determinats requisits.

3.1. QUÈ ESTABLEIX L'ARTICLE 6.3 DE LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Segons l'article 6.3 DSA, els mercats en línia no poden gaudir del privilegi de l'exempció de responsabilitat quan presentin la informació concreta o permetin la transacció específica de què es tracti de tal manera que indueixin els consumidors a creure que la informació —o el producte o servei que és objecte de la transacció— és subministrada per la mateixa plataforma en línia o per un destinatari del servei que actua sota el seu control. S'ha de determinar objectivament, sobre la base de totes les circumstàncies escaients, si la informació rellevant relativa a les transaccions pot donar lloc que un consumidor mitjà així ho cregui.¹⁶

Es tracta d'una regla benintencionada que, tanmateix, segurament no proporciona suficient protecció als consumidors. En primer lloc, perquè el criteri del «consumidor mitjà» al·ludeix al consumidor que és capaç de comprendre i està informat raonablement, cosa que obre la porta a discutir com s'ha d'interpretar això i, per tant, a la inseguretat jurídica. En segon lloc, perquè la norma és poc precisa, tal com es tindrà ocasió d'explicar tot seguit.

3.2. QUÈ OMET REGULAR L'ARTICLE 6.3 DE LA *DIGITAL SERVICES ACT*

Què vol dir actuar sota l'autoritat o el control de la plataforma? Només l'exposició de motius (EM) de la norma pot ajudar a comprendre la redacció indefinida

16. Ap. 24 de l'EM de la DSA. Vegeu els comentaris al precedent article 5.3 de la Proposta de DSA, a Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN, «Caracterización contractual», p. 737-742; Caroline CAUFFMAN i Catalina GOANTA, «A new order: the Digital Services Act and Consumer Protection», *ResearchGate* (en línia), 2021, p. 9, <www.researchgate.net/publication/348787835> (consulta: 5 setembre 2023).

de l'article 6.3 DSA. Així, d'una banda, l'apartat 23 de l'EM fa referència a la fixació del preu dels béns o serveis oferts pel proveïdor, com a signe d'influència predominant de la plataforma sobre els elements essencials de les transaccions econòmiques. D'altra banda, l'apartat 24 de l'EM descriu altres comportaments significatius que poden portar els consumidors a suposicions errònies sobre la identitat del proveïdor: per exemple, que una plataforma en línia no mostri clarament la identitat del comerciant,¹⁷ retingui la seva identitat o dades de contacte fins després de la conclusió del contracte entre el comerciant i el consumidor,¹⁸ o comercialitzi el producte o servei en nom propi.¹⁹

3.3. VALORACIÓ PROVISIONAL

Una primera valoració de l'article 6.3 DSA exigeix tenir en compte que aquestes plataformes conserven la seva condició d'intermediàries encara que no exerceixin una funció de *simple* intermediació. Caldria, doncs, distingir entre plataformes proveïdores de béns i serveis que actuen com a part contractual, en el sentit definit per l'apartat 18 de l'EM de la Directiva (UE) 2019/770, del 20 de maig de 2019, sobre continguts digitals; altres plataformes que són meres intermediàries, que no intervenen en la relació contractual entre client i proveïdor; i, finalment, plataformes d'intermediació a les quals també s'atribueix un control del negoci subjacent.²⁰ La DSA s'aplica a aquestes dues darreres categories de plataformes.

17. Vegeu la *Comunicación de la Comisión sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales* (OJ, núm. C 526 [29 desembre 2021], p. 89: «De hecho, si el mercado no informa sobre la identidad del comerciante real y se crea la impresión de que el mercado es el comerciante real, esto puede derivar en que el mercado tenga que asumir la responsabilidad por las obligaciones del comerciante». En relació amb l'obligació de mostrar aquesta informació, vegeu l'article 30.1 DSA i els articles 3.4 (a) (ii) i 4.5 de la Directiva (UE) 2019/2161, del 27 de novembre de 2019, sobre la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió (OJ, núm. L 328 [18 desembre 2019] (en endavant, Directiva de modernització), per la qual s'insereix un nou article 7.4f en la Directiva 2005/29/CE i un nou article 6 bis en la Directiva 2011/83, del 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors, respectivament. Vegeu també els articles 30.7 DSA i 3.5 del Reglament (UE) 2019/1150, del 20 de juny, sobre el foment de l'equitat i la transparència per als usuaris professionals de serveis d'intermediació en línia (OJ, núm. L 186 [11 juliol 2019], en relació amb la visibilitat de la identitat de l'usuari professional que ofereix béns o serveis. En la doctrina, vegeu Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN, «Caracterización contractual», p. 683-690.

18. Art. 20.2b de les normes model de l'ELI.

19. Art. 20.2f de les normes model de l'ELI.

20. Carlos M. Díez Soto, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», a Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA i M. Carmen PLANA ARNALDOS (ed.), *Contratación en el entorno digital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 159-220, esp. p. 203-206 i 210; Raquel

Efectivament, l'article 2.2 DSA estableix clarament que la DSA només té per objecte les plataformes que actuen amb una funció d'intermediació. Això vol dir que, encara que el servei d'intermediació formi part d'un servei global l'element principal del qual és la prestació d'un servei que no és a distància (per exemple, el transport), el servei d'intermediació sí que roman subjecte a les normes de la DSA (ap. 6 EM i art. 2.2 DSA). Això canvia l'orientació anterior de la jurisprudència europea.

Adicionalment, la DSA desmunta la idea que un rol actiu de la plataforma equival a tenir el control del negoci o a presumir el coneixement de la il·licitud. L'apartat 18 de l'EM segueix referint-se a serveis que tenen un rol actiu, però aquest concepte més aviat es construeix sobre nocions com ara «funcions editorials», «coneixement» i «control (intel·lectual)».²¹ L'important, en el context dels mercats en línia, no és observar si tenen o no un rol actiu, sinó analitzar com les plataformes dissenyen els seus serveis de la societat de la informació i esbrinar, així, si, efectivament, actuen com a veritables intermediàries d'allotjament d'informació (*hosting*). Efectivament, avui dia totes les plataformes, com a regla general, tenen un cert grau d'activitat, a còpia d'optimitzar la presentació dels continguts per als usuaris, promocionar-los, etiquetar-los o indexar-los, o bé a còpia de proporcionar funcions de cerca, entre d'altres. Per tant, si es vol identificar l'activitat de «control» amb el «rol actiu» de la plataforma, cal referir-se al control intel·lectual de l'activitat,²² així com establir indicadors pertinents per a determinar quan s'entén que existeix aquest control sobre el negoci subjacent. En la DSA no hi ha indicadors clars. Com queda dit, els apartats 23 i 24 de l'EM donen algunes pistes, però no són prou i, addicionalment, no és segur que un únic paràmetre basti per a entendre que la plataforma té un paper que va més enllà de la mera o simple intermediació.

GUIMARÃES, «As plataformas “colaborativas” enquanto “prestadoras de serviços da sociedade de informação”: reflexões à luz da Lei do comércio eletrônico e desenvolvimentos recentes», a MARIA MIGUEL CARVALHO i ANABELA GONÇALVES (coord.), *Economia colaborativa*, Braga, UMinho, 2023, p. 467-498, esp. p. 474 i seg. (disponible a: <<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.100.19>>; consulta: 8 setembre 2023).

21. És significatiu que les sentències del TJUE C-682/18, del 22 de juny de 2021, assumpte Frank Peterson contra Youtube, i C-683/18, assumpte Elsevier contra Cyando, ap. 79-80, 105-106, 108, 114-115 i 117, hagin descartat que un paper actiu del proveïdor equivalgui al control de l'activitat o a una presumpció de coneixement d'aquesta.

22. Opinió de l'advocat general del TJUE Saugmandsgaard Øe, del 16 de juliol de 2020, en els casos C-682/18, assumpte Frank Peterson contra Youtube, i C-683/18, assumpte Elsevier contra Cyando (ECLI: EU:C:2020:586), ap. 152. Vegeu JÖRG WIMMERS, «The out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act: a disservice to its own goals», *Journal of Intellectual Property Information, Technology and E-commerce Law*, núm. 12 (2022), p. 381-401, esp. p. 384.

4. L'EFECTE DEL PORT SEGUR EN LES PLATAFORMES QUE TENEN UN ROL D'INTERMEDIACIÓ

I què passa quan una plataforma no és simplement intermediària, sinó que, a més, té el control i/o, altrament, proporciona al consumidor la impressió que és l'altra part del contracte? Arribats a aquest punt, cal referir-se a una altra de les novetats de la DSA: manté els ports segurs, regulats prèviament en la Directiva 2000/31/CE, del 8 de juny de 2000, sobre comerç electrònic,²³ a canvi d'imposar deures de diligència als intermediaris (independentment de si són qualificats o no com a plataformes). La DSA instaura un escenari amb deures de diligència diferenciats i adaptats a la naturalesa i el volum de les empreses intermediàries, incloent-hi les empreses d'allotjament de dades (*hosting*) i les plataformes de distribució de continguts i motors de cerca, sobretot les plataformes de volum molt gran (*very large online platforms*) i els motors de cerca de volum molt gran (*very large search engines*).²⁴

La DSA continua fent pivotar l'exempció de responsabilitat sobre la il·licitud (de continguts, productes, serveis, activitats), que es defineix de conformitat amb el dret europeu o amb el dret nacional conforme al dret europeu (art. 3*h* DSA). El concepte es refereix a allò que, en virtut de la legislació aplicable, és il·legal en si mateix o està relacionat amb activitats que són il·legals. L'apartat 12 de l'EM ofereix exemples il·lustratius que reflecteixen àmpliament les normes existents en el context *off line*. En el cas dels mercats en línia, les possibles il·licituds serien les infraccions de deures d'informació, el subministrament d'informació enganyosa i la creació de comerços falsos, així com la falsa qualificació d'un comerciant com a consumidor.²⁵

Un cop perdut el port segur, l'intermediari només és responsable de la infracció si es compleixen les condicions previstes en l'estat membre respectiu. Per tant, no quedar exonerat de responsabilitat (segons el dret de la Unió Europea) no implica una imputació de responsabilitat correlativa i automàtica (que s'ha de determinar segons el dret nacional).²⁶ No obstant això, el fet de perdre la immunitat pot ésser considerat un indici a partir del qual es pot deduir que el prestador tenia coneixement de l'il·lícit o la infracció, o va contribuir-hi d'alguna manera, la qual cosa és, alhora, un indici que

23. OJ, núm. L 178 (17 juliol 2000).

24. Vegeu-ne una perspectiva general a Carlos M. Díez Soto, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea», p. 159-220. Vegeu un comentari exegetíc dels preceptes referits al port segur a Esther Arroyo Amayuelas, «Arts. 4-8 DSA», a Reiner Schulze i Dirk Staudenmayer (ed.), *EU Digital Law*, 2a ed., Baden-Baden, Beck, Hart i Nomos (en premsa).

25. Peter Rott, «New liability of online marketplaces under the Digital Services Act», *European Review of Private Law*, núm. 6 (2022), p. 1039-1058, esp. p. 1047.

26. Vegeu l'obra recent de Cemre Polat i Ş. Barış Özçelik, «Locating online platforms in the right place», p. 168-169, esp. p. 171.

no va existir la diligència deguda a l'hora de fer-la desaparèixer i, per tant, permetria imputar-li responsabilitat per aquesta causa.²⁷

Tot i això, l'apartat 41 de l'EM estableix que les obligacions de diligència deguda són independents de la qüestió de l'exempció de responsabilitat dels prestadors de serveis d'intermediació, segurament perquè ja l'article 54 DSA preveu la possibilitat de respondre dels danys i perjudicis soferts pels usuaris com a conseqüència de l'incompliment o la infracció de les obligacions que la mateixa DSA els imposa (per exemple, la de seguir la traçabilitat dels comerciants o la d'informar de l'existència de continguts il·legals).²⁸ Ara bé, cal suposar que sí que es perd el benefici de l'exempció de responsabilitat si resulta que l'intermediari hauria hagut de tenir coneixement que el contingut que allotja és il·lícit però, en canvi, no el té perquè ha incomplert els seus deures de diligència, com ara establir punts de contacte, disposar d'un mecanisme de notificació i acció, o explicar clarament com ha de fer-se la notificació.²⁹

Hom diria, d'altra banda, que l'article 6.3 DSA parteix precisament de la premissa que l'exempció de responsabilitat no s'aplica quan la plataforma infringeix determinats deures, com ara el de procurar la identitat del comerciant (art. 30.1a DSA). En aquest cas, no sembla correcte recórrer a la pèrdua del port segur perquè la plataforma infringeix obligacions que només ella ha de complir.³⁰ Les plataformes sempre han de respondre per l'incompliment dels serveis auxiliars o accessoris que puguin oferir (per exemple, assegurança de lloguer de cotxes o trasllat de l'aeroport als hotels) i/o per l'incompliment dels seus propis deures de transparència (per exemple, facilitar informació enganyosa o incomplir de qualsevol altra manera els seus deures d'informació d'acord amb la legislació nacional i de la Unió Europea).³¹ La responsabilitat també apareix si s'incompleixen les obligacions relatives al contracte que comparteixen amb el proveïdor del mercat en línia.³² Si les plataformes infringeixen aquests

27. Esther ARROYO AMAYUELAS, «¿Puertos seguros a prueba de futuro?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1 (2020), p. 808-837, esp. p. 809-810.

28. Vegeu *infra* l'epígraf 5.1.

29. Pedro de MIGUEL ASENSIO, «Obligaciones de diligencia», p. 16. Des de la perspectiva de la indemnització dels danys a què té dret el consumidor per la infracció de la plataforma dels seus deures, vegeu Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1055.

30. Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1045-1046.

31. Articles 6 i 7 de la Directiva 2005/29 i 37 de la Directiva de modernització, per la qual es modifica l'annex I de la Directiva 2005/29. Vegeu la *Comunicación de la Comisión sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales* (OJ, núm. C 526 [29 desembre 2021]), p. 87-89.

32. Segons l'article 6 *bis* de la Directiva 2011/83, modificat per l'article 4.5 de la Directiva de modernització, les obligacions relacionades amb el contracte poden ser compartides entre el tercer que ofereix els béns, serveis o continguts digitals i el proveïdor del mercat en línia. Segons la STJUE C-536/20, del 24 de febrer de 2022, assumpte Tíketa, ap. 53, la informació esmentada en l'apartat 1 de l'article 6 de la Directiva 2011/83 només es pot facilitar al consumidor, abans de la celebració del contracte, en les condicions

deures, mai no podrà dir-se que no poden acollir-se al port segur, perquè aquest privilegi només té per objecte eximir-les de responsabilitat pels continguts il·lícits i/o les conductes infractores de tercers. La responsabilitat derivada d'aquelles infraccions és directa i no pot venir determinada pel fet d'haver perdut un port segur que s'aplica en escenaris distints.³³

Per tant, correspon als estats membres establir quan i en quines condicions les plataformes no neutrals (les que tenen el control o les que creen una aparença de ser elles el proveïdor) han de ser responsables de l'incompliment de les obligacions del venedor. L'article 6.3 DSA només preveu que no poden gaudir de l'exempció condicional de responsabilitat de què gaudeixen altres plataformes (intermediàries de *hosting*, en general) davant de les infraccions comeses per tercers que utilitzen els seus serveis.³⁴

5. QUINA ÉS LA RESPONSABILITAT DE LES PLATAFORMES D'INTERMEDIACIÓ?

La DSA preveu els deures de les plataformes en línia de seguir la traçabilitat dels comerciants i d'informar els consumidors situats a la Unió Europea de l'existència de continguts il·legals. La infracció d'aquests deures pot comportar la seva responsabilitat per danys (art. 54 DSA).

5.1. A PROPÒSIT DE LA TRAÇABILITAT DEL VENEDOR

La DSA procura que els proveïdors de plataformes en línia a què fa referència la secció 4 del capítol II (en són excloses les microempreses i les petites empreses) millorin el compliment de la legislació de consum. En particular, l'article 30.1 DSA els obliga a vetllar perquè els comerciants que ofereixen als consumidors conclouen contractes a través dels seus serveis només puguin servir-se'n si abans proporcionen la següent informació seva: *a)* nom, adreça, telèfon i correu electrònic; *b)* una còpia del document d'identificació o qualsevol altra identificació electrònica; *c)* les dades del compte de pagament; *d)* les dades del registre mercantil o el registre públic similar en què estigui inscrit el comerciant, si és el cas, així com el número del registre o mitjà

generals de prestació de serveis del lloc web de l'intermediari, que aquest consumidor accepta activament marcant la casella prevista a aquest efecte, sempre que aquesta informació es posi en coneixement del consumidor de manera clara i comprensible.

33. Cfr. Hans SCHULTE-NÖLKE, «The EU Digital Services Act and EU Consumer Law», p. 707-708.

34. Vegeu una crítica de la insuficiència del precepte per a imposar responsabilitat a les plataformes en el comerç en línia a Cemre POLAT i Ş. Barış ÖZÇELİK, «Locating online platforms in the right place», p. 171.

d'identificació equivalent; e) una autocertificació en virtut de la qual el comerciant, sobre el qual recau la responsabilitat de la informació que facilita, es compromet a oferir únicament productes o serveis que compleixin les normes aplicables en matèria de dret dels consumidors i seguretat dels productes.

Les plataformes han de fer tot el possible per a avaluar si aquesta informació és fiable, completa i exacta, per a la qual cosa, en particular, poden utilitzar les bases de dades en línia i interfícies en línia oficials de lliure disponibilitat, com ara els registres mercantils nacionals i el sistema d'intercanvi d'informació sobre l'impost sobre el valor afegit (IVA), poden sol·licitar documents justificatius fiables als comerciants afectats o bé poden recórrer a altres fonts.

Imposar a la plataforma el deure de facilitar informació sobre el comerciant i garantir que el disseny de la interfície en línia li permeti complir amb aquest deure (art. 31 DSA) pretén deixar clar amb qui contracta el consumidor, garantir la traçabilitat i/o suspendre la prestació del seu servei a determinats comerciants que no atenen la sol·licitud de proporcionar informació fiable, completa i actualitzada (art. 30.3 i 31.3 DSA). Tot i això, els prestadors de plataformes en línia no estan obligats a fer activitats de cerca excessives o costoses, ni a fer comprovacions desproporcionades (ap. 73 EM i art. 30.2 DSA),³⁵ de manera que la seva responsabilitat per la infracció d'aquest deure no és evident. Addicionalment, la informació no és pública i cal que la llei reconegui el dret a obtenir-la.³⁶ En tot cas, fins i tot encara que una ordre judicial autoritzi accedir-hi a petició del consumidor perjudicat (art. 9 DSA), tampoc no serà d'utilitat si resulta que els consumidors no poden demandar els comerciants perquè, per exemple, resideixen en un altre país o no són solvents.

5.2. A PROPÒSIT DE LA IL·LICITUD DELS PRODUCTES O SERVEIS

D'altra banda, les plataformes només han de comprovar aleatòriament si els productes oferts per tercers han estat considerats il·legals (art. 31.3 DSA). L'article 32 DSA crida especialment l'atenció perquè, encara que obliga la plataforma a explicar individualment als consumidors afectats —o, si no té el contacte, públicament en la

35. Les normes sobre seguretat dels productes promulgades recentment segueixen aquest mateix plantejament. Vegeu ara l'apartat 58 de l'EM i els articles 18, 19 i 22 del Reglament (UE) 2023/988 del Parlament Europeu i del Consell, del 10 de maig de 2023, relatiu a la seguretat general dels productes (OJ, núm. L 135 [23 maig 2023]). L'article 20.10b del Reglament recalca que és l'autocertificació dels comerciants la que els compromet a oferir únicament productes que compleixin el que disposa el Reglament i la informació addicional d'identificació, de conformitat amb l'article 30.1 DSA.

36. L'apartat 18.4 de l'Österreichisches E-Commerce-Gesetz sí que admet el dret del consumidor a conèixer si ha contractat amb un establiment fals, per exemple. Sobre això, vegeu Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1049-1051.

interfície en línia— la detecció dels productes o serveis il·lícits oferts a través dels seus serveis. Aquest deure es limita als productes adquirits en els darrers sis mesos des del moment en què la plataforma té coneixement de la dita il·licitud. La plataforma no és responsable d'haver fet possible la il·legalitat i simplement ha d'advertir els consumidors enganyats de la identitat del comerciant i dels recursos de què disposen contra aquest. En tot cas, el consumidor pot adreçar una reclamació per danys si la plataforma no compleix el seu deure i pot demostrar que hauria pogut obtenir la reparació del dany si la plataforma li hagués proporcionat la informació.³⁷

5.3. A PROPÒSIT DE L'INCOMPLIMENT DEL CONTRACTE PER PART DEL VENEDOR

5.3.1. *L'exemple portuguès*

Fins on tinc coneixement, Portugal és l'únic país que ha regulat la responsabilitat de les plataformes no neutrals d'acord amb la regulació proposada per les normes model sobre plataformes en línia de l'ELI.³⁸ Així, si es donen els requisits previstos en l'article 44 del Decret llei 84/2021, els mercats en línia són responsables solidaris amb els comerciants per manca de conformitat. El precepte estableix el següent:³⁹

1. El proveïdor de mercat en línia que, actuant per a fins relacionats amb la seva activitat, sigui part contractual del professional que posa a disposició el bé, contingut o servei digital, és responsable solidàriament davant del consumidor per manca de conformitat en els termes d'aquest decret llei.

2. Als efectes del que disposa el número anterior, el proveïdor del mercat en línia serà considerat part contractual del professional sempre que exerceixi una influència predominant en la conclusió del contracte, cosa que succeirà en els supòsits següents:

a) El contracte es conclou exclusivament a través dels mitjans que posa a disposició el proveïdor del mercat en línia.

b) El pagament s'executa exclusivament a través dels mitjans que posa a disposició el proveïdor del mercat en línia.

37. Peter ROTT, «New liability of online marketplaces», p. 1052.

38. Sobre aquest particular, vegeu Jorge MORAIS CARVALHO, «Portugal», a Alberto DE FRANCESCHI i Reiner SCHULZE (ed.), *Harmonising Digital Contract Law*, Baden-Baden, Hart, Beck i Nomos, 2023, p. 533-545, esp. p. 541-542.

39. La traducció és nostra.

c) Les condicions del contracte conclòs amb el consumidor estan establertes principalment pel proveïdor del mercat en línia, o el preu que ha de pagar el consumidor pot estar influït per aquest darrer.

d) La publicitat associada se centra en el proveïdor del mercat en línia, i no en els professionals.

3. Sens perjudici del que preveu l'apartat anterior, a l'efecte d'apreciar l'existència d'influència predominant en la conclusió del contracte, podran prendre's en consideració qualssevol fets que puguin generar en el consumidor la confiança que el proveïdor del mercat en línia exerceix una influència dominant sobre el professional que subministra el bé, contingut o servei digital.

5.3.2. *I a Espanya/Catalunya?*

La responsabilitat de la plataforma per l'incompliment d'un contracte que no ha conclòs i del qual per a ella no es deriva cap obligació és una qüestió complexa. Certament, atribuir-li responsabilitat és contrari al principi de relativitat dels contractes i, tanmateix, si el legislador europeu decidís fer-ho tampoc no seria la primera vegada que això passa.⁴⁰ Sense referir-se específicament a les plataformes, el Codi de consum de Catalunya (CcoCat) ja havia previst, amb caràcter general i no necessàriament en un context d'actuació representativa, la responsabilitat solidària de l'empresari i l'intermediari que presenta o ofereix la possibilitat d'adquirir béns o serveis als consumidors (art. 231-1 i 231-5.2 CcoCat), pels incompliments d'aquest darrer, si bé les conseqüències van més enllà del dret privat. Segons aquesta regla, l'empresari també ha de respondre davant del consumidor per l'incompliment de deures que únicament corresponen a l'intermediari, amb qui el primer manté una relació contractual. No és exactament el que aquí es discuteix, però l'exemple il·lustra molt bé que el principi de relativitat dels contractes no és absolut i que el legislador en pot prescindir sempre que així ho exigeixi la protecció dels consumidors.

És raonable imposar responsabilitat a les plataformes quan aquestes no són neutrals i exerceixen un rol predominant de control, atès que aquestes no es limiten a facilitar les transaccions, sinó que, més enllà, influeixen en els contractes dels seus usuaris i transformen les relacions de mercat. A més, hi ha una vinculació econòmica

40. Vegeu l'apartat 46 i els articles 13 i 23 de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlament Europeu i del Consell, del 25 de novembre de 2015, relativa als viatges combinats (OJ, núm. L 326 [11 desembre 2015]); a més, Carlos M. Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea», p. 211 i seg., i Ruprecht PODSZUM i Philipp OFFERGELD, «Plattformregulierung», p. 261. A propòsit de les plataformes de compravenda d'entrades, vegeu Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, «Productores, proveedores plataformas, intermediarios, guardianes de acceso», a Ángel CARRASCO PERERA (dir.), *Derecho del consumo: Materiales, fundamentos, aplicaciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, p. 459-486, esp. p. 473-474.

entre els diferents contractes que es conclouen en i amb les plataformes que també hauria de ser tinguda en compte. En darrer terme, si el consumidor contracta amb el proveïdor de béns i serveis a través de la plataforma, és precisament per la confiança que aquesta última li ofereix. A Espanya, la confiança o bona fe que els adquirents disposen en tercers és un argument que ha estat tingut en compte especialment en les sentències sobre el Dieselgate. És per això que la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de l'11 de març de 2020⁴¹ permet al consumidor reclamar danys al fabricant. La Sentència considera que aquest és un dret bàsic del consumidor que podria quedar frustrat si el venedor fos insolvent, o que podria veure's afectat si el venedor fos de bona fe però, en canvi, el fabricant fos dolós (art. 1107 del Codi civil espanyol). Així doncs, si l'automòbil no és conforme, respecte del comprador final no existeix només un incompliment directe del venedor, sinó també un incompliment del fabricant que el va posar en el mercat i en va fer publicitat; i el dany patit pel comprador es correspon directament amb l'incompliment atribuït al fabricant. Per tant, si aquesta acció (contractual) directa és possible davant del fabricant, amb una amplitud que va més enllà del que preveu l'article 125 del text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris, per què s'hauria de descartar que també pogués exercir-se davant de la plataforma quan sigui aquesta la que, en definitiva, creï el risc de contractar amb ella? Aquests riscos —quan existeixin— haurien de ser suportats per la plataforma, de manera solidària amb el venedor, sens perjudici de l'acció de regrés que aquesta pugui exercir contra aquest últim, atès que la plataforma és qui està en millor posició per a exigir responsabilitats al proveïdor incomplidor.⁴²

Per tant, és raonable que aquestes plataformes hagin de respondre contractualment no només de l'incompliment dels seus propis deures —perquè així ho han assumit en el contracte amb el venedor o perquè així ho imposa la diligència professional—, sinó també quan qui infringeix les seves obligacions és el tercer, és a dir, el venedor (que no compleix, compleix amb retard o compleix malament). A Espanya, fins ara, les plataformes han estat considerades responsables solidàries només quan s'ha pogut entendre que implícitament havien assumit el paper de garant del compliment de les obligacions contractuals dels proveïdors; per exemple, quan han proporcionat informació enganyosa sobre les normes de qualitat del servei subjacent. En particular, ho creu així la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Conca del 8

41. RJ 2020\752. Vegeu també la STS del 23 de febrer de 2021 (RJ 2021\3583).

42. Caroline CAUFFMAN i Catalina GOANTA, «A new order: the Digital Services Act and Consumer Protection», p. 10. Vegeu la Resolució del Parlament Europeu sobre la millora del funcionament del mercat únic (secció vi) i el Projecte d'informe IMCO I (2020/0361 (COD)); en concret, d'aquest darrer, l'esmena 73, amb una proposta de nou art. 5a.

de maig de 2018.⁴³ Amb tot, alguns arguments utilitzats en aquesta sentència no són lògics, ja que no es pot afirmar seriosament que la plataforma hauria d'haver informat el consumidor que el prestador del servei no era legal i que no disposava de la preceptiva assegurança de responsabilitat civil o d'accidents. Si la plataforma hagués tingut coneixement d'aquesta situació, la responsabilitat no derivaria aleshores de la manca d'informació al consumidor, sinó de la no retirada immediata de l'oferta dels serveis allotjats.

6. CONCLUSIONS

Han de ser benvingudes les novetats que incorpora la DSA a propòsit de la responsabilitat de les plataformes que actuen com a mercats en línia. Amb tot, la regulació encara depèn massa de com els estats decideixin regular aquesta responsabilitat. De moment caldrà estar amatents a l'evolució del règim portuguès i a la jurisprudència nacional, que tal vegada obrirà el camí al legislador en el nostre i en altres països.

43. Vegeu referències ulteriors a aquesta sentència a M. Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, p. 208-210, i a Carlos M. Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea», p. 191-192.

LA IMPUGNACIÓ D'ACTES JURÍDICS DE LA PERSONA AMB DISCAPACITAT

Khadidiatou Sall Sall
Universitat de Lleida

Resum

L'entrada en vigor de la Convenció de Nova York sobre els drets de les persones amb discapacitats s'ha traduït, en el terreny normatiu català, en l'aprovació 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*, amb l'objectiu de promoure l'autonomia i el respecte de les voluntats, els desitjos i les preferències de les persones amb discapacitat. La causa d'una discapacitat que afecta la capacitat volitiva d'una persona ja no és motiu per a incapacitar-la, sinó per a proveir-li les mesures de suport necessàries per al ple exercici de la seva capacitat jurídica en igualtat de condicions amb la resta de persones.

El present treball té com a objectiu analitzar el nou règim d'impugnació dels actes jurídics de la persona amb discapacitat, proveïda o no de suport, amb una dedicació especial a l'article 226-5 del Codi civil de Catalunya (CCCat), reformat recentment, la interpretació del qual, ateses la seva senzillesa i brevetat, exigeix alts esforços hermenèutics. Amb tot, al llarg del treball es farà una exegesi del precepte que integri, alhora, el respecte de la normativa internacional amb la realitat social i mèdica.

Paraules clau: anul·labilitat, actes jurídics, persona amb discapacitat, discerniment, voluntat, capacitat jurídica, mesura de suport.

LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS JURÍDICOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Resumen

La entrada en vigor de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidades se ha traducido, en el plano normativo catalán, en la aprobación del Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que *se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad*, con el objetivo de promover la autonomía y el respeto de las voluntades, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad. La causa de una discapacidad que afecta a la capacidad volitiva de una persona ya no es motivo para incapacitarla, sino para proveerle las medidas de apoyo

necesarias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de personas.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el nuevo régimen de impugnación de los actos jurídicos de la persona con discapacidad, provista o no de apoyo, con una dedicación especial al artículo 226-5 del Código civil de Cataluña (CCCat), reformado recientemente, cuya interpretación, dadas su sencillez y brevedad, exige altos esfuerzos hermenéuticos. Con todo, a lo largo del trabajo se hará una exégesis del precepto que integre, al mismo tiempo, el respeto de la normativa internacional con la realidad social y médica.

Palabras clave: anulabilidad, actos jurídicos, persona con discapacidad, discernimiento, voluntad, capacidad jurídica, medida de apoyo.

THE ANNULMENT OF THE LEGAL ACTS OF THE DISABLED PERSON

Abstract

As a consequence of the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the decree-law 19/2021 of 31 August has adapted the Catalan civil code aiming at promoting autonomy and respect for the wishes and preferences of disabled people. The disability affecting a person's volitive capacity is no longer a reason to deprive her of contractual capacity but to provide her with the necessary support measures for the full exercise of their legal capacity on an equal footing with the rest of the people.

The goal of this paper is to analyse the new Catalan legal system for challenging legal acts conducted by disabled persons, supported or not by an assistant, focusing on the newly reformed article 226-5 CCCat, whose wording, given its simplicity and shortness, requires high hermeneutic efforts. Legitimation to challenge and limitation periods are also analysed.

Keywords: relative nullity, legal acts, disabled people, discernment, will, juridical capacity, support measures.

1. INTRODUCCIÓ

El 31 d'agost de 2021 es va aprovar el Decret llei 19/2021, pel qual es modifica i s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat a fi de donar compliment a la Convenció de Nova York sobre els drets de les persones amb discapacitats (CNY). Sorprenentment, tot i que Espanya va ratificar la CNY el 3 de maig de 2008, han hagut de passar tretze anys perquè el legislador català modifiqui el dret vigent. A més, es tracta d'una reforma parcial, el detonant de la qual va ser l'aprovació de la Llei estatal 8/2021, a l'espera que es completi la reforma del llibre segon del CCCat. Aquesta demora no és irrellevant: traspua un cert desinterès per part del legislador, que van posar en relleu diferents associacions, com ara el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI),¹ en considerar que es tractava d'una espera injustificada que menyscabava el dret al reconeixement de la plena capacitat jurídica.

El present treball se centra en l'estudi del règim d'impugnació dels actes jurídics de la persona amb discapacitat en el dret civil català. Un estudi que si bé posa el focus en el que estableix el reformat article 226-5 CCCat, també analitza supòsits que no encaixen exactament amb la redacció que ha donat al precepte el Decret llei 19/2021.

La realització d'actes jurídics constitueix, possiblement, la principal manifestació de l'exercici de la capacitat jurídica d'una persona en l'àmbit patrimonial. Quan l'exercici d'aquesta capacitat queda limitada per raó de determinades malalties i trastorns, esdevé necessari trobar la manera que la causa de la discapacitat no sigui un impediment per a actuar en el tràfic jurídic. Com en qualsevol altre negoci amb transcendència jurídica, la conclusió de contractes requereix perquè siguin vàlids que les parts tinguin suficient capacitat de voler i entendre (art. 1261 del Codi civil espanyol [CC]).

Ni el Decret llei 19/2021, ni abans la Llei estatal 8/2021, ni consegüentment els preceptes que han resultat reformats per aquestes lleis, ofereixen una definició de *discapacitat*.² Tampoc no ho fa el Conveni, que únicament es limita a dir en l'apartat *e* del preàmbul:

[...] la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.³

1. Vegeu: <<https://cermi.es/noticia/la-convencion-de-la-onu-sobre-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-a-examen-en-este-xi-congreso-de-la-abogacia>>.

2. A. VAQUER ALOY (2022: 506); A. J. QUESADA SÁNCHEZ (2022: 24).

3. Autors com H. HIDALGO CEREZO (2022: 60) qualifiquen la definició com a «desencertada».

Així doncs, hem de recórrer a altres recursos per a aproximar-nos al concepte. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española concep la discapacitat com aquella «[s]ituación de la persona que, por sus condiciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales duraderas, encuentra dificultades para su participación e inclusión social». D'altra banda, l'Optimot la defineix com el «resultat de la interacció entre la deficiència d'una persona i les barreres de l'entorn, que suposa una limitació en l'activitat i la consegüent restricció en la participació en igualtat de condicions que la resta de ciutadans».

De la conjugació d'ambdues definicions es desprèn que la discapacitat no és una qüestió que estigui determinada per la pròpia deficiència de la persona, sinó per les barreres i els obstacles que no permeten la participació i l'exercici de la seva capacitat jurídica d'una manera plena i efectiva i en igualtat de condicions amb la resta de persones.⁴

La reforma més vistent i, probablement, més complexa es produeix precisament en aquest punt, on la CNY i, consegüentment, el Decret llei tenen com a objecte principal preservar la dignitat de les persones amb discapacitat i permetre que puguin exercir els seus drets conforme a les seves voluntats, desitjos i preferències, tot establint uns sistemes de suport. L'article 12 CNY estableix una declaració de principis rotunda que es tradueix en el fet que la capacitat jurídica és quelcom inherent a l'ésser humà.⁵ Circumstància que implica, *per se*, que la històrica dicotomia capacitat jurídica - capacitat d'obrar queda diluïda o, fins i tot, eliminada respecte de les persones majors d'edat, amb el benentès que tota persona, pel fet de ser-ho, té personalitat jurídica i, per consegüent, capacitat —tot i que això ja resulta de l'article 30 CC i no es posa en dubte, una qüestió diferent és l'exercici d'aquesta capacitat jurídica, que és on sorgeixen els problemes.

De manera paral·lela, totes les institucions configurades i regulades davant d'aquesta dicotomia queden suprimides: la tutela i la curatela de les persones majors d'edat amb discapacitat —només els menors poden tenir tutors i curadors— (antics art. 222-1b i 223-1b CCCat, respectivament). I, també, la potestat parental prorrogada i rehabilitada dels articles 236-33 i 236-34 CCCat, respectivament, a causa que desapareix tota equiparació entre la persona menor d'edat i la persona amb discapacitat. La disposició transitòria segona del Decret llei assenyalava que les institucions esmentades que hagin estat constituïdes amb anterioritat a l'entrada en vigor de la llei es mantindran fins que es faci la revisió corresponent en un termini màxim d'un any

4. S. ROSENBAUM (2022: 4): «Disadvantaged situations (lack of a physical, economic or social characteristic) are believed to be a result of barriers produced by society and society is responsible for taking care of these individuals and for improving their conditions».

5. Sobre la presumpció de capacitat jurídica que s'instaura en el sistema, vegeu A. VAQUER ALOY (2022: 506), J. RIBOT IGUALADA (2022: 311) i J. DAMIÁN MORENO (2022: 401).

i, com bé matisa en el seu incís tercer, cal «aplicar-hi, si s'escau, el règim d'assistència que regulen els articles 226-1 a 226-8 del Codi civil de Catalunya».

2. L'ARTICLE 226-5 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: DELIMITACIÓ DEL SEU SUPÒSIT DE FET

Per a poder fer l'exegesi de l'article 226-5 CCCat cal, en primer lloc, tenir presents els possibles escenaris que presenta el precepte. La delimitació del supòsit de fet de l'article 226-5 CCCat ens permet saber quins d'aquests escenaris es poden encabir dins de l'article i, per tant, deduir quins actes jurídics podran ser objecte d'impugnació prenent com a fonament aquest precepte, així com els supòsits que no encaixen en la seva lletra i que, tanmateix, són susceptibles d'impugnació amb fonament en altres preceptes legals que, si escau, també caldrà determinar en atenció a l'acte en concret.

2.1. COMPARACIÓ AMB L'ANTERIOR ARTICLE 226-3 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Atesos els canvis introduïts per la reforma, resulta interessant fer una comparativa entre la redacció que es trobava en l'article 226-3 CCCat sota la rúbrica «Anul·labilitat dels actes de la persona assistida» i la redacció actual a conseqüència de la modificació introduïda per l'article 2 del Decret llei 19/2021, del 31 d'agost, amb l'encapçalament «Ineficàcia d'actes de la persona assistida»:

Article 226-3. Anul·labilitat dels actes de la persona assistida	Article 226-5. Ineficàcia dels actes de la persona assistida
Els actes jurídics que la persona assistida faci sense la intervenció de l'assistent, si aquesta intervenció és necessària, són anul·lables a instància de l'assistent o de la persona assistida. També ho són a instància del tutor, si es constitueix la tutela, i dels hereus de la persona assistida, en el termini de quatre anys a comptar de la posada en tutela o la mort d'aquesta.	Els actes jurídics que la persona assistida faci sense la intervenció de la persona que l'assisteix, si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència, són anul·lables a instància de qui assisteix, de la persona assistida i de les persones que la succeeixin a títol hereditari, en el termini de quatre anys des de la celebració de l'acte jurídic.

A simple vista es pot detectar un canvi en la redacció de les rúbriques dels articles. En la redacció derogada, l'article portava per rúbrica un tipus d'ineficàcia concreta, l'anul·labilitat, mentre que ara s'ha optat per la noció genèrica d'*ineficàcia*. No obstant això, aquest canvi no és substancial, amb el benentès que no implica una alteració del règim jurídic aplicable, ja que, tot i l'amplitud del concepte, l'article se segueix concretant en l'anul·labilitat.

Tanmateix, es pot apreciar que en la versió derogada l'àmbit d'aplicació de l'article era molt més ampli. El legislador no limitava l'exercici de la pretensió al fet que la necessitat de la intervenció quedés manifestada en la constitució de la mesura. Això implicava una inclusió *de facto* de tots els actes duts a terme per la persona assistida, en general, i no únicament la dels actes concrets als quals es referia la sentència d'incapacitació. Amb la nova redacció, el legislador introdueix una matisació que implica una restricció de l'espectre d'aplicació de l'article: «[...] si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència [...]».⁶ Això porta a reflexionar sobre quina ha estat la intenció del legislador quan ha afegit aquest incís. Les possibles interpretacions que suscita, atesa la seva amplitud, són diverses i seran el punt clau que determinarà l'abast de l'article, això és, els supòsits que s'hi poden subsumir.

El focus de la reforma és promoure l'autonomia de les persones amb discapacitat i proveir-les de suport si, quan han de dur a terme un acte per al qual cal el ple exercici de la capacitat jurídica, no tenen prou discerniment per a executar l'acte jurídic en qüestió. Per tant, l'element determinant no és si existeix una persona que presta suport,⁷ sinó quines són les seves comeses: els actes i negocis concrets per als quals és necessària la seva presència per tal de permetre l'exercici de la capacitat jurídica en igualtat de condicions i, per tant, evitar possibles impugnacions.

Totes aquestes qüestions permeten defensar que el canvi terminològic introduït pel legislador persegueix restringir l'àmbit d'aplicació de l'article, i ho fa tot plasmant els principis de necessitat i proporcionalitat: l'assistent només ha d'intervenir en els actes i negocis per als quals la persona amb discapacitat no té el ple exercici de la seva capacitat jurídica. Només poden ser objecte d'impugnació, en el sentit de l'article 226-5 CCCat, els actes i negocis jurídics que es consideren en la mesura voluntària o judicial i que la persona assistida ha conclòs sense la presència de la persona que li presta suport.

6. Matisació que es manté en la redacció de l'article 222-57.2 de l'Avantprojecte de Llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones, que es pot consultar a <<https://governobert.gencat.cat/ca/transparencia/normativa-i-informacio-interes-juridic/normativa/normativa-en-tramit/jus/en-tramit/llei-ccc-suport-discapacitacio>>.

7. Abans de la reforma, la mera no-intervenció del suport quan aquest era preceptiu ja era causa d'impugnació del negoci. Vegeu: E. ARROYO AMAYUELAS (2017: 482).

Una altra diferència que s'aprecia és la supressió, en la nova redacció, de qual-sevol mena de referència al tutor, que, com ja s'ha explicat, en aquest nou paradigma i únicament respecte de les persones majors d'edat, ja no intervé.

Finalment, el *dies a quo* de la pretensió, que abans de la reforma se situava en la posada en tutela o, si era el cas, en el moment de la mort de la persona assistida, ara queda fixat en el moment de la celebració de l'acte jurídic.

2.2. SUPÒSITS EXCLOSOS SEGONS LA REDACCIÓ DE L'ARTICLE 226-5 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La interpretació de l'expressió «si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència» permet determinar quins supòsits poden encabir-se dins de l'article 226-5 CCCat i, de retruc, també quins en resten exclosos, que són els següents: els actes jurídics conclosos per una persona amb discapacitat no assistida, els actes jurídics no inclosos en la mesura voluntària o judicial i, per a acabar, l'excepció de béns i serveis d'escassa quantia.

2.2.1. *Actes i negocis jurídics conclosos per una persona amb discapacitat sense mesura de suport*

Si hi ha quelcom que resulta inconcís en la redacció de l'article 226-5 CCCat és que s'adreça a les persones assistides. Per tant, no es poden subsumir dins d'aquest article els actes jurídics que han estat conclosos per una persona amb discapacitat no assistida, en el sentit que no està proveïda d'una mesura de suport. Per tal de determinar a quin règim jurídic cal acudir, s'ha de distingir si, en el moment en què es va celebrar aquell acte, la persona amb discapacitat tenia o no prou discerniment. En cas que tingués plenes facultats volitives i d'enteniment, el negoci celebrat, en principi, es considera vàlid —igual de vàlid que un negoci celebrat per una persona sense discapacitat o per una persona amb discapacitat assistida amb la concurrència de la persona que li presta assistència—, llevat que es pugui demostrar que ha patit algun vici de la voluntat.

Si manca prou discerniment (el que comunament s'anomenava *capacitat natural*), el negoci esdevé nul per absència de consentiment, en el sentit de l'article 1261.1 CC. Per tant, per tal que aquest negoci sigui nul, cal que es provi la manca de «capacitat natural» en el moment de concloure l'acte jurídic —en els supòsits que poden subsumir-se en l'article 226-5 CCCat, en principi es pressuposa que en gaudeix i, per tant, no se n'ha de provar l'absència.

Per a acabar, cal tenir present que aquí es defensa la necessitat que l'altra part negocial obtingui un avantatge injust,⁸ que s'entén com un vici del consentiment⁹ que afecta la formació de la voluntat d'una persona capaç. No és un tema pacífic entre la doctrina, però resulta innegable que tant des del punt de vista de la persona amb discapacitat —que no s'adona d'aquest avantatge— com del de la contrapart —que se n'aprofita—,¹⁰ són actuacions que s'assimilen als postulats tradicionals del vici de voluntat.¹¹

2.2.2. *Actes i negocis jurídics no inclosos en la mesura voluntària o judicial*

El terme *necessitat* ha d'entendre's en sentit restrictiu i formal. La menció explícita que l'article 226-5 CCCat fa del fet que la intervenció ha de ser necessària, d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència, indueix a pensar que la «necessitat», en el règim d'anul·labilitat del CCCat, adquireix rellevància jurídica només quan aquesta es manifesta en la resolució judicial o en l'escriptura pública. Això explica que la necessitat material, per si sola, no sigui suficient per a poder aplicar l'article 226-5 CCCat. Els actes i negocis jurídics no previstos formalment queden fora de l'àmbit d'aplicació de l'article, tot i que la causa de la discapacitat sigui la causa de vici del consentiment, per una qüestió purament de seguretat jurídica.¹²

Aquest esdevé un dels grans problemes un cop determinada l'extensió de l'article. La restricció dels supòsits implica, paral·lelament, que s'inverteix la càrrega probatòria en els casos que queden exclosos. Les circumstàncies de les persones varien i pot donar-se el cas que, per l'evolució de la discapacitat, al cap del temps s'hagi dut

8. Vegeu el subapartat 4.2.3.

9. Vegeu una anàlisi exhaustiva en dret comparat respecte al tractament de l'avantatge injust en els diferents models, a F. J. INFANTE RUIZ (2021).

10. E. BOSCH CAPDEVILA, P. del POZO CARRASCOSA i A. VAQUER ALOY (2016: 202) asseveren que «[...] tanto el conocimiento equivocado, como la falta de libertad, pueden derivar de circunstancias que nada tienen que ver con la otra parte contractual, como por ejemplo la situación de necesidad de la víctima. Sin embargo, el hecho de que aquella parte se aproveche de estas circunstancias, permite la anulación del contrato».

11. Vegeu, en defensa de l'avantatge injust com a vici del consentiment, E. GÓMEZ CALLE (2018: 155) i E. BOSCH CAPDEVILA, P. del POZO CARRASCOSA i A. VAQUER ALOY (2016: 189). En una posició híbrida trobem F. BADOSA COLL (2016: 400-401) i R. BARCELÓ COMPTE (2019: 150), que opten per una qualificació de l'avantatge injust com a vici del negoci —que no necessàriament ha de ser estrictament un vici del consentiment.

12. J. R. de VERDA Y BEAMONTE (2022: 94) precisa que la *necessitat* no s'ha de concebre com a sinònim de *conveniència*; E. VÁZQUEZ DE CASTRO (2022: 527) indica que «[...] parece apostarse por un principio de seguridad jurídica ante el que cede la protección del contractante que adoleciendo de una discapacidad que pudo viciar su consentimiento no tenía formalmente establecidas medidas de apoyo».

a terme un determinat acte jurídic que no va quedar previst inicialment en la mesura voluntària o judicial (per això és rellevant revisar amb periodicitat les mesures de suport). És per això que, en el moment que es constitueixi la mesura de suport, resulta imprescindible determinar-ne l'abast amb visió previsora, tenint en compte les possibles circumstàncies que es poden produir en un futur, la possible evolució de la malaltia, els trastorns, etc. —fet que no deixa de ser una qüestió complicada i, a vegades, fora de l'abast de la persona afectada i dels professionals que intervenen.

Amb tot, per tal de determinar la conseqüència jurídica de l'actuació de la persona amb discapacitat sense la persona designada voluntàriament com a suport, aquest element objectiu no serà suficient —és a dir, el que aquí s'ha anomenat *necessitat formal*—. A banda de la confluència de les dues necessitats —material i formal—, hi ha d'haver un requisit addicional que, si bé no es dedueix del tenor literal de l'article, sí que es desprèn dels principis que inspiren la nova regulació. Es tracta dels principis de proporcionalitat i necessitat —sobretot, d'aquest darrer—. Atès que un dels principals objectius és promoure l'autonomia de les persones amb discapacitat, hi ha un altre factor que s'ha de tenir en compte: la «capacitat natural» de la persona en el moment de concloure l'acte jurídic en qüestió¹³ —pot haver-hi moments de «lucidesa intermitent» i, per tant, que en aquell instant concret la persona pugui per si sola formar i exterioritzar la seva voluntat lliurement—. Això comportarà que aquells actes jurídics que, d'acord amb la mesura voluntària, han de ser conclusos per la persona amb discapacitat amb la intervenció de la persona titular de la mesura de suport, puguin salvaguardar-se del règim d'ineficàcia quan la persona amb discapacitat els hagi conclòs tota sola en un moment en què sí que gaudia de capacitat de voler i entendre.

2.2.3. *Excepció de béns i serveis d'escassa quantia*

Tal com s'han plantejat els supòsits de fet exclosos inicialment de l'article 226-5 CCCat, sembla que es doni per fet que la facultat d'anul·lar actes jurídics celebrats per qui no té capacitat d'entendre i voler —sotmès o no a una mesura de suport— és general. Malgrat això, aquestes exclusions s'han d'entendre tenint en compte el que es coneix com a «excepció de béns i serveis d'escassa quantia», més conegut en el marc contractual anglosaxó com a «contracts for necessities».¹⁴ El mateix nom de l'excepció plasma que determinats actes jurídics no han de ser impugnables; per exemple,

13. M. C. NÚÑEZ ZORRILLA (2014: 114 i seg.) ja defensava aquesta idea en la versió derogada (art. 226-3 CCCat).

14. Si bé és cert que aquesta denominació és més comuna en relació amb els menors; vegeu J. BEATSON (1998: 212). Per a les persones amb discapacitat, aquesta excepció també es coneix com a «liability for necessities»; vegeu *Chitty on contracts* (1994: 464) i E. MCKENDRICK (2015: 290). La nostra figura funcional equivalent és la liberalitat d'ús, això és, els regals de costum; vegeu C. ROGEL VIDE (2011: 83).

compres ordinàries d'alimentació, atencions mèdiques, donacions de poca quantia, etc.; en definitiva, béns o serveis que no tindria cap sentit que poguessin ser objecte d'impugnació per la seva poca rellevància i repercussió patrimonial. La mateixa idea es conté, per als menors d'edat, en l'article 211-5b CCCat: no són impugnables els actes jurídics relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d'acord amb els usos socials.

La interpretació de l'article 226-5 CCCat a l'empara d'aquesta excepció permet i contribueix a la consecució de tres principis que connecten amb el punt de partida de la reforma: l'autonomia personal de les persones amb discapacitat, la seguretat jurídica i el principi d'estabilitat dels contractes. Aquí es considera que la restricció de l'exercici de la capacitat jurídica d'una persona, atesa la causa de la seva discapacitat, cedeix davant la poca transcendència jurídica de l'acte. Altrament, un sens fi d'actes quotidians, necessaris i insignificants, podrien ser objecte d'anul·lació sense cap motivació més que la mera absència del suport, fet que contribuiria, a més, a una saturació dels òrgans judicials.

És cert que la denominació donada segurament és ambigua perquè és genèrica, ja que la transcendència jurídica, entre d'altres, també depèn de les circumstàncies concretes de la persona assistida en qüestió i, per tant, un acte únicament pot ser objecte d'anul·lació si es considera perjudicial per a la concreta persona amb discapacitat —com succeeix en el dret anglès—. ¹⁵ Al cap i a la fi, es tracta de promoure una construcció jurisprudencial que fixi els béns i serveis exclosos, però també els límits entre els quals poden oscil·lar els valors per a poder considerar-se com a transaccions necessàries de la vida quotidiana (per exemple, la quantia màxima d'un regal de costum).

2.3. SUPÒSIT INCLÒS: ACTES I NEGOCIS JURÍDICS CELEBRATS PER UNA PERSONA AMB DISCAPACITAT PREVISTOS EN LA MESURA VOLUNTÀRIA O JUDICIAL SENSE LA INTERVENCIÓ DE LA MESURA DE SUPORT

Un cop delimitat l'objecte de l'article 226-5 CCCat, l'únic supòsit que s'hi pot encabir és el dels actes i negocis jurídics celebrats per la persona amb discapacitat, previstos en la mesura voluntària o judicial, duts a terme sense la mesura de suport (amb i sense efectes representatius) —de manera que, en realitat, no s'innova gaire l'orde-

15. *Chitty on contracts* (1994: 464): «[...] by section 3 of the Sale of Goods Act 1979 it is provided that where necessities are sold and delivered to a person who by reason of mental incapacity is incompetent to contract, he must pay a reasonable price for them; and further that “necessaries” in this section means goods suitable to the condition in life such person, and to his actual requirements at the time of the sale and delivery»; E. MCKENDRICK (2015: 290): «[...] if necessary goods or services are supplied to a person who lacks capacity to contract for the supply, he must pay a reasonable price for them (and necessities, for this purpose, are defined to mean suitable to a person's condition in life and his actual requirements at the time when the goods or services are supplied»); J. BEATSON (1998: 229).

nament jurídic—. Aquesta deducció es fa a partir de la dicció literal del precepte, que intenta limitar al màxim els supòsits en què aquesta persona ha de necessitar un suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica en l'àmbit contractual. L'article es compon de dues vessants: una que es qualifica de necessitat material i una altra que es qualifica com a necessitat formal, que és el que es projecta amb el matís legal.¹⁶ D'aquesta manera, l'extensió de l'escriptura pública o la resolució judicial serà la que determinarà quins actes i negocis jurídics concrets poden ser impugnats i anul·lats en aplicació de l'article 226-5 CCCat. Ara bé, com s'ha explicat, se salven de l'anul·labilitat dos tipus de supòsits que, en principi, estan inclosos en la lletra del precepte: els duts a terme en un moment en què la persona amb discapacitat gaudia de «capacitat natural» —sempre que la mesura de suport sigui voluntària— i els actes jurídics d'escassa quantia. Aquests supòsits responen a una necessitat de promoure l'autonomia de les persones amb discapacitat en la mesura que sigui possible.

3. LES MESURES DE SUPORT COM A EIX CENTRAL DE LA REFORMA

El nou sistema es basa en la idea de prestar suport a la persona que ho necessita. Quan una persona presenta dificultats per a prendre decisions, formar la seva voluntat i/o exterioritzar-la, la solució ja no és modificar la seva capacitat (el que en terminologia clàssica s'identificava com a *procediment d'incapacitació*), sinó que ara s'han d'adoptar les mesures pertinents per al ple exercici de la seva capacitat jurídica. Atès que la capacitat volitiva i entenedora de les persones no es veu afectada de la mateixa manera, cal tenir present que no tots els suports tindran la mateixa naturalesa ni el mateix contingut, sinó que això dependrà de l'enteniment i les circumstàncies de cada persona en concret. L'exercici de la capacitat jurídica pot requerir suports puntuals, permanents, amb més intensitat o amb menys. Són les necessitats concretes de la persona amb discapacitat les que permeten determinar, d'acord amb el principi de proporcionalitat, la mesura de suport específica que necessita per a actuar en el tràfic jurídic en igualtat de condicions amb la resta de persones, així com el grau d'intensitat de la mesura.¹⁷

16. El matís legal és «si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència».

17. Article 222-1.2 de l'Avantprojecte de llei del CCCat: «[...] tota persona té dret a accedir a mesures de suport individualitzades i adaptades a la seva situació per prendre decisions amb efectes jurídics en condicions d'igualtat».

3.1. CLASSIFICACIÓ DE LES MESURES DE SUPORT SEGONS LA SEVA NATURALESA

3.1.1. *Mesures de suport voluntàries*

En el nou règim jurídic de la discapacitat, les mesures de suport voluntàries són prevalents a les de caràcter judicial. Una mesura de suport voluntària és la que ha estat designada per la mateixa persona amb discapacitat en previsió d'una futura pèrdua de l'enteniment.¹⁸

El CCCat no especifica quines mesures de suport són considerades de caràcter voluntari, sinó que sembla que es tracti d'un *numerus apertus*, de mesures formals o informals que es modulen en funció de les necessitats de la persona amb discapacitat.¹⁹ Malgrat això, es poden considerar com a tals les figures del poder i el mandat preventius (art. 222-2 i 222-21 CCCat, respectivament) i de l'autoassistència (art. 222-6.1 CCCat).²⁰

Un dels dubtes que es planteja respecte a les mesures de suport de caràcter voluntari és la limitació que representen per a la persona que les ha designades. L'autoassistència, entesa com la designació, per la mateixa persona, de la que li prestarà suport, ¿limita la seva capacitat negocial amb independència de la seva «capacitat natural»? La mesura de suport no s'ha de concebre com una limitació,²¹ sinó com un esglaió²² que li permet situar-se en la mateixa posició que la resta de persones. Potser hauríem de parlar d'autolimitació, és a dir, no és el suport el que limita la capacitat negocial de la persona, sinó que és la mateixa persona amb discapacitat la que, conscient que la capacitat volitiva i entenedora és un contínuum que pot millorar o empitjorar, decideix limitar l'exercici de la seva capacitat jurídica (present o futura) per tal d'evitar possibles perjudicis, precisament perquè, en el moment en què necessiti aquesta assistència, és possible que no sigui conscient de la necessitat del suport.

En aquest punt és on entra en joc la capacitat natural —de la qual hem parlat amb anterioritat— com a requisit addicional per a poder exercir la pretensió anul·lativa. Si

18. Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 8 de setembre de 2021 (RJ 2021/4002): «Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas».

19. A. VAQUER ALOY (2022: 508) afirma que les persones amb discapacitat provistes de mesures de suport constitueixen «[...] un mosaico con pluralidad de formas y colores en atención al carácter de la discapacidad y su específica afectación y la situación particular de esa persona».

20. Vegeu G. POLONIO DE DIOS (2023: 607-609), tot i que, en lloc de parlar d'autoassistència, parla d'autocuratela, que, com ja se sap, en el dret català ja no existeix.

21. Així ho estableix l'article 222-1.3 de l'Avantprojecte de llei del CCCat: «El fet de comptar amb suport per prendre decisions en condicions d'igualtat no suposa, en cap cas, una limitació de la capacitat jurídica de la persona».

22. S. de SALAS MURILLO (2021: 3) parla d'una «rampa» (el suport) que permet a la persona amb discapacitat «colocarse “en el mismo piso”, que la persona sin ella».

la mesura de suport té com a objectiu permetre que la persona assistida pugui formar i expressar la seva voluntat correctament a causa d'una falta de discerniment, que prèviament sí que patia però ara ja no, la necessitat de l'assistent desapareix. D'aquesta manera s'evita que la mesura de suport esdevingui una limitació, fet que reconduiria *de facto* a l'antic sistema d'incapacitació judicial, en què l'assistent suposava una restricció general, ja que no es tenia en compte la «capacitat natural» de la persona a qui prestava suport en el moment de concloure el negoci.

Tanmateix, l'article 226-3 CCCat (i també trobem una previsió similar en l'article 255 CC) estableix que la persona major d'edat que designi la seva mesura de suport mitjançant una escriptura pública podrà «establir disposicions respecte al funcionament i al contingut del règim de suport adequat, fins i tot pel que fa a la cura de la seva persona». Això implica que l'abast de la mesura serà determinat per la mateixa persona, la qual, quan aprecii una situació de necessitat de suport —paraules de l'article 226-3 CCCat— que li dificulti l'exercici de la seva capacitat jurídica, determinarà l'extensió de la mesura; això inclou la facultat no solament de modular i modificar l'assistència, sinó també la seva exclusió quan desapareix la circumstància que motiva la necessitat.

3.1.2. *Mesures de suport judicials*

Com a última *ratio*, quan es donin les circumstàncies previstes per l'article 226-1.3 CCCat *in fine*, el CCCat preveu en el seu article 226-2 el nomenament de l'assistent per part del jutjat competent. També es preveu la designació judicial a petició del Ministeri Fiscal, la persona interessada, el seu cònjuge no separat de fet o legalment o qui es trobi en una situació de fet assimilable, els seus descendents, els seus ascendents o els seus germans (art. 42 bis a3 de la Llei 15/2015, del 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària). La imposició judicial d'una mesura se supedita a l'absència o la insuficiència de mesures voluntàries, o a la inexistència d'una guarda de fet adequada i suficient. Això implica que hi ha d'haver un control judicial previ que s'ha de manifestar amb la presumpció de la necessitat de la mesura de suport, un element que, com hem pogut observar prèviament, serà clau a l'hora de determinar l'àmbit d'aplicació de l'article 226-5 CCCat.

En aquest cas, atès el grau d'intensitat de la mesura judicial i el seu caràcter excepcional, té més sentit plantejar si aquesta designació judicial suposa una limitació. És cert que aquí no ha intervingut la voluntat de la persona a la qual s'imposa l'assistència, sinó que l'autoritat judicial ha decidit que és el millor per al seu interès. Per molt que gran part de la doctrina civilista defugí el principi del millor interès respecte de les persones amb discapacitat majors d'edat, no deixa de ser una realitat que, quan no hi ha voluntat ni es pot reconstruir la seva voluntat (perquè, per exemple, no n'hi ha hagut mai), les decisions que es prenen són en interès de la persona. Cal recordar

que l'assistència també es pot nomenar en cas de discapacitat sobrevinguda, supòsit en què prèviament cal reconstruir la voluntat i els desitjos de la persona afectada. No és una qüestió paternalista o limitativa, sinó garantista, ja que, en tot cas, contribueix a la seguretat jurídica, que esdevé fonamental en el nou sistema.

3.2. CLASSIFICACIÓ DE LES MESURES DE SUPORT SEGONS EL SEU CONTINGUT

3.2.1. *Mesures de suport amb efecte representatiu*

La distinció entre mesura amb efectes representatius i mesura sense, obviada pel legislador, és un element que té una gran repercussió en l'exercici de la pretensió d'anul·lació. Determinades persones tenen proveïdes mesures de suport amb efectes representatius per raó d'una impossibilitat de formar i exterioritzar de manera autònoma i independent la seva voluntat. Això dona com a resultat una actuació de l'assistent en nom i per compte de la persona amb discapacitat a la qual representa. Doncs bé, quan la mesura de suport tingui efectes representatius, també serà necessària la presència de la persona que presta suport en el moment de la impugnació.

Si la mesura de suport té efectes representatius, és perquè, d'entre totes les opcions existents, aquesta és l'única mesura adient, el seu «vestit a mida»,²³ en atenció al seu estat i la seva causa concreta de discapacitat. L'assistència amb efectes representatius està íntimament vinculada amb les mesures de caràcter judicial i, per tant, sovint serà el jutjat competent qui enumeri els actes en què el consentiment de la persona que presta suport serà el que determinarà la validesa del negoci. Aquest fet, com veurem més endavant, produeix indirectament efectes en l'àmbit de la capacitat processal.

Una de les premisses sobre la qual descansa aquesta reforma és que la persona que presta suport no ha de suplir ni completar la voluntat de la persona amb discapacitat,²⁴ sinó que ha de permetre el desenvolupament ple de la seva personalitat i el seu desenvolupament jurídic en condicions d'igualtat i ha d'atendre les seves «voluntats, preferències i desitjos» (art. 226-4.3 CCCat i, també, 249 CC).²⁵ No obstant això,

23. Com bé assenyalava K. J. ALBIEZ DOHRMANN (2022: 516), «[...] sólo mediante una adecuada asistencia, o en su caso adoptando la correspondiente medida de apoyo, proporcional a las necesidades de las personas con discapacidad, se puede garantizar que puedan ejercer en igualdad de condiciones sus derechos y deberes». I S. ROSENBAUM (2022: 8) diu: «Nevertheless, while striving for the optimal balance between a person's empowerment and inclusion on the one hand, and less forced dependency on the other, there is "[t]he reality that some people with cognitive disability may always be dependent on others" for decision-making and exercising legal capacity». Vegeu, a més, la STS del 29 d'abril de 2009 (RJ 2009/2901).

24. STS del 29 d'abril de 2009 (RJ 2009/2901).

25. En la mateixa línia, el Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, en les seves observacions generals del 19 de maig de 2014, considera que «[...] el apoyo en el ejercicio de la capacidad

cal tenir present que no totes les persones amb discapacitat han tingut la possibilitat de formar una voluntat pròpia (és el cas dels nens nascuts amb paràlisi cerebral, per exemple) i, consegüentment, tampoc d'exterioritzar-la, a banda de les que, si bé sí que han tingut l'oportunitat de formar-la, no han arribat a manifestar-la mai i en el moment requerit no disposen de les facultats necessàries per a exterioritzar-la.

Malgrat la filosofia que amara la nova normativa, el legislador català, en una decisió previsor i raonable, ha decidit apel·lar a la realitat social i regular excepcionalment la possibilitat d'assignar funcions representatives a la mesura de suport. Únicament quan el coneixement d'aquestes voluntats, preferències i desitjos no sigui possible, la persona que presta suport podrà prendre decisions per a la persona amb discapacitat, tot tenint en compte «la trajectòria vital de la persona amb discapacitat, les seves creences i valors, així com els factors que ella hagués pres en consideració» (art. 226-2 CCCat; similarment, art. 249-3 CC), amb la finalitat de prendre la decisió que hauria adoptat la persona en cas de no haver de requerir representació —és el que s'anomena *reconstrucció de la voluntat hipotètica* de la persona amb discapacitat.

3.2.2. *Mesures de suport sense efecte representatiu*

Quan la persona amb discapacitat té assignada una mesura sense efectes representatius, la presència de l'assistent permet a la persona amb discapacitat actuar en igualtat de condicions en el tràfic jurídic. En aquest cas, l'únic consentiment que es té en compte és el de la persona proveïda de suport, si bé és necessari que, en el moment en què aquell es formi i s'expressi, hi estigui present la persona que li presta suport per tal de garantir, en la mesura que sigui possible, que la voluntat emesa s'ha format i expressat de manera lliure, sense cap mena de pressió i amb ple enteniment de les conseqüències que impliquen la conclusió del negoci.

3.3. CAPACITAT PROCESSAL

Més enllà dels canvis terminològics en matèria processal, la Llei 8/2021 modifica la Llei d'enjudiciament civil (LEC) tot incorporant-hi les adaptacions necessàries per tal de garantir el ple exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. La capacitat processal és «l'aptitud de qui és part per a decidir per si mateixa l'exercici dels drets, deures, obligacions i responsabilitats dels quals és titular; és a dir, per a rea-

jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas».

litzar vàlidament actes processals, determinant per si la conducta processal a seguir».²⁶ Partint d'aquesta definició i des d'una perspectiva crítica de la reforma, cal plantejar-se com queda la capacitat processal de què gaudeixen les persones discapacitades amb una mesura de suport amb funcions representatives.

El caràcter excepcional de les mesures de suport amb un contingut representatiu posa de manifest la falta d'enteniment de la persona, que fa necessària una intervenció en nom i per compte d'ella, la qual cosa genera el dubte respecte de si la capacitat processal de la persona amb discapacitat desapareix, es delega o es manté. L'article 7.2 *in fine* LEC estableix que, en el cas de les persones amb mesures de suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica, caldrà tenir en compte l'abast i el contingut de les mesures.²⁷ Això implica que la noció de *capacitat processal*, quan es refereix a les persones amb discapacitat proveïdes d'una assistència, ha de ser entesa i interpretada d'acord amb les seves peculiaritats. Les persones amb discapacitat tenen dret a entendre i a ser enteses en el procés (art. 7 bis.2 LEC), fet que implica que de vegades serà necessari fer determinades adaptacions perquè pugui comunicar-se i comprendre, ser compresa i interactuar (art. 7 bis.1-2 LEC). Per a poder dur a terme totes aquestes actuacions i donar compliment als seus drets, cal la figura d'una persona que li presti suport i que, en determinats casos, la representi, ja sigui perquè no pot comunicar-se, ja sigui perquè no pot comprendre o perquè no pot interactuar.

Aquesta adaptació no vol dir que la capacitat processal de la persona assistida s'esvaeix, sinó que es modula, i aquesta modulació de vegades implica que el suport ha d'efectuar les actuacions en nom seu. En aquest punt es palesa la importància de distingir el que és titularitat del que és exercici: la capacitat processal continua sent de la persona amb discapacitat, ja que les actuacions que es duen a terme reverteixen en ella; una qüestió diferent és l'exercici, que sí que es delega a la persona titular de la mesura de suport.

4. EXEGESI DE L'ARTICLE 226-5 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

4.1. LA MESURA DE SUPORT COM A REQUISIT

La premissa de què parteix l'article 226-5 CCCat és l'existència d'una «mesura de suport» i, per tant, és un dels pressupòsits d'aplicació del precepte. Tanmateix, ni

26. Vegeu la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona del 18 de juny de 2019 (JUR 2019/196955).

27. G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN (2023: 325-326) opina que es tracta d'un precepte «[...] poco esclarecedor [...] poco acorde con ese criterio inspirador antes referido de que en todo caso hay que respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».

el Decret llei 19/2021 ni el CCCat defineixen el concepte de *suport*, ni expliquen quan és necessari. De l'article 226-1 CCCat, igual com dels articles 249 i següents CC, es desprèn que la mesura de suport és una provisió destinada a la persona major o menor d'edat (aquesta última, a condició que estigui emancipada) que, a causa d'una discapacitat, la necessita per a poder exercir, en el marc del tràfic jurídic, la seva capacitat jurídica en termes d'igualtat amb la resta de persones.²⁸ Per tant, dins d'aquest concepte queden inclosos tots els mecanismes que contribueixen a la formació i/o l'exteriorització d'una voluntat reflexiva.

Amb anterioritat a la reforma, les mesures de suport quedaven determinades per l'autoritat judicial en la mateixa resolució d'incapacitació, que establia l'abast i el límit de la incapacitat de la persona i determinava la institució tutelar necessària per a dur a terme els actes jurídics per als quals el jutge havia considerat que aquella persona era incapaç.²⁹ Amb la reforma ja no es parla de protecció de les persones amb discapacitat, sinó de suport, que es configura com una institució molt més flexible que permet un marge de llibertat més ampli i una adaptació més òptima a les necessitats de la persona assistida, ja que té en compte les seves «voluntats, desitjos i preferències».³⁰

La redacció del nou article 226-5 CCCat, que aparentment presenta una estructura senzilla, comença de la manera següent: «Els actes jurídics que la persona assistida faci sense la intervenció de la persona que l'assisteix, si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència [...]». El legislador només parla de «mesures», en sentit genèric,³¹ i fa al·lusió a la dualitat d'origen, això és, a la possibilitat que aquestes hagin quedat determinades de manera voluntària o judicial, però no distingeix el règim a què han de quedar subjectes en atenció a aquest criteri. Tampoc no diferencia els supòsits en què la persona titular de la mesura de suport té atribuïdes funcions representatives i aquells en què no les hi té, sobretot si tenim present que el contingut de la mesura té un efecte immediat en l'exercici de la pretensió.

28. A. VAQUER ALOY (2022: 429): «[...] ser una persona con discapacidad es un requisito previo, pero no suficiente, para las medidas de apoyo. Es un requisito previo porque solo cabe adoptar medidas de apoyo cuando se trate de personas con discapacidad y que sean mayores de edad o emancipadas; pero no constituye un requisito suficiente, porque si la persona con discapacidad ejerce adecuadamente su capacidad jurídica por sí sola, las medidas de apoyo no tienen cabida».

29. J. RIBOT IGUALADA (2022: 309-310): «[...] amb la sentència es restringia la capacitat d'obrar de la persona en un grau i intensitat variables segons la incapacitat que l'afectés, i es posava en vigor un règim de protecció adaptat a la seva situació, que podia ser el de tutela, el de curatela o la pròrroga o rehabilitació de la potestat dels seus progenitors».

30. A. PAU PEDRÓN (2018: 8): «[...] la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo —“en interés de las personas con discapacidad”—, sino de un modo subjetivo —“atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”—».

31. Vegeu una explicació més detallada sobre la denominació genèrica que estableix el legislador (en aquest cas, espanyol) de *mesura* (de suport), a M. PEREÑA VICENTE (2022: 158-160).

Dins d'aquesta noció tan genèrica, l'assistència és l'única figura a la qual es fa al·lusió, però *mesura* és un concepte molt ampli que no s'esgota amb la figura de l'assistència, sobretot si partim de la idea que la *mesura* de suport ha de ser un «vestit a mida» de la persona que la requereix i que s'ha de modular en funció de les necessitats de cada persona. Seria contradictori establir una única figura per a totes les persones i tots els supòsits. A més, s'ha d'entendre que queden incloses dins de la noció de *mesura* tant les que han estat investides formalment —això és, les que han estat construïdes mitjançant una resolució judicial o les establertes per la persona amb discapacitat en previsió d'una futura falta de discerniment—, com les que operen d'una manera informal (com a exemple paradigmàtic, la guarda de fet).³²

No obstant això, cal dir que la conjugació dels articles 226-1 i 226-4.1 CCCat i 14.2 CNY permet comprendre aquesta voluntat del legislador català de fonamentar el règim de suport en la figura de l'assistència, clarament inspirada en la figura alemanya de la «*rechtliche Betreuung*». ³³ Assolir, consolidar i adaptar la legislació al nou esperit no és quelcom fàcil, sinó que implica un esforç per part del legislador per a conciliar les pretensions derivades del nou règim i la realitat fàctica, que de vegades dista de la idealitzada pel legislador. ³⁴ En aquest marc, l'assistència resulta la institució que respon i s'inspira més idòniament en la CNY (ap. *n* del preàmbul i art. 12.3 i 12.4 CNY). Així doncs, aquest canvi de paradigma va lligat a l'adaptació de l'ordenament intern a la nova concepció de capacitat resultant de la CNY.³⁵

Aquest reduccionisme del legislador no exclou la importància que té la consideració de l'existència d'una pluralitat de mesures, d'igual manera que la té el contingut d'aquestes, però el tractament no ha de ser el mateix, ja que condueixen a règims jurídics d'impugnació diferents. En primer lloc, trobem l'anul·labilitat per als supòsits que es puguin encabir en la lletra del precepte. En segon lloc, la nul·litat absoluta per

32. M. P. GARCIA RUBIO i I. VALERA CASTRO (2022: 659).

33. P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA (2022: 527). Vegeu, també, B. BUCHHALTER-MONTERO (2022: 155).

34. M. P. GARCIA RUBIO i I. VALERA CASTRO (2022: 646) assenyalen que «[...] la razón de fondo es que en materia de anulabilidad el legislador se topó con la dificultad de hacer conciliable el nuevo concepto de discapacidad con un régimen contractual que no puede discriminar a las personas con dificultades para tomar decisiones por razón de esta discapacidad. Al mismo tiempo tampoco puede dejarlas al azar de eventuales abusos por parte de los terceros y, por añadidura, debe proteger en lo posible la confianza depositada por quienes contratan con ellas».

35. STS del 29 d'abril de 2009 (RJ/2009/2901): «La Convención tanto en su preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacidad, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar [...]. A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos».

als actes no subsumibles en l'article 226-5 CCCat i que s'han celebrat en un moment en què la persona amb discapacitat no disposava d'enteniment —per tant, no es pot considerar que hi hagi hagut consentiment (art. 1261 CC)—. Per a acabar, la rescissió per lesió (art. 621-45 CCCat) per als actes jurídics celebrats que no puguin obtenir cobertura legal ni mitjançant l'article 226-5 CCCat ni per l'article 1261 CC, la qual cosa els redueix a supòsits molt marginals i puntuals.³⁶

4.2. LEGITIMACIÓ PER A L'EXERCICI DE LA PRETENSIO

L'anul·labilitat és una causa d'ineficàcia que no opera *ipso iure*, sinó que ha de ser instada per les persones legitimades per a fer-ho. La legitimació activa requereix ser titular d'un interès legítim o un dret subjectiu envers els actes jurídics que s'han dut a terme sense respectar les disposicions legals. La pretensió d'anul·labilitat té una doble vessant: la ineffectuació de l'acte i la restitució dels béns corresponents lliurats prenent com a fonament el negoci anul·lat. I, per descomptat, es requereix l'exercici adequat de la pretensió, és a dir, dins del termini estipulat i per part d'alguna de les persones que disposen de l'aptitud necessària per a fer-ho.

4.2.1. Legitimació activa

Quant a la legitimació activa, l'article 226-5 CCCat assenyala que «són anul·lables a instància de qui assisteix, de la persona assistida i de les persones que la succeeixin a títol hereditari». D'entrada, cal distingir, d'una banda, la legitimació que s'atorga a la persona amb discapacitat i, de l'altra, la legitimació d'altri, que inclou l'assistent, els tercers interessats (com ara els hereus) i, encara que no es diu explícitament, el Ministeri Fiscal a falta d'aquests.

4.2.1.1. La persona assistida

Amb caràcter general, es reconeix la possibilitat d'anul·lar l'acte jurídic a la persona assistida —qui, aparentment, deixa d'estar privada de la capacitat processal i passa a tenir legitimació per a comparèixer en judici en defensa dels seus propis interessos—. El primer dubte que es planteja és relatiu als efectes processals de la mesura de suport, és a dir, la forma en què la persona assistida ha d'exercir o, més ben dit,

36. Aquí es proposa una solució anàloga a la que Á. CARRASCO PERERA (2022: 200) defensa respecte a l'homònima espanyola, això és, la seva supressió.

pot exercir aquesta pretensió. El dubte resulta, en primer lloc, del silenci absolut del legislador en diversos aspectes. En segon lloc, del fet que la translació dels principis de la CNY, que descansa, en essència, en la formulació tripartida «voluntats, preferències i desitjos», presenta dificultats respecte al seu abast, i són conceptes que han de ser conjugats i graduats pel jutjat competent en cada cas, d'una manera proporcional i en sintonia amb la capacitat volitiva i entenedora de cada persona.

Alguns autors³⁷ són partidaris de la idea que l'exercici de la pretensió per part de la persona assistida, com a prerrogativa que és, no exigeix la presència de qui assisteix,³⁸ sinó que és una opció que en tot cas depèn de la voluntat de la persona proveïda de suport i, per tant, no pot ser imposada. Ara bé, no tot es pot resoldre sempre atenent la seva voluntat.³⁹ Queda clar que el respecte de la voluntat, els desitjos i les preferències de la persona amb discapacitat s'erigeix en el nucli central de la reforma. El problema rau a pressuposar que totes les persones tenen voluntat (tornem a l'exemple d'una persona que neix amb paràlisi cerebral) o, en el cas que aquesta existeixi, sigui una voluntat reflexiva. Resulta excessivament dogmàtic sostenir que totes les persones amb discapacitat tenen capacitat de discerniment i voluntat, perquè aquesta no és la realitat social, mèdica ni legislativa. Principalment perquè existeixen tantes realitats com persones amb discapacitat i, en segon lloc, perquè en cap article de la CNY —ni del Decret llei— s'imposa l'obligació de basar totes les decisions en la voluntat, les preferències i els desitjos de la persona amb discapacitat, sinó que únicament es limita a dir que s'han de «respectar», cosa que en cap cas denota obligació d'atendre-les sempre i en tot cas.⁴⁰ Cal tenir present que si bé la voluntat és una de les manifestacions de la capacitat entenedora de tota persona, ni comença ni s'esgota en ella, sinó que existeixen altres elements que poden influir, com ara la causa d'una discapacitat. Quan determinades malalties i trastorns afecten la voluntat reflexiva d'una persona, aquesta no pot ser el fonament de decisió de l'exercici d'una pretensió, bàsicament perquè aquesta voluntat està afectada

37. M. P. GARCIA RUBIO i I. VALERA CASTRO (2021: 660).

38. La qual cosa aquí es posa en dubte, sobretot si es pren com a referència l'article 1301 CC, en què el legislador espanyol és bastant clar amb l'incís legal «con el apoyo que precisen» amb relació a l'exercici de la pretensió, per part de la persona amb discapacitat, d'instar l'anul·lació, la qual cosa permet defensar que l'exigència de la presència de la persona que presta suport és una qüestió casuística. En aquest sentit, N. ÁLVAREZ LATA (2021: 1016) considera que aquesta matisació significa que «[...] dependiendo de los casos concretos, será la persona con discapacidad por sí misma o con el apoyo que precise, quien está legitimada para la acción de la anulabilidad».

39. Principalment perquè, com bé explica C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS (2022: 703), «[...] cuando la voluntad es el problema, la solución no puede estar en la misma voluntad».

40. Vegeu la STS del 8 de setembre de 2021 (RJ 2021/4002), fonament jurídic (FJ) 4.5. En el dret alemany, el paràgraf (§) 1901(3) del Codi civil alemany (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) estableix expressament que l'assistent ha d'atendre els desitjos de la persona amb discapacitat sempre que es corresponguin amb el seu millor interès. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, B. BUCHHALTER MONTERO (2022: 160).

per la causa de la discapacitat, a banda dels casos en què directament no es pot considerar que existeix voluntat.

La legitimació activa de la persona amb discapacitat descansa sobre dos elements: un de caràcter objectiu —la mera absència del suport— i un de caire subjectiu —és necessari que l'altra part hagi obtingut un avantatge injust actuant amb mala fe o que d'alguna altra manera s'hagi aprofitat de la situació de la persona amb discapacitat—. Aquesta combinació permet valorar la necessitat de la presència de l'assistent en atenció a la naturalesa i el caràcter del suport. Ara bé, aquest últim element no es requereix en tots els supòsits, sinó únicament quan la persona amb discapacitat actua sense el seu suport i sempre que l'assistència no tingui caràcter representatiu, ja que, aleshores, ateses l'excepcionalitat i la intensitat d'aquest, no es requereix l'avantatge injust seguit d'un aprofitament, perquè hi és implícit.

La presència de la persona que presta suport no pot quedar a l'arbitri de la persona assistida en aquells supòsits en què aquella ha d'actuar en nom i per compte d'aquesta.⁴¹ Són dues cares d'una mateixa moneda: si hi quedés, es desvirtualitzaria completament la previsió feta pel legislador, atès que el seu caràcter excepcional, de retruc, posa de manifest la rellevància que té la seva presència en determinats actes. Aquesta afirmació passa per tenir en compte, novament, l'interès superior de la persona amb discapacitat com a criteri subsidiari, residual, que perviu i s'avé perfectament amb la CNY i amb el postulat de la millor interpretació de les voluntats, les preferències i els desitjos de la persona amb discapacitat, que esdevé el principi general.

Tanmateix, respecte a la legitimació de la persona assistida cal plantejar si la designació voluntària de l'assistent —per exemple, mitjançant un poder preventiu— implica la seva eventual privació de legitimació. El desplaçament de la legitimació de la persona amb discapacitat implicaria una privació de la seva capacitat processal (la qual cosa, d'entrada, ja no és respectuosa amb la CNY) per haver fet ús d'una eina que li permet el ple exercici de la seva capacitat jurídica en igualtats de condicions amb la resta de persones. Això seria no solament un contrasentit, perquè per aquesta raó s'han establert les mesures, sinó que també produiria un efecte contraproductiu de les mesures d'assistència, ja que si impliquen una privació de la capacitat processal, cap persona amb discapacitat acudirà a elles de manera voluntària, la qual cosa a la pràctica també derivaria en un problema en el tràfic jurídic. A més, en el mateix CCCat trobem altres exemples de designacions voluntàries —per exemple, el mandat preventiu (art. 622-21 CCCat)— que no comporten la privació posterior de la legitimació del mandant.

41. Vegeu E. GÓMEZ CALLE (2021), <<https://almacenedderecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>>.

4.2.1.2. La persona que presta suport

La següent persona legitimada és la persona que exerceix la mesura de suport. Aquí, la *quaestio iuris* que sorgeix és si la persona que assisteix pot instar l'acció sense el consentiment de la persona assistida o, fins i tot, en contra de la seva voluntat. *A priori*, amb el nou paradigma sembla que la impugnació del negoci descansa en la voluntat de la persona amb discapacitat i no és possible decidir sobre l'exercici de la pretensió prescindint o en contra la seva voluntat. Ara bé, tancar la porta a la possibilitat de poder exercir la pretensió sense el consentiment o en contra de la voluntat de la persona assistida⁴² és, novament, conseqüència d'una interpretació excessivament rígida i dogmàtica de les exigències de la CNY envers el respecte de les «voluntats, preferències i desitjos» de les persones amb discapacitat proveïdes de suport. Com bé diu Albiez Dohrmann,⁴³ no ens hem de deixar «nublar per la nueva filosofía de la ley»; podria dur no solament a una situació de «risk of a pro forma compliance»⁴⁴ de les exigències de la CNY, sinó que també podria derivar en una desprotecció clara i absurda en supòsits en què la tutela de la persona amb discapacitat és necessària tot i ser contrària a la seva voluntat. Ho assenyala la Sentència del Tribunal Suprem del 8 de setembre de 2021.⁴⁵

[...] el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Sobretot, convé tornar a posar l'èmfasi en els casos d'assistència representativa. L'article 7.2 LEC estableix que «en el cas de les persones amb mesures de suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica, s'atendran l'abast i el contingut d'aquestes». Aquest precepte permet calibrar l'exercici de la capacitat processal de la persona amb discapacitat proveïda d'una mesura de suport amb efectes representatius, és a dir,

42. Tal com defensen M. P. GARCIA RUBIO i I. VALERA CASTRO (2022: 350).

43. K. J. ALBIEZ DOHRMANN (2022: 531).

44. S. ROSENBAUM (2022: 16): «At what point does supported decision-making become a contrived exercise? With this template-like guidance there is a risk of pro forma compliance, public backlash or confusion. It is not enough to recite a general recipe for legal agency, capacity or appropriate decision-making mechanism, when what's required is nuance, contextualized adaptation and common sense. The cognitively disabled paradigm does not always fit, even when guided by dignity and normalization».

45. RJ 2021/4002.

quan esdevé necessari imposar la presència de la persona que li presta suport. La discapacitat psíquica incideix en la formació de la voluntat,⁴⁶ i la voluntat contrària de la persona assistida pot trobar origen en la seva pròpia discapacitat, que inhibeix la persona que la pateix de tenir-ne una consciència objectiva i, per tant, d'advertir la necessitat de la persona que presta suport. Aleshores és clara la necessitat de la intervenció de l'assistent, fins i tot en contra de la voluntat de la persona assistida, l'absència de la qual pot redundar en greus perjudicis no solament per a la persona en qüestió —perquè, per exemple, actua en detriment dels seus propis drets—,⁴⁷ sinó, també, per al seu patrimoni.⁴⁸ És una qüestió que va molt més enllà del negoci jurídic i que pretén evitar possibles efectes que pot comportar *a posteriori* i que també s'han de tenir en compte.⁴⁹ Obviar una realitat com la plantejada amb l'argument de l'exigència de respectar la «voluntat» seria una crueltat social⁵⁰ revestida de bones intencions però allunyades de la realitat. Com, amb molt bon criteri, apunta Martínez de Aguirre Aldaz,⁵¹ «la toma de decisiones depende no solo de la voluntad, sino también del entendimiento: de ahí la importancia del proceso de toma de decisiones, que culmina en la voluntad, pero ni comienza ni se agota en ella».

Això sí, és imprescindible trobar un equilibri per tal d'evitar possibles perjudicis a tercers de bona fe, garantir la seguretat jurídica i evitar qualsevol inseguretat que sigui motiu per a no contractar amb persones amb discapacitat. Seria convenient una previsió anàloga a la de l'article 1303 CC, relativa a la restitució del bé o del seu valor equivalent en aquells casos en què la restitució *in natura* no sigui possible. Aquest article preveu que, quan tingui lloc l'anul·lació del contracte, paral·lelament s'ha de procedir a la restitució recíproca de les prestacions.⁵² Quan el cocontractant amb dret a restitució sigui coneixedor de l'existència de les mesures de suport en el moment de

46. M. Á. PARRA LUCÁN (2021: 6).

47. S. ROSENBAUM (2022: 18): «[A] preference for autonomy above all other rights and needs of the individual is not the solution to attaining recognition of legal capacity, but must be reconciled with a panoply of other human rights».

48. A tall d'exemple del primer supòsit: una persona amb esquizofrènia, la voluntat de la qual pot ser contrària al seu dret a la salut i la integritat física. O, respecte del segon supòsit: una persona que pateix d'oniomania, una malaltia que li fa comprar de manera compulsiva i descontrolada objectes que no necessita. Aquesta persona, a causa de la seva discapacitat, té assignada una assistència amb efectes representatius per a quan faci compres d'un valor superior a cent euros. Aquesta persona decideix prescindir de la persona que l'assisteix i duu a terme una compravenda amb un tercer en la qual adquireix un mòbil, valorat en el mercat en un preu de dos-cents euros, per mil euros.

49. Tornant a l'exemple donat de la persona que pateix d'oniomania, imaginem que, després de la compra del dispositiu, la persona que pateix aquest trastorn decideix llençar-lo a les escombraries perquè ja disposa d'un telèfon d'última generació.

50. Vegeu la STS del 8 de setembre de 2021 (RJ 2021/4002), FJ 4.5.

51. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2022: 703).

52. M. J. VAQUERO PINTO (2021: 1705).

la contractació o s'hagi aprofitat d'alguna altra manera de la situació de discapacitat i hagi obtingut un avantatge injust, la restitució serà en els termes de l'article 1304 CC, és a dir, únicament en la mesura que es va enriqueix amb la prestació rebuda.

Tanmateix, per als supòsits en què existeix un conflicte entre la voluntat de la persona amb discapacitat i la resta de persones legitimades, es podria preveure la possibilitat de confirmar l'acte⁵³ jurídic davant d'un notari.⁵⁴ El notari és un fedatari públic que dota de major seguretat jurídica les relacions jurídiques privades, especialment quan una de les parts és una persona amb discapacitat, atès que fa un judici de capacitat i garanteix l'exercici dels drets de la persona amb discapacitat en condicions d'igualtat (a tall d'exemple, vegeu l'art. 421-7 CCCat), amb la qual cosa contribueix a assolir els principals objectius de la reforma: respecte de la voluntat, la preferència i els desitjos de la persona amb discapacitat i afavoriment de l'estabilitat dels contractes.

Altrament, la formalització d'un contracte davant d'un notari implica una presumpció de capacitat volitiva i intel·lectual de la persona assistida, que d'entrada pot evitar impugnacions posteriors, sens perjudici que no es tracta d'una presumpció *iure et de iure*. Cal tenir present que quan el notari s'hagi cerciorat de la capacitat de les parts, també ha hagut de comprovar que cap de les parts tingui assignada una mesura assistencial, ja que, si es tracta d'una mesura amb efecte representatiu, el notari haurà de requerir la presència de l'assistent en la celebració dels actes o bé haurà d'informar l'assistent de la conclusió de l'acte —sempre que hi hagi publicitat registral de la mesura de suport, perquè, si no, el notari no necessàriament ha de saber de l'existència de l'assistent.

4.2.1.3. Els hereus

D'altra banda, podem veure que la decisió del legislador català ha estat estendre la legitimació activa als hereus de la persona amb discapacitat. Aquests tenen legitimació sempre que la persona amb discapacitat hagi mort abans que finalitzi el termini de la pretensió. En cas que les persones que succeeixen la persona assistida a títol hereditari siguin diverses, com a titulars individuals d'un interès legítim, podran ac-

53. En casos en què la discapacitat afecta de manera greu la persona que la pateix, aquesta confirmació ha de ser efectuada per la persona que presta suport, d'acord amb B. RODRÍGUEZ-ROSADO (2022): «[...] la persona con grave discapacidad cognoscitiva que contrata prescindiendo de sus apoyos seguirá contando con ellos, de forma que éstos podrán reparar en lo sucedido y en su caso, confirmarlo o impugnarlo».

54. A. CARRASCO PERERA (2022: 228) entén que el silenci de la persona amb discapacitat o de la persona titular del seu suport davant el requeriment extrajudicial del subjecte passiu de la pretensió perquè confirmi o no el contracte, obre la porta que aquest últim pugui desistir del contracte.

tuar independentment.⁵⁵ Això és perquè tots els hereus comparteixen el mateix títol universal i en igualtat de condicions, i defensen un interès propi derivat del perjudici que els representa l'acte dut a terme per la persona amb discapacitat, tot i que res no exclou que puguin actuar conjuntament.

El mateix succeeix quan un contractant vol instar la nul·litat d'un contracte subscrit per una persona amb discapacitat i aquesta mor durant el procés: tots els hereus són requerits (de manera individual) i poden personar-se de manera conjunta. Aquesta última possibilitat, però, no és mai un requisit *sine qua non* perquè el procediment pugui continuar.⁵⁶ Si traslladem aquesta idea a la legitimació dels hereus, tots ells tenen la potestat d'impugnar el negoci, però l'èxit de la pretensió no depèn de la concurrència de tots ells en el procés.

En referència a la legitimació dels hereus, podem apreciar una gran diferència entre aquest article i altres del CCCat en què es legitima els «successors» en general, sense una limitació al títol d'hereu. En són clars exemples els articles 232-21 i 232-23 CCCat amb relació al crèdit de participació. Aquesta limitació implica l'exclusió dels successors a títol particular —on s'inclouen legataris, legitimaris no hereus i usufructuaris, entre d'altres—, als quals, tot i que podrien resultar beneficiaris de l'anul·lació de l'acte i, per tant, ser titulars d'un interès legítim, el legislador no ha considerat oportú atorgar-los legitimació.

4.2.1.4. Ministeri Fiscal

Tot i que no ho preveu de manera expressa l'article 226-5 CCCat, el Ministeri Fiscal, com a garant de la legalitat, té la potestat d'incoar l'acció d'anul·labilitat en dos casos: la primera possibilitat neix en cas d'absència de familiars o de persones legítimes i té l'objectiu de vetllar perquè en els processos en què participin persones amb discapacitat es garanteixi la seva participació en igualtat de condicions amb la resta de persones; la segona possibilitat neix quan l'assistent no impugni l'acte jurídic.

4.2.1.5. Tercers titulars d'un interès legítim

D'igual manera, hom pot plantejar-se si altres tercers interessats, com ara el cònjuge (amb possible extensió a les persones a qui es confereix la possibilitat de pro-

55. Vegeu, en contra, E. VÁZQUEZ DE CASTRO i A. A. ESTANCONA PÉREZ (2022: 232), que defensen que han d'actuar conjuntament.

56. Vegeu la STS del 3 d'octubre de 2022 (2022/4431), en què, tot i ser requerits tots els hereus, únicament es va personar una de les successores del causant.

moure l'expedient de provisió de mesures judicials de suport), poden, en algun cas, ser considerats legítims, per exemple perquè els diners que ha utilitzat la persona amb discapacitat per a adquirir el bé provenen d'un dipòsit comú del matrimoni i, per tant, el cònjuge és un tercer perjudicat titular d'un interès legítim. En aquest cas, el cònjuge pot promoure l'anul·lació sempre que no sigui en el seu interès particular en concret, sinó en funció de la manca del ple exercici de la capacitat jurídica de la persona assistida.⁵⁷

4.2.2. *Legitimació passiva*

L'exercici de la pretensió d'anul·labilitat també es pot abordar des del punt de vista del subjecte passiu, és a dir, l'altre contractant o, en cas que aquest mori abans, els seus causahavents.

El subjecte passiu de la pretensió es troba en una posició d'inseguretat, atès que els efectes del negoci resten en mans de l'altra part —o d'altres persones, ja que els legítims són diversos i diferents de les parts del negoci—, que té la facultat de mantenir la situació d'incertesa durant el termini de pretensió —ni més ni menys que quatre anys.

A priori pot semblar que el legislador, a l'hora de configurar aquest article, no s'ha aturat a pensar en la situació del contractant que no disposa de la pretensió d'anul·labilitat, cosa que ens porta a la idea que aquest no és digne de protecció. Però l'anul·labilitat produeix un efecte doble, un dels quals és el restitutori, que implica que la contrapart rebrà allò que va donar a canvi per a la celebració del negoci, i l'altre és l'exigència d'un element subjectiu —com s'indicarà en l'apartat següent— per a l'exercici de la pretensió.

A falta d'una previsió en aquest sentit en el dret civil català, s'aplica supletòriament l'article 1302.4 CC, que nega la legitimació per a impugnar a la contrapart que sap que l'altre contractant actua sense mesures de suport: «[...] los contratantes no podrán alegar [...] la falta de apoyo de aquel con el que contrataron». Aquest apartat recull, en essència, l'aforisme *nemo propriam turpitudinem allegare potest*. Clarament, la contrapart no pot beneficiar-se ni de la seva turpitud ni de la seva mala fe amb l'anul·lació del negoci.⁵⁸

En tot cas, la part contractant disposa d'una *exceptio doli*. De fet, és la seva bona fe la que la protegeix (vegeu l'art. 111-7 CCCat), fins al punt que l'eventual mala fe,

57. Sempre que no hi hagi un aprofitament dels efectes del contracte, ja que en aquest cas s'entendria que s'ha ratificat el contracte; així ho ha entès també el Tribunal Suprem en la STS del 3 d'octubre de 2022 (2022/4431), FJ 7.1, en la qual cita la STS del 26 d'octubre de 1999 (RJ 1999/7625), FJ 4.

58. STS del 3 d'octubre de 2022 (2022/4431), FJ 5.5.

abús o exercici antisocial de la persona amb discapacitat o de la resta de legítimats, li permet sortir de la relació jurídica i rebre la indemnització corresponent (art. 7.2 CC).

4.2.3. *Requisits de l'exercici de la pretensió*

Ens trobem amb la sorpresa que el legislador català no al·ludeix a cap requisit per tal de poder instar la pretensió. No hi ha cap regulació sistemàtica de les circumstàncies que s'han de donar perquè es pugui fer efectiva. De manera que, en principi, s'ha d'entendre que no s'exigeix cap circumstància addicional i que és suficient simplement el fet que s'hagi prescindit de l'assistent.

És cert que del tenor literal de la norma no es pot deduir cap exigència respecte de cap de les persones, fet que pot donar peu a considerar que es tracta d'una prerogativa *absque nulla conditione*. Tanmateix, aquí es defensa que, a més que manqui la figura de l'assistència en la celebració del negoci jurídic, cal que concorri algun element subjectiu,⁵⁹ concretament l'obtenció d'un avantatge injust via aprofitament per part del cocontractant quan la persona amb discapacitat actuï sense la persona que li presta suport.

És imprescindible que, a més de l'obtenció d'un benefici econòmic, aquest s'hagi aconseguit arran de la situació de necessitat assistencial de la part perjudicada i que la part beneficiada, que n'era coneixedora, hagi actuat amb mala fe i s'hagi aprofitat d'aquesta circumstància per tal d'obtenir un benefici. Per tant, no escau l'anul·lació si hi ha hagut un avantatge injust però no un aprofitament, o si hi ha un aprofitament però no un avantatge injust. En definitiva, aquesta idea no fa més que respondre a l'antic proverbi llatí *nemo debet locupletari iniuste cum iactura aliena*.

Com s'evidencia, la configuració d'aquest element subjectiu és idèntica o, si més no, s'assimila a l'avantatge injust que preveu l'article 621-45 CCCat, que clarament queda exclòs quan resulta d'aplicació l'article 226-5 CCCat en virtut de la màxima *lex specialis derogat legi generali*, també perquè l'avantatge injust de l'article 621-45 CCCat únicament es preveu per als contractes de compravenda i altres d'onerosos, però en queden fora els gratuïts.

Precisament, l'article 621-45 CCCat —i, eventualment, també el 621-46 CCCat, relatiu a la rescissió per lesió— resulta d'aplicació en aquells supòsits que no poden encabir-se en l'article 226-5 CCCat per raons objectives, és a dir, per manca d'una

59. Á. CARRASCO PERERA (2022: 228) es postula a favor de l'anul·lació únicament quan la contrapart actua amb mala fe. En cas contrari, l'autor entén que «[...] no podría darse por sobreentendido que este contratante estuviera privado de remedio alguno para salir del contrato», llevat que pugui al·legar algun altre motiu de pes.

mesura de suport en general, o en particular per a l'acte en concret, ni tampoc en l'article 1261 CC.

La inexistència de requisits en la legislació catalana ens permet analitzar com resultaria l'article 226-5 CCCat si li fos aplicable el que estableix l'article 1302-3.2 CC i els problemes que plantejaria. L'article 1302-3.2 CC disposa:

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

D'antuvi, aquest article suscita si considera una o dues situacions. I, després, si aquestes situacions s'han de donar respecte de la persona amb discapacitat (i entenem també que, en el cas català, incloem aquí el seu successor a títol hereditari, per extensió) o bé, contràriament, es tracta de requisits imposats només a la persona que presta l'assistència.

Respecte a la primera qüestió, l'ús de la conjunció *o* ja permet defensar que el legislador estatal té presents dues opcions, però, a més, una anàlisi exhaustiva dels termes emprats posa de manifest que es descriu que, sense necessitat que s'hagi produït un avantatge injust, el fet que el cocontractant fos coneixedor de l'existència de la mesura de suport suposa ja *per se* un aprofitament de la situació i, per tant, un motiu suficient per a poder instar la pretensió. Cal fer notar que quan el legislador anuncia la segona opció relativa a l'avantatge injust, fa una menció implícita de la primera quan diu «se hubiera aprovechado de otro modo», que, amb altres paraules i a grans trets, seria equivalent a dir: «se hubiera aprovechado de algún otro modo distinto al que constituye el conocimiento de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación».

Quant a l'afectació dels requisits addicionals, la redacció de l'article és clara amb l'ús de l'expressió «en aquest cas», de manera que de la dicció literal del precepte es deriva que la sort de la pretensió quan és exercida per la persona que presta suport està supeditada a la concurrència d'uns determinats requisits.⁶⁰ Per tal de seguir un fil congruent amb el que s'ha exposat i defensat anteriorment, resulta coherent que

60. F. PANTALEÓN (2021) considera que «[...] la reaparición de la legitimación de “la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo”, pero sólo para el supuesto de que “haya existido mala fe por parte del otro contratante”, deja bien claro que el objetivo pretendido no es reservar exclusivamente la decisión sobre el contrato a la persona con discapacidad, sino otorgar prevalencia a la protección “del otro contratante” cuando no haya existido su mala fe por parte».

aquestes exigències també es prediquin de qualsevol legitimat, fins i tot de la persona amb discapacitat, ja que no hi ha motius per a establir diferències en ambdós supòsits, que, *mutatis mutandi*, son idèntics. Encara més: en els supòsits en què s'exigeix la presència de l'assistent amb efectes representatius en el moment d'impugnar el negoci per part de la persona amb discapacitat, no tindria gaire sentit diferenciar els supòsits en funció que aquesta actuï directament (instant la pretensió per si mateixa) o indirectament (mitjançant la representació).⁶¹

Queda clar que l'article 226-5 CCCat presenta un plantejament confús i tímid. S'ha pogut comprovar que una primera aproximació a aquest article comporta diversos problemes terminològics i interpretatius. Per tant, per tal de dilucidar els interrogants que el legislador sembla haver deixat en l'aire, caldrà restar a l'espera d'una reforma més profunda del CCCat i de les resolucions judicials que es puguin dictar.

4.3. TERMINI D'EXERCICI DE LA PRETENSÍO

4.3.1. Duració i tipus de termini

«Termini de quatre anys des de la celebració de l'acte jurídic.» Així és com conclou l'article 226-5 CCCat: tot introduint el *dies a quo* que determina l'inici del còmput del termini en què els legitimats poden exercir la pretensió d'anul·labilitat. A diferència del que succeeix en el nou article 1301 CC, on el legislador estatal ha aprofitat per a dilucidar la qüestió, el legislador català, novament, ha desaprofitat l'oportunitat per a determinar si és un termini de caducitat o de prescripció. Va ésser una qüestió bastant debatuda durant anys, fins i tot per la jurisprudència, i tot i això l'article 226-5 CCCat utilitza una expressió prou àmplia i inconcreta per a determinar la naturalesa de la pretensió: «en el termini de quatre anys». Tampoc la terminologia emprada ara pel legislador català ofereix cap pista, com ocorria en la legislació estatal, en què es deia «solo durará», la qual, tot i la seva imprecisió, era el principal argument gramatical per a considerar que es tractava d'un termini de caducitat.⁶²

61. Á. CARRASCO PERERA (2022: 225-226) ho qualifica com una «diferència injustificada» que obriria la porta a una possible estratègia en l'exercici de la pretensió.

62. A favor de la prescripció, vegeu la STS del 27 de febrer de 1997 (RJ 1997/1332), que cita les sentències següents: STS del 25 d'abril de 1960 (RJ 1960/2031), STS del 28 de maig de 1965 (RJ 1965/3083), STS del 28 d'octubre de 1974 (RJ 1974/3978), STS del 27 de març de 1987 (RJ 1987/1836) i STS del 27 de març de 1989 (RJ 1989/2201). A favor de la caducitat, vegeu: STS del 4 d'abril de 1984 (1984/1928), STS del 4 d'abril de 1984 (1984/1926), STS del 23 de setembre de 2010 (RJ 2010/7136), STS del 20 d'abril de 2016 (2016/1687), STS del 23 de desembre de 2021 (RJ 2022/566), Interlocutòria del 5 d'octubre de 2015 (2015/239811), STS del 2 de juny de 2022 (2022/4242) i la sentència clau, la STS del 3 d'octubre de 2022 (2022/4431). Així ho entén L. Díez-PICAZO (2007: 597): «La letra del precepto da pie para entenderlo así,

Tot i efectuar un canvi que modernitza i modifica substancialment el règim de la impugnació dels actes jurídics duts a terme per les persones amb discapacitat, a fi d'acomodar-lo a la CNY, sobta que el termini de la pretensió sigui de quatre anys. En particular, pels efectes que produeix, ja que, tot i que no ho diu de manera expressa, el règim de l'article 226-5 CCCat és de caducitat.

4.3.2. *Anàlisi de la subjectivitat del termini general de caducitat de l'article 122-5 del Codi civil de Catalunya i del termini en matèria d'indignitat i inhabilitat de l'article 412-5 del Codi civil de Catalunya*

A més, es fixa el *dies a quo* en la «celebració de l'acte». Si ens fixem en la redacció de l'avantprojecte i el projecte de llei de la Llei estatal 8/2021,⁶³ podem observar que, en primer lloc, el *dies a quo* se situa en el moment en què la persona amb discapacitat deixa de necessitar la mesura de suport. I, per altra banda, s'estableix un doble límit, en el sentit que si bé la facultat d'anul·lar el contracte queda sotmesa al termini de quatre anys, en l'apartat quart *in fine* es matisa que «[c]uando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato». Amb les esmenes ulteriors, s'ha obviat aquest doble límit temporal i s'ha acabat optant per «la celebració del contracte» com a moment determinant.

Una de les raons que explica la limitació temporal de la pretensió és la inseguretat jurídica que provocava la regulació anterior. Es considera que fixar l'inici del còmput en el moment en què es produeix la designació del tutor, el curador o l'assistent (arg. ex antic art. 226-3 CCCat), podria comportar que la pretensió no caduqués, ja que entre la celebració del negoci i la posada en tutela podria transcórrer un període prou llarg, o inclús que la persona morís sense que aquest fet es produís.

Si bé és cert que aquesta nova previsió pot arribar a afavorir la seguretat jurídica perquè garanteix que el cocontractant no ha d'estar eternament amb la incertesa respecte de la validesa i la possible anul·lació del negoci, cal recordar que la persona

puesto que literalmente dice que la acción durará cuatro años, eludiendo la referencia al concepto de prescripción». I també A. CAÑIZARES LASO (2018: 97): «El plazo de cuatro años, de seguir al Código, podría calificarse como de caducidad, puesto que el precepto señala que "sólo durará", lo que parece indicar más un caso de caducidad que de prescripción». Vegeu, igualment a favor de la caducitat, C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA (1995: 43). I, en contra, F. de CASTRO Y BRAVO (1967: 499) i J. DELGADO ECHEVERRÍA i M. Á. PARRA LUCÁN (2005: 120), que defensen que el termini contingut en el reformat article 1301 CC era de prescripció.

63. Font: <www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=14&id1=621&id2=000019>.

amb discapacitat no és l'única legitimada per a instar la pretensió, sinó que aquesta legitimació s'estén a altres persones, entre les quals es troba qui presta suport. Què passa en els casos en què l'assistent no és coneixedor de la formalització del contracte? O quan en el moment en què n'és coneixedor ja han transcorregut els quatre anys?

Seria més raonable que, encara que no s'estengui indefinidament el termini fins al moment en què ja no existeix el suport, almenys respecte de la resta dels legítims el còmput s'iniciés en el moment en què aquests fossin o haguessin pogut ser raonablement coneixedors de l'existència del negoci.⁶⁴ D'aquesta manera es produiria un cert equilibri entre la tutela dels tercers de bona fe i la tutela de la persona amb discapacitat.

Amb caràcter general, els terminis de caducitat es determinen de manera concreta per a cada institució i no és oportú establir terminis generals tenint en compte els diferents efectes que produeix la caducitat en cada cas.

A falta d'una norma específica, l'article 122-5 CCCat preveu un règim general de caducitat configurat amb un doble criteri alternatiu: «el naixement de l'acció» o el «coneixement raonable de les circumstàncies». Sobretot, interessa centrar-nos en aquest últim, pel seu caràcter subjectiu, ja que la cognoscibilitat és una circumstància que depèn de la conjuntura de cada persona.

Aquesta possibilitat que el termini de caducitat no arribi a començar a córrer a què obre la porta l'article 122-5 CCCat provoca una inseguretat jurídica evident, atès que el negoci es pot anul·lar fins i tot si ha transcorregut molt de temps després de la seva conclusió i, per tant, és comprensible la necessitat que ha tingut el legislador d'establir un termini preclusiu. Per això també trobem altres exemples en què el *dies a quo* és de caràcter objectiu, com ara l'acció de rescissió que preveu l'article 621-45 CCCat, amb una durada de quatre anys a comptar de la conclusió del contracte (art. 621-46 CCCat).

La diferent configuració del *dies a quo* es fa encara més palesa si hom compara els articles 1299 CC i 621-48 CCCat. En el primer, «los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela o la medida representativa de apoyo, o cese la situación de ausencia legal», mentre que en el segon «[l]es accions que estableix aquesta subsecció caduquen en el termini de quatre anys a comptar des de la conclusió del contracte i no són renunciabls en aquest moment».

Si s'analitza el termini de caducitat en matèria d'indignitat i inhabilitat per a succeir previst en l'article 412-7 CCCat, es pot apreciar que, novament, es manté l'element subjectiu en l'*actio nata*, en el sentit que el còmput s'inicia quan «[...] la persona legitimada per a exercir-la coneix o pot conèixer raonablement la causa d'ineficiàcia [...]». Sobta —tot i que potser no tant— que el legislador català hagi decidit dur

64. E. VÁZQUEZ DE CASTRO (2022: 547).

a terme aquest canvi respecte de les persones amb discapacitat, però en altres matèries hagi mantingut la subjectivitat de l'inici del termini.

Tanmateix, dins del llibre segon del CCCat trobem altres exemples que, tot i que utilitzen un criteri objectiu, no és el de la data de la celebració del contracte o acte (com succeeix amb l'assistència), sinó la majoria d'edat o la sortida de la tutela o curatela;⁶⁵ encara que alguns estan tàcitament derogats, el criteri que adopten és que el termini comenci a córrer des del ple exercici de la capacitat jurídica. Si aquest criteri s'apliqués al règim d'anul·labilitat de les persones assistides, permetria, dins de la restricció temporal que suposa el caràcter objectiu, una major protecció de la persona assistida sense posar en risc la seguretat jurídica i la tutela del cocontractant de bona fe.

En definitiva, si bé és raonable que l'eficàcia del negoci no pot ser claudicant durant un temps indeterminat i que és necessària una major seguretat jurídica, no és menys cert que l'actual redacció legal del *dies a quo* hauria pogut ser una altra que trobés un equilibri entre la protecció de la persona amb discapacitat —que ha de continuar sent protegida quan no hi ha «capacitat natural» i, per tant, quan els efectes del negoci poden esdevenir irremediabls amb el transcurs del temps— i la seguretat jurídica.⁶⁶

BIBLIOGRAFIA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2022). «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio». A: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; QUESADA SÁNCHEZ, A. J.; RUIZ-RICO RUIZ, J. (coord.). *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Barcelona: Atelier, p. 490-560.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2021). «Artículo 1302 CC». A: GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, p. 1011-1021.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). «Article 226-3: anul·labilitat dels actes de la persona assistida». A: EGEA I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (dir.); FARNÓS I AMORÓS, E. (coord.). *Comentari al llibre segon del codi civil de Catalunya: La persona física i les institucions de protecció de la persona*. Barcelona: Atelier, p. 482-486.

65. Articles 211-12.3, 223-8 i 236-31.2 CCCat.

66. Una configuració alternativa del *dies a quo* que permetria, alhora, la consecució dels dos objectius plantejats és la proposada per E. BOSCH CAPDEVILA, P. del POZO CARRASCOSA i A. VAQUER ALOY (2016: 43) en una proposta de regulació de la teoria general del contracte. Els autors suggereixen, en relació amb el còmput del termini per a l'anul·lació del contracte, una distinció en l'inici del còmput en atenció a la persona legitimada. En el cas dels representats legals, a partir del moment en què es conclou el contracte —tal com succeeix en la regulació actual amb caràcter general—, i en el cas dels incapaces —segons la terminologia clàssica—, a partir del moment en què «[...] adquiren o recuperen la capacitat necesaria».

- BADOSA COLL, F. (2016). «L'avantatge injust. El contractant feble i la seva protecció». *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 6, p. 363-430.
- BARCELÓ COMPTE, R. (2019). *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Madrid: Marcial Pons.
- BEATSON, J. (1998). *Anson's law of contract*. 27a ed. Oxford: OUP.
- BOSCH CAPDEVILA, E.; POZO CARRASCOSA, P. del; VAQUER ALOY, A. (2016). *Teoría general del contrato: Propuesta de regulación*. Madrid, Barcelona i Buenos Aires: Marcial Pons.
- BUCHHALTER-MONTERO, B. (2022). «La nueva legislación alemana de apoyo a las personas con discapacidad intelectual: aspectos sustantivos, procesales y administrativos». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, p. 150-171.
- CAÑIZARES LASO, A. (2018). «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*». *Revista de Derecho Civil*, vol. v, núm. 4, p. 89-138.
- CARRASCO PERERA, Á. (2022). «Contratación por discapacitados con y sin apoyo». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 42, p. 196-233.
- CASTRO Y BRAVO, F. de (1967). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Chitty on contracts* (1994). Edició a cura d'H. G. Beale. 27a ed. Londres: Sweet & Maxwell.
- DAMIÁN MORENO, J. (2022). «La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, p. 399-422.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.; PARRA LUCÁN, M. Á. (2005). *Las nulidades de los contratos: En la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA RUBIO, M. P.; VALERA CASTRO, I. (2022). «Artículo 1302». A: GARCÍA RUBIO, M. P.; MORO ALMARAZ, M. J. (dir.); CASTRO VARELA, I. (coord.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Madrid: Civitas, p. 645-668.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (2022). «XIII. La capacidad para contratar de las personas con discapacidad». A: MORALES MORENO, A. M. (dir.); BLANCO MARTÍNEZ, E. V. (coord.). *Estudios de derecho de contratos*. Madrid: BOE, p. 333-358.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G. (2023). «Régimen jurídico de la discapacidad en el proceso civil». A: ASENCIO MELLADO, J. M.; FUENTES SORIANO, O. (dir.). *El proceso como garantía*. Barcelona: Atelier, p. 319-330.
- GÓMEZ CALLE, E. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. Pamplona: Aranzadi.
- GÓMEZ CALLE, E. (2021). «En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad». *Almacén de Derecho* [en línia], 3 de desembre de 2021, <<https://almacenederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>> [consulta: 2 setembre 2023].

- INFANTE RUIZ, F. J. (2021). «Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la “undue influence” como vicio del consentimiento». *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 2, p. 1-37.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1995). *La nulidad de los contratos: Consecuencias*. València: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2020). «La protección de las personas con discapacidad en el derecho italiano: *interdizione, inabilitazione y amministrazione di sostegno*». *Revista Española de Discapacidad*, vol. 8, núm. 1, p. 43-61.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2022). «Líneas básicas de la reforma del Código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. extra 16, fasc. 2, p. 690-711.
- McKENDRICK, E. (2015). *Contract law*. 11a ed. Londres: Palgrave Macmillan.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2014). *La asistencia*. Madrid: Dykinson.
- PANTALEÓN, F. (2021). «¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (I)». *Almacén de Derecho* [en línea], 7 d'abril de 2021, <<https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum>> [consulta: 2 setembre 2023].
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2021). «Contratación y discapacidad: la reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad». A: CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A.; CABELLO DE ALBA, F.; PÉREZ RAMOS, C. (coord.). *La reforma de la discapacidad*. Vol. 2. Madrid: Fundación del Notariado.
- PAU PEDRÓN, A. (2018). «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil». *Revista de Derecho Civil*, vol. v, núm. 3, p. 5-28.
- PEREÑA VICENTE, M. (2022). «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio». A: PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (dir.); NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (coord.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. València: Tirant lo Blanch, p. 155-184.
- POLONIO DE DIOS, G. (2023). «Recorrido jurídico sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad». *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, p. 588-625. Disponible en línea a: <www.revista-rbd.com/numero-35/> [consulta: 3 setembre 2023].
- QUESADA SÁNCHEZ, A. J. (2022). «Cuestiones generales. Sobre el sentido de la “discapacidad” en la nueva ley. Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: reflexiones iniciales». A: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.; QUESADA SÁNCHEZ, A. J.; RUIZ-RICO RUIZ, J. (coord.). *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Barcelona: Atelier, p. 21-42.

- RIBOT IGUALADA, J. (2022). «Capítol 15. El suport a l'exercici de la capacitat jurídica. L'internament. El patrimoni protegit». A: VAQUER ALOY, A. (coord.). *Dret civil. Part general i dret de la persona*. 5a ed. Barcelona: Atelier, p. 309-340.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2022). «De la incapacidad natural a la discapacidad sin apoyos: la arriesgada apuesta del Tribunal Supremo por la anulabilidad». *Almacén de Derecho* [en línia], 4 de novembre de 2022, <<https://almacendederecho.org/de-la-incapacidad-natural-a-la-discapacidad-sin-apoyos-la-arriesgada-apuesta-del-tribunal-supremo-por-la-anulabilidad>> [consulta: 3 setembre 2023].
- ROGEL VIDE, C. (2011). *Las liberalidades de uso*. Madrid: Reus.
- ROSENBAUM, S. (2022). «Legal capacity under the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: in support of supported decision-making». *SSRN* [en línia], 6 d'abril de 2022, <<https://ssrn.com/abstract=4119064>> [consulta: 3 setembre 2023].
- SALAS MURILLO, S. (2021). «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos». *Diario La Ley*, núm. 9841, «Sección Doctrina».
- VAQUER ALOY, A. (2022). «El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad». A: LLEDÓ YAGE, F.; FERRER VANRELL, M. P.; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.; LOPEZ SIMÓ, F. (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, p. 505-537.
- VAQUERO PINTO, M. J. (2021). «Artículo 1301 CC». A: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.). *Comentarios al código civil*. 5a ed. Pamplona: Aranzadi, p. 1699-1704.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2022). «Reformas en derecho de obligaciones y contratos». A: CHAPARRO MATAMOROS, P.; BUENO BIOT, Á. (coord.); RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, J. (dir.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. València: Tirant lo Blanch, p. 503-566.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; ESTANCONA PÉREZ, A. A. (2022). «Los retos a afrontar en el derecho de obligaciones y contratos». A: LLAMAS POMBO, E.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.; TORAL LARA, E. (dir.). *El nuevo derecho de las capacidades: De la incapacitación al pleno reconocimiento*. Madrid: La Ley, p. 179-270.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R. de (2022). «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia». A: CHAPARRO MATAMOROS, P.; BUENO BIOT, Á. (coord.); RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, J. (dir.). *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. València: Tirant lo Blanch, p. 56-103.

LLENGUA CATALANA I CONTRACTACIÓ EN EL DRET PRIVAT CATALÀ

Lídia Arnau Raventós

Professora agregada de dret civil

Universitat de Barcelona¹

Resum

El treball situa la llengua catalana en l'àmbit del dret privat i, en concret, en el del dret civil català de contractes. Per una banda, s'analitza la naturalesa jurídica de les normes que o bé atorguen als consumidors determinats drets lingüístics o bé imposen als professionals concrets deures igualment lingüístics, a fi d'esbrinar si les dites normes permeten formular pretensions jurídiques privades. Per l'altra, es fa valer la competència del legislador català per a incorporar directives europees i, a la seva empara, imposar requisits lingüístics en català en aquells casos en què el text europeu no exigeix que ho siguin en alguna de les llengües oficials de la Unió Europea. En darrer terme, s'estudia fins a quin punt l'ús de la llengua catalana esdevé un requisit de la conformitat de la prestació satisfeta, especialment en aquells casos en què l'ús del català actua com a reclam publicitari.

Paraules clau: llengua catalana, dret lingüístic, publicitat, conformitat.

LENGUA CATALANA Y CONTRATACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO CATALÁN

Resumen

El trabajo sitúa la lengua catalana en el ámbito del derecho privado y, en concreto, en el del derecho civil catalán de contratos. Por una parte, se analiza la naturaleza jurídica de normas que o bien conceden a los consumidores determinados derechos lingüísticos o bien imponen a los profesionales deberes igualmente lingüísticos, a fin de averiguar si tales normas permiten formular pretensiones jurídicas privadas. Por la otra, se reivindica la competencia del legislador catalán para incorporar directivas europeas y, a su amparo, imponer requisitos

1. Aquest estudi s'ha fet en el marc dels treballs desenvolupats pel Grup de Recerca «Grup de Dret Civil Català UB», 2021 SGR 00347.

lingüísticos en catalán en aquellos casos en los que el texto europeo no exige que sean en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea. En último lugar, se estudia hasta qué punto el uso de la lengua catalana se convierte en requisito de conformidad de la prestación satisfecha, especialmente en aquellos casos en los que el uso del catalán se utiliza como reclamo publicitario.

Palabras clave: lengua catalana, derecho lingüístico, publicidad, conformidad.

CATALAN LANGUAGE AND CONTRACTING IN CATALAN PRIVATE LAW

Abstract

The comment places the Catalan language in the field of private law and, specifically, in that of the Catalan civil contract law. On the one hand, the legal nature of rules that either grant consumers certain linguistic rights or impose equally linguistic duties on professionals, is analysed in order to clarify whether these rules allow private legal claims. On the other hand, the competence of the catalan legislator is claimed to incorporate European directives and to impose Catalan linguistic requirements in those cases in which the European law does not require requirements in one of the official languages of the European Union. Lastly, we study if the use of Catalan becomes a requirement for the conformity of the service with the contract, especially in those cases in which the Catalan is used as an advertising claim.

Keywords: Catalan language, linguistic right, advertising, conformity.

1. INTRODUCCIÓ: EL DRET CIVIL CATALÀ I LA LLENGUA CATALANA

La llengua catalana té presència, a efectes diversos i no sempre amb la mateixa intensitat, en tots els sectors o àmbits del dret civil. Pel que fa al dret civil català, ho avalen els articles del Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat) 421-12.1, relatiu a la llengua de redacció del testament, i 553-28, quant a la llengua de legalització dels llibres d'actes de les juntes de propietaris. Tampoc no seria estranya l'aplicació dels articles 236-13 i 236-11.6 CCCat arran de la manca d'acord dels progenitors a l'hora de triar la llengua de les activitats desenvolupades pels fills.

Aquest comentari, però, només pretén analitzar com apareix la llengua en l'àmbit contractual. La regulació catalana a partir de la qual s'estructura aquesta anàlisi considera, fonamentalment, la contractació per persones consumidores. Aquest supòsit contractual ocupa un espai rellevant en la contractació privada, però, evidentment, no l'esgota. Aquella regulació, a més, s'insereix a voltes en l'àmbit del dret públic, de manera que l'estudi tampoc no defuig, si són inevitables, les relacions que s'estableixen entre el dret administratiu i el dret civil.

2. EL CATALÀ EN L'ÀMBIT SOCIOECONÒMIC

El capítol v de la Llei 1/1998, del 7 de gener, de política lingüística (en endavant, LPL), s'intitula «L'activitat socioeconòmica». Des de la perspectiva del dret privat, interessa especialment l'article 32 LPL, rubricat «L'atenció al públic». Aquest precepte és valuós, en concret, de cara a valorar si hom pot derivar pretensions jurídiques privades del que s'hi estableix, és a dir, facultats adreçades a exigir o imposar a algú un determinat comportament en relació amb l'ús de la llengua catalana. Tot el que resta al marge d'aquesta àmbit *privat* d'actuació, i que es vincula de manera directa i neta amb el dret administratiu (sancions administratives, règim de les clàusules d'execució lingüística incorporades a contractes sotmesos al dret públic, etc.),² es deixa, volgudament i com a criteri general, fora d'aquest comentari.

En el context de l'article 32 LPL, aquella perspectiva privada o *des del dret privat* permet reconduir l'atenció cap al primer i el tercer apartats del precepte. El primer es limita a proclamar que els establiments que «[...] desenvolupen llur activitat a Catalunya han d'estar en condicions de poder atendre els consumidors i consumidores quan s'expressin en qualsevol de les llengües oficials a Catalunya». El segon igualment imposa que, a propòsit d'aquests mateixos establiments, certes informacions i documents «[...] han d'ésser redactats, almenys, en català».

2. Anna-Clara MARTÍNEZ, «Llengua i contractació pública: és viable la incorporació de clàusules d'execució lingüístiques», *Món Jurídic*, núm. 342 (agost-setembre 2022), p. 18-19.

2.1. LA IMPRECISA DELIMITACIÓ SUBJECTIVA DE L'ARTICLE 32 DE LA LLEI DE POLÍTICA LINGÜÍSTICA

Pel que fa a *qui* ha d'*atendre* els consumidors (art. 32.1 LPL) i ha de procurar la redacció en català dels elements mencionats en l'article 32.3 LPL, són les empreses i els establiments «que desenvolupen llur activitat a Catalunya». Una interpretació sistemàtica dels articles 30-33 LPL pot fer pensar que l'article 32 LPL s'adreça, només, a les empreses privades.³ Tot i així, atès que, estrictament, la conducta consistent a atendre el públic no es preveu expressament en els articles 30, 31 i 33 LPL, és defensable que l'article 32 LPL regeix sigui quina sigui la naturalesa (pública, de servei públic, privada, concertada o subvencionada) de l'empresa. Per altra banda, l'expressió «[l]es empreses i els establiments» té un abast general que permet incloure-hi qualsevol activitat comercial (adreçada «a la venda de productes o a la prestació de serveis»), independentment de l'estructura jurídica de qui la desenvolupa. I, per la seva banda, el requisit «a Catalunya» evoca una localització física del professional al territori català que, d'entrada, deixa al marge els que *només* adrecen aquestes activitats *cap a* Catalunya (arg. ex art. 6b Reglament (CE) núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, del 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals).

Pel que fa a *qui ha de ser atès*, l'article 32.1 LPL esmenta «els consumidors i consumidores». En canvi, la rúbrica de l'article 32 LPL es refereix «al públic» i el subapartat 3 d'aquest article utilitza al mateix temps els dos indicadors: «[...] els documents d'oferta de serveis per a les persones usuàries i *consumidores* dels establiments oberts al *públic* [...]». Aquest ús indistint d'ambdues categories és una imprecisió que caldria corregir, i la raó és que el «públic», entès com a destinatari de l'activitat desenvolupada per empreses o en establiments, enclou persones o subjectes que poden no ser —o no contractar com a— consumidores en el sentit, legal i estricte, de l'article 111-2a del Codi de consum de Catalunya (en endavant, CcoCat). D'aquesta manera, també és un establiment obert al públic aquell en el qual es desenvolupa una activitat de venda de béns o de contractació de serveis adreçada a persones que compren o contracten amb un propòsit relacionat amb la seva pròpia activitat professional o empresarial; aquests clients, tot i no ser consumidors, integren el *públic*. Es tracta d'una imprecisió que s'arrossega fins al mateix article 34 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), el qual, aparentment, l'accentua: mentre que la seva rúbrica predica els «[d]rets lingüístics dels consumidors i usuaris», en el text normatiu el subjecte de la primera disposició és «[t]otes les persones» i el de la segona, «[l]es entitats, les empreses i els establiments oberts al *públic*», amb el benentès que, com ja s'ha dit, no totes

3. Josep Maria PUIG SALELLAS, «La normativa lingüística y el mundo socioeconómico», a GENERALITAT DE CATALUNYA, INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (ed.), *Estudios jurídicos sobre la Ley de política lingüística*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 455.

les persones o públic contracten assumint o ocupant la posició legal de consumidor. En la segona disposició no hi ha correctiu; en la primera sí, de manera que el dret es predica de totes les persones, però, només, en «llur condició d'usuàries o consumidores de béns, productes i serveis». Caldria repensar aquestes redaccions.

2.2. DE L'ATENCIÓ... AL DRET A SER ATÈS EN LLENGUA CATALANA?

L'article 32.1 LPL imposa als establiments la implementació de les mesures que escaiguin de cara a «poder atendre» el consumidor prescindint de la llengua oficial en la qual aquest darrer s'hi ha adreçat.⁴ No es desenvolupa com cal que sigui, es faci o es presti aquesta atenció; en cap cas s'imposa expressament que *s'atengui en català*, ni tan sols en aquells casos en què el consumidor sí que s'ha expressat en aquesta llengua. De fet, es pot raonablement entendre que hi ha *atenció* només escoltant el consumidor i, si cal parlar-hi, contestant el que demana encara que es faci en castellà; d'atenció, n'hi ha.⁵ Aquest deure d'atenció apareix, novament, en l'article 34 EAC, que, sembla, fa un pas endavant. Al seu torn, l'article 128-1.1 CcoCat quasi reproduceix la mateixa expressió que s'empra en l'EAC, però hi afegeix que el dit dret s'atorga d'acord amb el que preveuen l'EAC i la legislació aplicable en matèria lingüística. Aquesta tríada (art. 32.1 LPL, 34 EAC i 128-1.1 CcoCat) suggereix tres comentaris: el primer, relatiu a la interrelació que hi ha entre les tres disposicions; el segon, a propòsit de la interpretació que ha fet el Tribunal Constitucional (TC) de les dues darreres, i el tercer fa referència a les conseqüències jurídiques associades a l'incompliment o la infracció del deure d'atenció.

2.2.1. *En què quedem?*

Pel que fa a la relació entre les tres disposicions, escauria dir, d'entrada i d'acord amb les regles generals, que si l'article 34 EAC difereix de l'article 32.1 LPL, aleshores aquest darrer va ser derogat per una llei posterior; en canvi, si diuen el mateix, l'article 32.1 LPL esdevé sobrer perquè el seu contingut ja regeix en virtut d'una norma posterior i jeràrquicament preferent. Literalment no hi ha coincidència perquè, ja s'ha

4. Parla, també, de l'«atenció adequada un cop prestat el servei», que té dret a rebre el consumidor, l'article 123-6.4 CcoCat; igualment, l'article 126-2 CcoCat, rubricat «Atenció», proclama el dret de les persones consumidores «a rebre la informació i l'atenció adequades i necessàries per a conèixer, utilitzar i fer servir amb seguretat i d'una manera satisfactòria els béns i serveis».

5. Vegeu Josep Maria PUIG SALELLAS, «La normativa lingüística», p. 456 i 457. L'autor considera que respondre en castellà al consumidor que s'expressa en català no s'avé amb la idea de gentilesa o consideració que comporta el concepte d'*atenció*.

anticipat, l'article 34 EAC sembla que fa un pas endavant. Aquest avenç consisteix a convertir el deure de l'article 32.1 LPL (en el sentit que s'imposa a les empreses i els establiments «estar en condicions de poder atendre») en un dret dels consumidors («tenen dret»).⁶ El matís «oralment i per escrit» de l'article 34 EAC no esdevé tan rellevant com pot semblar, ja que l'article 32.1 LPL no fa cap distinció i, per tant, el deure d'atendre, en el marc d'aquesta disposició, regeix en tot cas. El *dret* de l'article 34 EAC, a més, no va acompanyat de cap referència locativa com la de l'article 32.1 LPL («a Catalunya») i el seu contingut sembla avalar l'exigència d'atenció en llengua catalana si és aquesta la llengua oficial elegida pel consumidor.⁷ Aquesta interpretació, però, demana considerar també la segona de les disposicions de l'article 34 EAC, que imposa a les entitats, empreses i establiments «oberts al públic a Catalunya» el «deure de disponibilitat lingüística en els termes que estableixin les lleis». Aquesta norma es fixa, ara, en qui ofereix productes i serveis al *públic* i ho fa *a Catalunya*; no els imposa una obligació, sinó només un deure, que qualifica («de disponibilitat lingüística»), i, quant al seu contingut, remet al que «estableixen les lleis». Aquesta indeterminació no permet conèixer l'abast o l'àmbit d'aquest deure (és a dir, en quins supòsits regeix?), ni desgranar-ne el contingut; a més, si per «les lleis» s'entén la LPL, aleshores aquell deure, en el marc de l'activitat d'*atenció*, es limita a *atendre* (encara que no sigui en català) sigui quina sigui la llengua oficial en la qual s'expressi el consumidor. És evident que el principal dubte que genera aquesta segona disposició de l'article 34 EAC és si escapça (i, si escau, com ho fa) el *dret* que acaba de declarar la primera disposició d'aquest article. Sembla que, efectivament, s'avalua legalment una *retallada* del dret perquè, d'entrada, els *drets* atribuïts en el marc de les relacions jurídiques privades i que es tenen davant d'alguna persona en concret (per exemple, els establiments i les empreses de l'art. 34 EAC), comporten l'exigibilitat de l'acte que conforma el seu contingut i del qual es podrà demanar, fins i tot, el compliment forçós; un *deure*, en cas d'incompliment, acostuma a arrossegar efectes distints del de forçar el compliment de la conducta deguda. I, d'aquest esquema, en resulta que si la posició passiva del *dret* de l'article 34, al principi, EAC és el *deure* de l'article 34, al final, EAC, aleshores la norma, en aquest punt, és contradictòria.⁸

6. També *només* imposa «estar en condicions de poder atendre els consumidors quan s'expressin en qualsevol de les llengües oficials a Catalunya», l'article 8.3, al final, de la Llei 18/2017, de l'1 d'agost, de comerç, serveis i fires.

7. És el que s'identifica amb el vessant passiu del dret d'opció lingüística, entès com a dret a ser correspost amb la llengua que s'ha escollit en exercici del vessant actiu del mateix dret; vegeu Anna M. PLA BOIX, «La llengua al nou Estatut d'autonomia de Catalunya», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 3 (2006), p. 288-290.

8. Deixant al marge els drets reals, el que s'avé amb la categoria de *dret* (que seria *relatiu* o de *crèdit*) és el *dente*, no pas el *deure*.

La consistència de la remissió que l'article 128-1.1 CcoCat fa a l'EAC i a la «legislació aplicable» es ressent de tot plegat. En concret, tot i que els articles 128-1.1 CcoCat i 34, al principi, EAC fan ús d'una redacció diferent, acaben dient el mateix, per bé que els dubtes que genera l'article 34 EAC es traslladen a l'article 128-1.1 CcoCat, que s'hi remet.⁹

2.2.2. *La jurisprudència constitucional passada i... previsible?*

Sigui com sigui, hom no pot prescindir de la interpretació que el TC ha fet tant de l'article 34 EAC com de l'article 128-1.1 CcoCat. De fet, en la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 88/2017, del 4 de juliol de 2017,¹⁰ aquest tribunal analitza la constitucionalitat d'aquest darrer precepte i ho fa a remolc de la interpretació de l'article 34 EAC continguda en la STC 31/2010, del 28 de juny. En la STC 88/2017 es reproduceix l'argumentació ja emprada el 2010:

[...] el deber de disponibilidad lingüística de las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público no puede significar la imposición a éstas, a su titular o a su personal de *obligaciones individuales* de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo *general, inmediato y directo* en las relaciones privadas, toda vez que el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Por ello, en este ámbito de las relaciones entre privados no cabe entender que el Estatuto imponga de modo inmediato y directo tal obligación a los ciudadanos (STC 21/2010, FJ 22). [...] la extensión del derecho de *opción lingüística* al ámbito de las relaciones privadas no puede ser realizada de manera indiscriminada y habrá en cada caso que analizar la concreta normativa para determinar si la misma se encuentra suficientemente justificada (STC 88/2017, fonament jurídic [FJ] 3r).

En l'àmbit de les relacions privades, el TC nega que es pugui imposar per llei, de manera generalitzada, el deure de disponibilitat lingüística a totes les empreses i els establiments, i això implica, de retruc, negar també que es pugui reconèixer als

9. Vegeu l'article 38 de l'Avantprojecte de llei de modificació del CcoCat, pel qual, entre d'altres, es modifica l'article 211-5 CcoCat; a l'empara d'aquesta reforma, es proposa afegir un primer apartat al dit precepte, segons el qual «[l]es persones empresàries estan obligades a atendre de forma oral i escrita en la llengua oficial que escullin les persones consumidores, d'acord amb el que preveu l'article 128.1.1»; aquest darrer precepte no es modifica i és per això que l'*obligació* que es vol incloure en l'article 211-5.1 CcoCat resta desdibuixada, indirectament, per la remissió de l'article 128-1.1 CcoCat a l'EAC i, de moment, a la LPL.

10. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 171 (19 juliol 2017), p. 63257-63262.

consumidors, en tot cas i sempre, un *dret efectiu d'opció lingüística*. Però, a l'hora de concretar què es pot preveure legalment i què no, el TC assenyala que no es poden imposar, de manera general, immediata i directa, obligacions individuals d'ús de qual-sevol de les dues llengües oficials perquè en aquest àmbit, a parer seu, tampoc no hi ha el *dret a ser atès en la llengua escollida*.¹¹ Pel que fa a aquesta manera d'explicar-se, interessa fer notar dos aspectes. El primer és que el TC, en la STC 88/2017, efectivament es limita a reproduir allò que ja havia declarat en la STC 31/2020, però ni en l'una ni en l'altra no s'aporta la raó de fons que avala que hom no pugui exigir, a Catalunya, ser atès en llengua catalana. De fet, l'article 34 EAC no imposa el coneixement generalitzat del català (com sí que imposa el del castellà la Constitució espanyola [CE]), sinó que, contràriament, permet que sigui exigible, només, a aquells que desenvolupen a Catalunya una activitat empresarial o professional oberta al públic.¹² El segon aspecte que cal destacar és que tampoc no queda del tot clar si arran de la STC 88/2017 queden contradits els vessants actiu i passiu del dret d'opció lingüística. En aquest sentit, el TC nega que, en l'àmbit privat, empreses i establiments puguin veure's obligades, de manera general i directa, a *fer ús* del català o a *atendre* en llengua catalana; escapar d'aquesta manera el deure de disponibilitat lingüística implica, de retruc, escapar el correlatiu *dret d'opció lingüística*, però si l'afectació queda limitada a l'atenció que cal prestar al consumidor (en el sentit que no es pot imposar que es faci en català), sembla que el vessant actiu del dret (que permet triar la llengua a l'hora de *demanar* atenció) no resta malmès.¹³

Segueix aquesta mateixa línia la STC 117/2022, del 29 de setembre, que resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat, entre d'altres, contra l'article 8.3, al final, de

11. Vegeu Agustí POU PUJOLRÀS, «Consideracions sobre la Sentència del Tribunal Constitucional relativa a les previsions lingüístiques del Codi de consum de Catalunya», *RDL Blog* (blog de la *Revista de Llengua i Dret*), 16 de novembre de 2017, qui destaca que, malgrat tot, el TC avala la imposició de deures no individualitzats de disponibilitat lingüística. En el mateix sentit, vegeu Eva PONS PARERA i Agustí POU PUJOLRÀS, «Jurisprudència del TC», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 69 (juny 2018), p. 291. Pel que fa a la mateixa *esclletxa* en la STC 31/2010, vegeu Antoni MILLAN I MASSANA, «El règim de les llengües oficials. Comentari a la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny», *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, p. 137-138; Xavier MUÑO BAS, «Valoració dels aspectes relatius a la llengua en la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny», *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, p. 143; Eva PONS PARERA, «La llengua en la Sentència de 28 de juny de 2010», *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*, p. 153.

12. El FJ 22è de la STC 31/2010, del 28 de juny, es limita a assenyalar, *sense argumentar-ho*, que «el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos».

13. Agustí POU PUJOLRÀS, «Consideracions sobre la Sentència del Tribunal Constitucional», parla de «dret lingüístic actiu (dret a ser atès)» i defensa que, en una lectura generosa de la STC 31/2010, no es veuria afectat per la interpretació feta de l'article 34 EAC.

la Llei 18/2017, de l'1 d'agost, de comerç, serveis i fires.¹⁴ En concret, el fonament jurídic sisè de la STC 117/2022 reproduïx novament el que ja s'havia dit, primer, en la STC 31/2010 i, després, en la STC 88/2017, i insisteix en la idea que ni el deure d'«estar en condiciones de poder atender a los consumidores», ni «la proclamación *in abstracto* del derecho del consumidor a ser atendido en la lengua oficial que escoja», enclouen un «deber de conocimiento» de la llengua catalana que «recaiga de forma *directa* sobre unos sujetos *concretos*».¹⁵ No s'acaba d'entendre la raó per la qual el legislador català no desenvolupa aquestes escaletxes a l'efecte d'imposar, encara que de moment sigui sense fer-ho de manera general i directa, el coneixement i, de retruc, l'atenció en llengua catalana. En canvi, la insistència que mostra a reproduir el deure d'atendre el consumidor en la llengua elegida per aquest no fa altra cosa que encallar la situació, desaprofitar aquell espai de regulació i perpetuar una sensació de *déjà vu*.

Des de la perspectiva del dret privat, la STC 88/2017 permet un altre comentari. Deriva del seu fonament jurídic cinquè, que es pronuncia quant a la justificació, la raó o el rerefons que pot arribar a legitimar la imposició legal (mai de manera general, immediata i directa) de l'ús de la llengua catalana. Aquest fonament, a parer del TC, no pot consistir a facilitar al consumidor una major, millor o més fàcil comprensió o claredat de la informació rebuda del professional. Segons aquest raonament, la presumció de coneixement del castellà garanteix que la informació que ja consta en llengua castellana és comprensible per a tots els consumidors espanyols. Per tant, imposar la llengua catalana per a garantir una millor comprensió no estaria constitucionalment justificat.¹⁶

2.2.3. La força normativa: quid en cas d'incompliment?

La lectura feta pel TC del dret a ser atès en llengua catalana esquadra la mateixa qualificació com a *dret* del que, en canvi, sí que es formula i es presenta com a tal en els articles 34 EAC i 128-1.1 CcoCat. Des d'una perspectiva privada, la consistència d'un dret (almenys, el de caire patrimonial) s'ha de valorar atenent allò que permet fer o exigir. Considerats literalment, aquells preceptes permeten parlar d'un dret relatiu, personal o de crèdit, en virtut del qual el consumidor pot pretendre ser atès en llengua catalana pel professional; es tractaria d'un dret d'origen legal que legitimaria l'exigència d'un *fer* consistent a *atendre* i, en concret, a *atendre en català*. Aquesta formulació, arran de la jurisprudència constitucional, queda contradita clarament ja que reconèi-

14. Vegeu *supra* la nota 6.

15. La cursiva és nostra.

16. Vegeu Eva PONS PARERA i Agustí POU PUJOLRÀS, «Jurisprudència del TC», p. 291. Segons aquests autors, «[n]o hi ha millor manera de dir que una llengua és de primera i l'altra de segona».

xer la titularitat d'un dret sense atribuir al seu titular una pretensió (o facultat d'exigir la conducta adreçada a satisfer-lo [art. 121-1 CCCat]) és poc més que fum; altrament, declarar que es té dret a ser atès en català però sense poder exigir que aquesta atenció es satisfaci en llengua catalana fa que trontolli, almenys en aquest context, la mateixa categoria de *dret*. Si de cas, una lectura benintencionada de la jurisprudència constitucional avalaria afirmar que, de moment, es tracta d'un dret de contingut indeterminat que cal fixar legalment però que no pot encloure una pretensió que permeti exigir sempre i de manera immediata i individual l'ús de la llengua catalana; es tracta d'un dret que, a hores d'ara, enclou una pretensió de contingut encara incert.

Però, posats a plantejar-ho, com s'acabaria concretant el caràcter obligatori de la conducta o *fer* consistent a *atendre en llengua catalana* o, simplement, a *atendre a qui s'adreça al professional o botiguer en català*? A manca de compliment voluntari, com s'hauria d'imposar un compliment específic?, com s'hauria de valorar un compliment equivalent?, com s'hauria de valorar el cost de l'atenció en català...? Aquestes qüestions, que pressuposen una pretensió (o conducta exigible), no es poden plantejar sense considerar abans, com a mínim, els mecanismes d'implementació previstos, especialment, en la LPL i en el CcoCat. De fet, són aquests mecanismes els que, realment, ajuden a valorar la substantivitat dels drets atribuïts o reconeguts (ja que, en fi, poc dret és el que, si s'infringeix, no permet fer ni reclamar res al seu titular). Pel que fa a la LPL, el seu article 3 preveu la protecció judicial del «dret a emprar la seva llengua». L'article 32.1 LPL pressuposa aquest dret (el de cadascú a «emprar» la seva llengua) i es limita només a establir que, sigui quina sigui la llengua usada, els establiments han d'estar en condicions de poder atendre els consumidors. Quina és la reacció prevista si els dits establiments *no* estan en aquestes condicions? Des de la perspectiva del dret públic, no s'imposen sancions per al cas d'incompliment (disposició addicional [DA] 5a LPL). Pel que fa al dret a ser atès «oralment i per escrit en la llengua oficial que escullin», reconegut en l'article 128-1.1 CcoCat, l'article 331-6k CcoCat tipifica només com a infracció administrativa la vulneració dels drets lingüístics dels consumidors. I en aquest punt caldria recordar novament: primer, que la sanció administrativa no exclou, per si sola, que de la norma que proclama el dret també se'n puguin derivar, per al cas d'infracció, altres conseqüències (potser de tipus privat);¹⁷ segon, que la interpretació feta pel TC de l'article 128-1.1 CCCat limita molt l'àmbit de les possibles vulneracions susceptibles de sanció (de fet, no s'estarà vulnerant res si el consumidor que s'expressa i demana atenció en català, la rep en castellà).¹⁸

17. Quant a la naturalesa civil de les normes de dret privat contingudes en el CcoCat, vegeu Lúdia ARNAU RAVENTÓS, «El dret català i els contractes atorgats a distància o fora d'establiment mercantil amb consumidors», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (2022), p. 51-53.

18. Des de la perspectiva del dret públic, la STC 88/2017 acaba *arrodonint* la interpretació de l'article

2.3. LA INFORMACIÓ REDACTADA EN CATALÀ: EMBOLICA QUE FA FORT

L'article 32.3 LPL considera, en primer terme, «[l]a senyalització i els cartells d'informació general de caràcter fix». La descripció d'aquests elements es fa atenent dos criteris: o bé només el de la naturalesa de la informació o del seu contingut (la senyalització), o bé el de la naturalesa de la informació («general») i, alhora, el del tipus de suport que la conté («cartells [...] de caràcter fix»). Sigui com sigui, la informació esmentada en l'article 32.3 LPL inclou dades sense transcendència contractual; és el cas de la senyalització (que, cal entendre, pot fer referència als diferents espais o a la localització dels diferents serveis que s'ubiquen a l'establiment). Pel que fa als cartells, la seva identificació s'efectua a partir de dues dades: la primera, de contingut, és excessivament indeterminada: cal que contingui *informació* (de què?, o pot ser de qualsevol aspecte o de qualsevol tipus?) que, a més, sigui *general* (i quan ho és?, quan fa referència a tots els serveis o productes que es comercialitzen en aquell establiment?...);¹⁹ la segona dada fa referència a la naturalesa del suport («de caràcter fix»). L'article 32.3 LPL es refereix, en segon lloc, «als documents d'oferta de serveis», però no queda del tot clar a quin tipus de documentació es fa referència i tampoc no semblen justificades la sola menció dels «serveis» i l'omissió dels béns (*cfr.* art. 32.1 LPL);²⁰ es tractaria d'informació en suport documental, encara que no sigui de caràcter fix, i relativa, cal entendre, als productes (ja siguin béns, ja siguin serveis) oferts al públic.

El que unifica el conjunt d'informacions esmentades en l'article 32.3 LPL és el seu destinatari indeterminat. En qualsevol cas, a propòsit del client o consumidor concret o determinat, una menció informativa de les compreses en l'article 32.3 LPL pot acabar tenint transcendència contractual i esdevenir contingut exigible a l'empara del caràcter vinculant de la publicitat (art. 123-7 CcoCat) entesa com a comunicació adreçada al públic a fi de promoure la contractació de béns i serveis (i no es pot descartar que acompleixin aquesta funció la informació general o els documents d'oferta de serveis esmentats en l'art. 32.3 LPL). La finalitat de l'article 32.3 LPL és establir, però, que la informació continguda en la senyalització, els cartells i la documentació

128-1.1 CcoCat quan afegeix que, si no es poden imposar obligacions individuals, generals, immediates i directes pel que fa al coneixement i l'ús del català als establiments, «menos aún cabrá establecer régimen sancionador alguno frente a un eventual incumplimiento de unas obligaciones individuales que nunca podrán ser tales» (vegeu FJ 4t, al final).

19. Aquests cartells poden igualment fer referència a aspectes no contractuals (per exemple, els relatius al funcionament de l'establiment, com ara els horaris, els dies festius, etc., o al compliment d'obligacions administratives, com ara disposar de fulls de reclamació, etc.). Per la seva banda, cal indicar que la senyalització s'acostuma a incorporar a cartells de tipus fix i que aquests tipus d'indicacions també poden considerar-se (per què no?) informació general.

20. Es pot pensar en els targetes on consten els diferents serveis que presta la perruqueria, la bugaderia, etc., que, a voltes, consten en cartells (que, de fet, ja són un suport documental).

que s'hi esmenta, ha d'ésser redactada, almenys, en català.²¹ L'article 32.3 LPL estableix un deure; literalment, la formulació de la norma (que defuig la paraula *dret*) no facilita promoure una pretensió de naturalesa privada. El caràcter degut de la redacció en català de les informacions de l'article 32.3 LPL el rebla, d'entrada, la lletra *b* de la disposició addicional cinquena de l'LPL, que tipifica l'incompliment del dit deure com a «negativa injustificada a satisfer les demandes de les persones usuàries i consumidores» a l'efecte d'aplicar el règim sancionador de la Llei 1/1990. La derogació d'aquesta llei en virtut del CcoCat dona pas a la disposició final primera del CcoCat, segons la qual les referències legals que es facin a la llei del 1990 s'han d'entendre fetes al mateix CcoCat. La remissió porta a l'esmentat article 331-6 *k* CcoCat. En aquest punt, l'entramat jurídic permet afirmar que la infracció del deure de redactar en català les informacions de l'article 32.3 LPL es tracta, en el CcoCat, com una infracció administrativa. En el CcoCat es reacciona de la mateixa manera tant si el professional no atén en català com si no disposa de les informacions generals fixes en llengua catalana. Ja s'ha dit que la reacció jurídica explícita per al cas de vulneració, que en el CcoCat és de naturalesa administrativa, no *hauria* d'excloure, tampoc quant al deure de redacció en català de les informacions esmentades en l'article 32.3 LPL, una possible reacció jurídica privada. Caldria estirar més el fil d'«han d'ésser redactats, almenys, en català».

La interpretació de l'article 32.3 LPL no pot fer-se de manera aïllada. Cal considerar, en tot cas, els articles 15 LPL, relatiu als «documents civils i mercantils», i 128-1.2 CcoCat.

2.3.1. *Llengua i documents privats (article 15 de la Llei 1/1998)*

L'article 15.1 LPL declara que «[l]a llengua no és un requisit de forma dels documents privats». La conseqüència que deriva d'aquesta negació i que estableix el mateix precepte («[p]er tant, són vàlids els redactats en qualsevol idioma») permet afirmar que la llengua és, certament, un element o aspecte relatiu a la forma documental;²² la llengua de redacció és, però, lliure (l'han d'elegir les parts atorgants [art. 15.3 LPL]), de manera que, a l'efecte de la *validesa* del *document*, no se n'exigeix una de concreta. L'article 15.1 LPL prescindeix de la funció que pot acomplir el document

21. A propòsit de l'«almenys, en català», vegeu Antoni MILIAN I MASSANA, «La exigencia de “al menos en catalán”», a GENERALITAT DE CATALUNYA, INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (ed.), *Estudios jurídicos sobre la Ley de política lingüística*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 495-505, destaca que la discriminació d'elements en l'article 32.3 LPL (del qual queden al marge les informacions no fixes i les no generals) avala la proporcionalitat de la norma.

22. Com la mida i el contrast de la lletra (art. 211-6 CcoCat).

en relació amb el negoci que formalitza.²³ En l'article 15.1 LPL, a més, no s'explicita què fa que un document sigui o no «privat»; atenent l'article 14 LPL, el document privat es contraposa al públic o atorgat per un fedatari públic. Si és privat, pot ser contractual o d'un altre tipus («contractuals o no» [art. 15.2 LPL]). La qualificació de «contractual» tampoc no es desenvolupa, de manera que aquesta condició o qualitat es pot ben interpretar de manera àmplia i pot incloure qualsevol document relatiu o relacionat amb un contracte. De fet, en l'article 15 LPL, la identificació del que sigui un document contractual no té major transcendència, ja que no fan cap tipus de distinció ni el mateix article 15.2 LPL (segons el qual els documents, per tal d'exigir-ne el compliment a Catalunya, poden redactar-se en català o en castellà),²⁴ ni l'article 15.3, al principi, LPL (que encomana a les parts la tria de la llengua oficial de redacció del document). L'article 15.3 LPL afegeix una excepció: disposa que determinats contractes («contractes d'adhesió, normats, contractes amb clàusules tipus o amb condicions generals») s'han de redactar en la llengua elegida pel consumidor i «han d'estar a disposició immediata dels clients i clientes en exemplars separats en català i en castellà». Es tracta de modalitats contractuals que, d'alguna manera, es contraposen als anomenats tradicionalment *contractes per negociació*, que es caracteritzen pel fet que el contingut contractual és fruit de les negociacions mantingudes per les parts arran d'un procés en el qual, teòricament, s'ha pogut concórrer en igualtat de condicions; per la seva banda, en les categories de l'article 15.3 LPL aquest potencial marge de negociació per a acordar el contingut contractual no hi és de cap manera o no hi és tan àmpliament.²⁵ L'excepció de l'article 15.3 LPL permet diferents comentaris. El primer

23. Així, el document (que té la seva pròpia forma) pot esdevenir la *forma* del negoci incorporat al document. Aquesta forma pot complir diferents funcions, de manera que si la forma documental no és vàlida per raó de l'incompliment dels seus propis requisits formals, aleshores aquesta nul·litat pot acabar afectant el negoci de manera diferent segons la funció que apleixi la forma; així, si la forma documental s'exigeix com a forma solemne, el negoci serà nul; si es tracta d'una forma *ad probationem*, el document no permetrà entendre acreditat el negoci (la seva existència i el seu contingut); si es tracta d'una forma de cara que el negoci sigui oposable a tercers, aleshores aquests tercers no es podran veure afectats pel seu atorgament.

24. Estrictament, del que es pot demanar el compliment és del negoci formalitzat en el document, no del document mateix.

25. La categoria de «contractes d'adhesió» es contraposa a la de contractes per negociació i fa referència al fet que l'atorgament del negoci es produeix arran de l'adhesió d'un dels contractants al contingut ja predisposat per l'altre. En funció precisament d'aquest contingut, hom pot distingir entre condicions generals i contractes amb clàusules tipus. Aquesta darrera categoria, que no és legal, revela senzillament que el contingut contractual està integrat per condicions estereotipades, que funcionen com a model. Per la seva banda, les «condiciones generales» es tipifiquen en el dret estatal en l'article 1 de la Llei 7/1998, del 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació. Es caracteritzen per ser «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos». Els contractes d'adhesió

és que, amb ella, l'article 15.3 LPL passa de considerar el *document privat* (o atorgat per particulars, prescindint del que hi consta) a parlar del *negoci* formalitzat en el document; aquest negoci s'identifica amb modalitats contractuals que, per raó del seu propi contingut (no negociat i més o menys extens), acostumen a formalitzar-se per escrit. Aquest trànsit (del document al negoci) suggereix plantejar-se quina és aleshores la rellevància negocial (i no només documental) que pot arribar a tenir el fet que el contracte no es redacti en català, encara que sigui la llengua elegida pel consumidor, o no es posi a disposició del client un exemplar en català. Sigui quina sigui aquesta rellevància, en cap cas no pot ser la manca de validesa del negoci (art. 15.2 i 15.3 LPL).²⁶ El segon comentari que deriva de l'article 15.3 LPL s'inspira en el seu àmbit subjectiu d'aplicació; en aquest sentit, la norma estableix que si aquells contractes s'atorguen per persones consumidores, són aquestes les que trien la llengua de redacció del document que els conté (i, cal entendre, poden imposar aquesta tria a l'altra part). El que es vol fer notar és que aquestes modalitats contractuals no exigeixen necessàriament la presència d'un contractant consumidor (l'adherent, per exemple, per ser un professional);²⁷ en aquests darrers casos, la llengua de redacció del document s'haurà de determinar mitjançant un acord de les parts (art. 15.3, al principi, LPL). La manca d'acord menarà a la impossibilitat de redactar el document. I aquesta manca d'acord pot determinar, de fet, la mateixa manca d'atorgament del contracte si la llengua de redacció formava part de l'acord al qual calia arribar per a consentir.²⁸

també poden estar integrats per clàusules no negociades individualment que no revesteixen la categoria de «condiciones generales» per manca d'algun dels elements que les tipifiquen (com ara si, per exemple, el predisponent no té com a finalitat un ús indiscriminat de les clàusules i només pretén imposar-les en un sol contracte). Per la seva banda, la categoria de «contrato normado» es correspon amb contractes amb el contingut reglamentat, és a dir, amb negocis que reserven molt poc marge a l'autonomia de la voluntat (o, altrament dit, amb una regulació de caràcter imperatiu).

26. Pel que fa als contractes d'adhesió integrats per condicions generals, la Llei 7/1998 no imposa en cap cas la forma escrita com a requisit de validesa del negoci; tampoc com a *formalitat* posterior a l'atorgament. De fet, per al cas que «el contrato no deba formalizarse por escrito», estableix que n'hi ha prou amb l'anunci d'aquestes condicions en un espai visible del lloc de l'atorgament (art. 5.3 Llei 7/1998).

27. L'article 15.3, al final, LPL novament sembla fer un ús indistint de termes que no volen dir el mateix; així, la categoria de *client* abraça molt més que la de *consumidor*. Vegeu, pel que fa a la categoria d'*adherent* (que no cal que sigui un consumidor), l'article 2 de la Llei 7/1998.

28. En l'article 15.3 LPL no hi ha una norma paral·lela a l'article 14.2.II LPL, que, a propòsit dels documents públics, estableix que, a manca d'acord, s'han de redactar en totes dues llengües. Aquesta norma es reproduïx en l'article 2 del Decret 204/1998, del 30 de juliol, sobre l'ús de la llengua catalana en els documents notariais. Aquest norma reitera el que estableix la LPL, però considera abans, en l'article 1.3 del mateix Decret 204/1998, una excepció: quan es tracti d'escriptures de transmissió de béns o de constitució d'un préstec o un crèdit fetes seguint les condicions generals de la contractació, la facultat de triar la llengua de redacció del document s'atribueix a l'adquirent o al prestatari.

2.3.2. *El dret del consumidor a exigir rebre informació i documents redactats en llengua catalana (art. 128-1.2 CcoCat)*

La referència de l'article 15.3 LPL al consumidor porta a l'article 128-1.2 CcoCat. El precepte li reconeix el «dret a rebre en català» determinades informacions i documents. La lectura encreuada d'aquest precepte i dels articles 32.3 i 15 LPL permet, d'entrada, dos comentaris. El primer és que els «cartells d'informació general de caràcter fix», que calia que es redactessin en català segons l'article 32.3 LPL, deriven, en l'article 128-1.2a CcoCat, en el dret a «rebre» en català «la informació de caràcter fix», sigui quin sigui el suport que la contingui i prescindint del seu caràcter general o no. El segon és que l'article 128-1.2c CcoCat sembla reproduir l'excepció de l'article 15.3 LPL i, fins i tot, excedir-la, atès que considera no només distintes modalitats de contractes no negociats (que és el que fa estrictament l'art. 15.3 LPL), sinó tota la documentació que se'n deriva. De fet, però, aquesta lletra c es pot entendre sobrerera perquè n'hi hauria prou amb la lletra a del mateix precepte, que esmenta, sense distingir entre modalitats contractuals o tipus de contractes, «la documentació contractual». Les invitacions a comprar (art. 128-1.2a CcoCat) tampoc no acaben d'encaixar amb «els documents d'oferta de serveis» de l'article 32.3 LPL: primer, perquè tècnicament «comprar» no equival a contractar «serveis»; segon, perquè tècnicament una «oferta» tampoc no coincideix amb una «invitació» a emetre ofertes de compra. En qualsevol cas, els documents de l'article 15.3 LPL quedarien igualment enclosos en la informació o documentació que esmenta l'article 128-1.1a CcoCat. Per altra banda, tampoc no hi ha coincidència total entre els àmbits materials dels articles 128-1.2b CcoCat i 34.1 i 2 LPL:^{29,30} pel que fa a les instruccions, les relatives a «l'ús dels productes» (art. 34.1 LPL) inclouen «les informacions necessàries per al consum, l'ús i el maneig adequats dels béns i serveis» (art. 128-1.2b CcoCat); a diferència de l'article 34 LPL, l'article 128-1.2 CcoCat no esmenta ni l'etiquetatge ni l'embalatge (vegeu, però, sense menció de la llengua, l'art. 126-5 CcoCat).³¹

29. La norma estableix un règim diferent en funció del tipus de producte: la regla general seria que les dades que figuren en l'embalatge, l'etiquetatge i les instruccions dels productes que es distribueixen en l'àmbit territorial de Catalunya, «poden figurar en català, en castellà o en qualsevol altra llengua de la Unió Europea»; la norma especial afecta les dades que consten en «l'etiquetatge de productes catalans que gaudeixen de denominació d'origen, de denominació comarcal o de denominació de qualitat o dels productes artesanals que es distribueixen en l'àmbit territorial de Catalunya», que «han d'ésser necessàriament, com a mínim, en català».

30. Hom podria pensar que, mentre que l'article 128 CcoCat demana la presència d'un consumidor, l'article 34 LPL prescindeix d'aquesta condició i esdevé rellevant, només, que es tracti de productes que «es distribueixen en l'àmbit territorial de Catalunya», amb independència de qui els compri o contracti. Però la rúbrica del precepte, «La informació a les persones consumidores i usuàries», permet posar-ho en dubte.

31. Aquest garbuix normatiu pot empitjorar si es manté la redacció vigent de l'article 128-2 CcoCat i tira endavant la proposta de modificació de l'article 211-5 CcoCat (en els termes de l'article 38

L'article 128-1.2 CcoCat, al contrari que els articles 32 i 34 LPL, proclama el dret a rebre en llengua catalana certes informacions i documents «sens perjudici del respecte ple al deure de disponibilitat lingüística». Estrictament, la redacció no és del tot clara: el dret a exigir certs documents en català hauria de tenir com a correlatiu el deure de proporcionar-los redactats en català (o de proporcionar-los en castellà, si així es demana); en aquest context, no s'arriba a copsar què es vol dir quan s'estableix que aquell dret s'ha d'exercir *respectant*, i de manera plena, el *deure* de disponibilitat lingüística. Des d'un punt de vista lògic, el dit deure hauria d'estar *al servei* del dret a exigir la informació o els documents en català (o, si escau, en castellà), i no s'hauria de presentar pas com un límit al seu exercici (tret que es vulgui assenyalar, com ja es va fer a propòsit del dret a ser atès en català dels articles 128-1.1 CcoCat i 34 EAC, que el dret a exigir documentació redactada en català pot ser correspost, sense problema, amb el lliurament dels documents redactats en llengua castellana). La STC 88/2017 es pronuncia també quant a la constitucionalitat de l'article 128-1.2 CcoCat. En aquesta ocasió, les conseqüències del respecte degut al deure de disponibilitat lingüística s'expliquen en termes sensiblement diferents als emprats en l'anàlisi de l'article 128-1.1 CcoCat. Quant a l'article 128-1.2 CcoCat, el TC declara que aquell deure «supone, por tanto, la garantía del derecho de los consumidores y usuarios a recibir la documentación e información referida también en castellano». És xocant que, posats a concretar en què consisteix el *deure* de disponibilitat lingüística en aquells casos en els quals el consumidor exigeix la informació o els documents en català, el TC reorienti la seva atenció cap al *dret* exercit, assenyalant que la documentació també pot ésser sol·licitada en castellà (opció que l'art. 128-1.2 CcoCat no malmestia ni esquinçava). En qualsevol cas, s'imposa concloure que el TC acaba reconeixent la constitucionalitat de la norma catalana que atribueix al consumidor el dret a exigir informació i documentació en català, de manera que la seva satisfacció obliga a facilitar-les tal com es demanen.

de l'Avantprojecte de reforma del CcoCat). No s'acaba d'entendre el sentit i la funció que han d'acomplir els articles 211-5.2 i 211-5.3 CcoCat si es té en compte el que ja regeix en virtut de l'article 128-2 CcoCat. Contrastar aquest precepte i el contingut de la proposta permet fer algunes observacions. La primera, de tipus formal, és que l'article 128-1 CcoCat, rubricat «Drets lingüístics», ja concreta que es tracta dels drets que es tenen en el marc de les «relacions de consum» (art. 128-1 CcoCat); l'article 211-5 CcoCat, ubicat sistemàticament en el llibre segon («Requisits de les relacions de consum»), s'intitula, en canvi, «Requisits lingüístics». La segona observació, de caire més material, és que els articles 211-5.2 i 211-5.3 CcoCat ometen parlar, expressament, del dret a exigir determinada documentació en català (que és el que, de manera més directa, fa l'art. 128-2 CcoCat) i opten per una redacció que mimetitzava l'emprada en l'article 32 LPL, en el sentit que els dits documents «han d'estar redactats en català». La tercera observació és que, en els articles 211-5.2 i 211-5.3 CcoCat, aquesta imposició va acompanyada d'un «almenys» («han d'estar redactats [...] almenys en català»), segurament en un intent d'avenir-se a la interpretació feta pel TC del «ple respecte al deure de disponibilitat lingüística» de l'article 128-2 CcoCat (vegeu-ho, a continuació, en el text). La darrera observació, també material, és que en l'article 211-5.2 CcoCat no es menciona «la documentació contractual», prevista, en canvi, en l'article 128-2a CcoCat.

Tot i així, el TC supedita la constitucionalitat de normes com l'article 128-1.2 CcoCat al «respeto pleno a la legislación estatal y al margen que ésta le deje a la comunidad autónoma». I cal entendre que *hi ha marge* si el dret estatal es limita a imposar que, «al menos», la informació, les dades o el document es redactin en castellà; si és així, aleshores el legislador autonòmic pot afegir-hi l'obligació de redactar-ho, *també*, en català (FJ 5è STC 88/2017). Però tot plegat regeix, només, *de moment* o «[e]n ausencia de armonización normativa de la materia por parte del Estado a través de sus títulos competenciales [...] y sin perjuicio de señalar la posibilidad de que en cada caso se produzca una eventual limitación del ejercicio competencial por la normativa de la Unión Europea en la materia» (STC 88/2017, FJ 5è, par. 11è).³²

2.3.3. *Requisits lingüístics i incorporació de directives de la Unió Europea al dret intern. La llengua en els contractes internacionals a distància atorgats per consumidors*

Certament, tal com indica el darrer paràgraf que s'acaba de reproduir, els límits quant a la possible imposició de requisits lingüístics (relatius a l'etiquetatge de productes, a la informació o documentació contractual, etc.) poden obeir a disposicions del dret de la Unió Europea.³³ Però, a vegades, aquestes disposicions avalen just el contrari, és a dir, la legítima exigència interna de l'ús d'una determinada llengua. En l'àmbit del dret privat, encaixen en aquest discurs, per exemple, l'article 6.7 de la Directiva 2011/83/UE del Parlament i del Consell, del 25 d'octubre de 2011, dels drets dels consumidors. El precepte regula, entre d'altres, els requisits d'informació precontractual dels contractes atorgats a distància o fora d'un establiment mercantil entre un professional i un consumidor: «Los estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico en relación con la información contractual a fin de garantizar que dicha información pueda ser comprendida fácilmente por los consumidores». Els aspectes que cal fer notar són, d'entrada, dos: el primer és el laconisme de l'expressió «requisitos de carácter lingüístico»; el segon és la finalitat de la qual, en aquest article, es fa dependre la legitimació interna

32. Destaquen que, d'aquesta manera, el TC deixa «en precari» la justificació competencial del Parlament de Catalunya, Eva PONS PARERA i Agustí POU PUJOLRÀS, «Jurisprudència del TC», p. 291; Joan RIDAO MARTÍN, «La llengua catalana al Principat després de quaranta anys d'autonomia política. Un balanç des de la perspectiva jurídica», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 70 (2018), p. 43.

33. Vegeu Narcís MIR I SALA, «Balanç del dret lingüístic de la Unió Europea i de la seva relació amb la llengua catalana 1986-2019», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 72, p. 287 i 288. L'autor explica de quina manera el mateix legislador europeu rebaixa la tensió entre les llibertats econòmiques fonamentals i el dret lingüístic nacional: permetent que els legisladors interns puguin exigir, en els seus respectius àmbits territorials, l'ús de les llengües d'aquests territoris sempre que, a més, siguin llengües oficials de la Unió Europea.

per a afegir requisits lingüístics, expressada en termes de *més fàcil comprensió de la informació contractual*. En qualsevol cas, el pressupòsit de l'anàlisi que ara es proposa de l'article 6.7 de la Directiva (UE) 2011/83 és la competència del Parlament de Catalunya per a incorporar-lo al dret català. Aquesta competència s'empara en la naturalesa civil de les normes de dret privat en matèria de contractació amb consumidors; en aquest sentit, per bé que les directives de la Unió Europea no qualifiquen la naturalesa, civil o mercantil, de les normes que inclouen, en clau interna s'imposa aquesta qualificació;³⁴ i així ho ha declarat el TC en la Sentència 132/2019, del 13 de novembre de 2019.³⁵ Reconeguda aquesta civilitat, aquella competència deriva dels articles 149.1.8 CE i 129 (relatiu a la competència legislativa en matèria civil) i 189 EAC (que reconeix la competència del Parlament de Catalunya per a incorporar directives que regulen matèries sobre les quals l'EAC atribueix a la Generalitat competència per a legislar).

2.3.3.1. L'exigència interna de «requisits de caràcter lingüístic» (*tout court*) per a afavorir la comprensió de la informació precontractual

L'article 6.7 de la Directiva 2011/83 reconeix certa maniobrabilitat al legislador intern a l'hora d'incorporar les regles relatives a l'obligació professional de facilitar al consumidor, abans de l'atorgament del contracte, certa informació referent al negoci projectat. En concret, es permet als estats incidir en la dimensió formal d'aquesta informació imposant «requisits de caràcter lingüístic». L'expressió és *només* aquesta; a diferència del que fan altres textos europeus,³⁶ l'article 6.7 de la Directiva 2011/83

34. Vegeu Lúdia ARNAU RAVENTÓS, «La implementació al dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Girona, Documenta Universitaria, 2021, p. 85-90, qui argumenta aquesta qualificació.

35. Vegeu Juan Antonio XIOL RÍOS, «La competència en dret civil en el segle XXI», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, Girona, Documenta Universitaria, 2021, p. 47.

36. Vegeu el considerant 10 i l'article 4.3, al final, de la Directiva 2008/122/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 14 de gener de 2009, sobre la protecció dels consumidors en relació amb determinats aspectes dels contractes d'aprofitament per torns de béns d'ús turístic. El considerant 10 de la Directiva 2008/122 fa referència a dos elements: un de formal, relatiu a qui pot triar la llengua del contracte, i un de material, referent a la llengua elegible («El consumidor debe tener el derecho, que los comerciantes no deben negarle, a recibir la información precontractual y el contrato en una lengua de *su elección* que le sea *familiar*. Además, con el objeto de facilitar la ejecución y el cumplimiento del contrato, es preciso autorizar a los estados miembros a establecer que se faciliten al consumidor otras versiones lingüísticas del contrato»). Cap d'aquests elements no és present, en canvi, en l'article 4.3, al final, de la Directiva 2008/122, que estableix que els estats membres han d'afavorir que el contracte es redacti en la llengua de l'estat de la

no condiciona la conformitat de la regulació interna al fet de tractar-se de requisits vinculats a una llengua oficial de la Unió Europea.³⁷ No és un cas aïllat. També obeeix a aquest esquema l'article 17.4 de la Directiva (UE) 2019/771 del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes del contracte de compravenda. Aquesta disposició permet que els estats puguin preveure requisits addicionals relatius a la garantia comercial dels béns objecte del contracte de compravenda, «incluidas normas sobre el idioma o idiomas en los que se debe facilitar la declaración de garantía comercial al consumidor».³⁸

Per la seva banda, que la regulació interna hagi d'obeir a la finalitat d'afavorir una comprensió més fàcil de la informació contractual per part del consumidor no hauria de representar un obstacle de cara a imposar, per part del legislador català, l'obligació d'*informar en català*. Aquesta afirmació, però, convé contrastar-la amb el que va manifestar el TC en la Sentència 88/2017 quant al propòsit que, a parer seu, pot arribar a legitimar l'obligació legal d'ús de la llengua catalana.³⁹ Segons el TC, aquesta finalitat no podia ser la de garantir una comprensió millor i més fàcil de la informació, sinó *només* la de fomentar l'ús de la llengua catalana. El que interessa ara assenyalar

residència o de la nacionalitat del consumidor «siempre que se trate de una lengua oficial de la Comunidad». L'article 4.1 de la Proposta de directiva (7.6.2007, COM [2007] 303 final) establia que el contracte «se redacte en una de las lenguas oficiales de la Comunidad, a elección del consumidor».

La llengua oficial del país d'atorgament del contracte és també la que cal emprar a fi de facilitar al consumidor la informació precontractual relativa a l'assegurança de vida, segons l'article 185.6 de la Directiva 2009/158/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 25 de novembre de 2009, sobre l'assegurança de vida. La norma enclou un afegit: «No obstante, dichas informaciones podrán redactarse en otra lengua si el tomador del seguro lo solicita y el derecho del estado miembro lo permite o el tomador tiene libertad de elegir la legislación aplicable».

37. Vegeu la comunicació de la Comissió «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83», *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 525/25, 29 de desembre de 2021. Tot i que l'exemple que utilitza la Comissió en aquest document és el d'un legislador que ha imposat l'ús de la llengua oficial del seu país, el cert és que l'article 6.7 de la Directiva 2011/83 no parla d'oficialitat en cap moment. Tampoc n'hi ha rastre en el considerant 15è de la Directiva 2011/83, que destaca que els requisits lingüístics són una de les excepcions al nivell d'harmonització plena o màxima de la Directiva (art. 4 Dir. 2011/83).

38. La llengua apareix també en l'article 10.2d de la Directiva 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 8 de juny de 2000, sobre determinats aspectes relatius als serveis de la societat de la informació. S'hi estableix que els estats membres han de garantir que, abans de contractar, el consumidor rebi informació relativa a «las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato». No s'imposa l'ús de cap llengua en concret, sinó, només, el deure d'informar de les llengües (lliurement triades pel professional, cal entendre?) en què es pot atorgar el contracte. Segueix aquest mateix model l'article 3.14g de la Directiva 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 23 de setembre de 2002, relativa a la comercialització a distància dels serveis financers destinats a consumidors. D'acord amb aquest precepte, abans de contractar, el proveïdor del servei ha d'informar el consumidor de la llengua o les llengües de redacció de les condicions generals i de la informació prèvia, i de la llengua o les llengües en què el proveïdor, d'acord amb el consumidor, s'hi comunicarà mentre duri el contracte.

39. Vegeu *supra* l'apartat 2.2.2, al final.

és que aquest argument no es pot reproduir, sense més ni més, en el context de l'article 6.7 de la Directiva 2011/83 per a negar la competència del legislador català per a imposar l'ús del català fent ús del marge de maniobra que li atorga l'article 6.7 de la Directiva 2011/83. La raó és que l'argument emprat pel TC pressuposa que la llengua usada per l'establiment o empresa és la castellana i, atès el coneixement presumpte del castellà per tots els catalanoparlants, no escauria exigir al professional l'ús de la llengua catalana. Ara bé, considerats els àmbits subjectiu i objectiu de la Directiva 2011/83, les seves regles inclouen, entre altres modalitats, el contracte a distància, que pot ser un contracte atorgat a distància entre un consumidor català i un professional o una empresa estrangera (o, en qualsevol cas, amb un venedor o proveïdor que no s'expressa en castellà). En aquest context, l'exigència d'ús del català, imposada pel dret català, seria conforme al dret europeu perquè, considerant la llengua estrangera emprada pel venedor o proveïdor, la mesura sí que tindria com a objectiu que el consumidor entengués millor allò de què se l'informa. El resultat final pot semblar, d'entrada, xocant: assumint la jurisprudència del TC (encara que només sigui a l'efecte del raonament), resulta que a l'establiment que ja informa en *castellà* no se li pot imposar l'ús del català, però sí al que ho fa en una llengua distinta al castellà. Sobti o no, és una esclatxa que també caldria aprofitar.

2.3.3.2. L'aplicació del dret català al contracte

Tècnicament, l'exigència de l'ús del català es pot articular per la via directa d'una obligació legal consistent a informar *en català*, que caldria preveure a càrrec del contractant professional, o per la via indirecta d'atribuir al consumidor la facultat d'exigir que la informació se li faciliti en llengua catalana. Sigui com sigui, però, es tractarà de previsions sobrerres si el dret català no resulta aplicable al contracte. Aquesta subjecció, en cas d'un contracte internacional atorgat per una persona consumidora, implica prèviament aplicar, al seu torn, el Reglament (CE) núm. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, del 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (en endavant, RRI). A l'empara de les seves normes, a manca de pacte sobre la llei aplicable, el contracte atorgat amb una persona consumidora resident a Catalunya (art. 6.1 i 22.1 RRI) restarà subjecte al dret català si, a més de la presència d'aquest contractant consumidor,⁴⁰ concorren la resta de circumstàncies de l'arti-

40. Pel que fa a les *interferències* que deriven de la definició de *consumidor* continguda implícitament en l'article 6 RRI, més restrictiva que la que regeix en el dret català (vegeu l'art. 111-2a CcoCat), consulteu Lúdia ARNAU RAVENTÓS, Albert FONT I SEGURA, M. Esperança GINEBRA MOLINS i Jaume TARABAL BOSCH, *L'aplicació del dret civil català i els reglaments europeus: Ajut a la investigació 2022*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2022, p. 88-93.

cle 6.1 RRI, que són: que aquella actuació professional s'exerceixi o s'adreci al país (o unitat territorial) de la residència habitual del consumidor⁴¹ i que el contracte obeeixi al desenvolupament d'aquesta activitat. És possible, però, elegir una llei distinta de la catalana; de fet, l'article 6.2 RRI considera el supòsit explícitament i avala que la presència d'un contractant consumidor no esquerda *del tot* la llibertat de les parts de triar, en els termes de l'article 3 RRI, quina llei volen que regeixi el contracte. Ara bé, l'article 6.2 RRI condiciona l'efectivitat de l'elecció d'una llei distinta de la corresponent al país o unitat territorial de la residència habitual del consumidor:

[...] dicha elección no podrá acarrear para el consumidor la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.

Aquesta regla implica que l'elecció eventual d'una llei distinta de la catalana no pot privar el consumidor resident a Catalunya del dret a exigir la informació contractual en català sempre que la norma que, a Catalunya, estableixi l'obligació de fer-ho així o reconegui aquest dret al consumidor sigui imperativa.

41. Pel que fa a les circumstàncies que permeten entendre que l'activitat s'adreça a aquell país o unitat territorial («por cualquier medio dirija estas actividades a ese país» [art. 6.1b RRI]), vegeu la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) del 7 de desembre de 2010, assumptes C-585/08 i C-144/09, cas Peter Pammer (ECLI:EU:C:2010:740). El TJUE considera que no n'hi ha prou amb disposar d'una pàgina web adreçada a afavorir la contractació de béns i serveis i accessible des del lloc de la residència habitual del consumidor. Cal que el venedor hagi *manifestat* la seva voluntat d'establir relacions comercials amb els consumidors d'aquell estat membre (par. 75), i aquesta voluntat es pot deduir de «todas las expresiones manifestadas de la voluntad de atraer a los consumidores a dicho estado miembro» (par. 80). Aquesta voluntat manifesta, però, no cal que sigui expressa (par. 82) i es pot deduir d'indícis com, per exemple, que la pàgina web del venedor permeti fer ús de la llengua o de la moneda del lloc de la residència habitual del consumidor (par. 84, que matisa el considerant 24, al final, RRI, que descarta que la llengua i la moneda usades a Internet siguin elements indiciaris de l'existència d'una activitat *adreçada* a un determinat territori). Vegeu un comentari de la STJUE del cas Pammer a Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ, «El criterio del *International Stream-of-commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2 (2012), p. 177-201. En aquest context, quan es tracti d'un consumidor amb residència habitual a Catalunya, l'ús de la llengua catalana en una pàgina web d'un venedor estranger (ja sigui directament en la pàgina principal, ja sigui a través d'un enllaç a una pàgina on els continguts apareixen en llengua catalana) esdevé un índex molt consistent de cara a acreditar la voluntat d'aquest venedor d'adreçar la seva activitat a Catalunya. Serviria igualment d'índex el fet que la llengua emprada fos el castellà, atesa la cooficialitat d'ambdues llengües en el territori català (art. 6 EAC).

2.3.3.3. L'article 6.7 de la Directiva 2011/83 i la seva incorporació al dret espanyol

L'article 6.7 de la Directiva 2011/83 ha estat incorporat al dret estatal per mitjà dels articles 98.1 i 99.1 del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (en endavant, TRLGDCU). D'acord amb el primer, relatiu a la contractació a distància, la informació precontractual s'ha de facilitar «en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien en la lengua elegida para la contratación y, al menos, en castellano». Quant a la contractació fora d'un establiment mercantil, l'article 99.1 TRLGDCU estableix que la informació ha d'estar «redactada al menos en castellano y, en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato». Per la seva banda, l'article 97.1*i* TRLGDCU, relatiu a les dades, condicions o aspectes sobre els quals cal informar abans de contractar, esmenta «la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación». Per tant, el dret estatal no imposa la llengua de la contractació, però sí que la informació precontractual estigui redactada, com a mínim, en castellà.⁴²

Pel que fa al dret català, al qual formalment no s'ha incorporat la Directiva 2011/83, caldria fer notar que, a propòsit de la regulació d'ambdues modalitats especials de contractació, ni els articles 222-1 i següents CcoCat, ni els articles 223-1 i següents CcoCat, fan esment de la llengua de la informació prèvia. En aplicació de les regles generals (és a dir, que prescindeixen de com s'ha conclòs el contracte), l'exigibilitat de l'ús del català mena cap a l'article 128.1.2 CcoCat, que inclou la informació precontractual (que caldria lliurar al consumidor abans de contractar [art. 123-3 CcoCat]) sempre que s'entengui que aquesta categoria resta inclosa dins del genèric «documentació contractual» de l'article 128.1.2*a* CcoCat.⁴³

42. Per al cas del contracte atorgat en un establiment mercantil, regeix l'article 60.2*b* TRLGDCU, que també inclou dins les mencions informatives «la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación». Per la seva banda, l'article 60.4 TRLGDCU estableix que la informació precontractual s'ha de facilitar «al menos, en castellano y en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato».

43. Pel que fa a l'Avantprojecte de reforma del CcoCat, tal com s'anuncia en el preàmbul del text (ap. II, par. 9), es considera amb major deteniment tot allò relatiu a la informació precontractual en les modalitats de contractació a distància i fora d'un establiment mercantil (vegeu els art. 52 i 53 de l'Avantprojecte). En aquest sentit, l'article 221-2.1*g* de l'Avantprojecte, relatiu a la informació prèvia en la contractació a distància o fora d'un establiment, preveu que s'hi ha de fer esment de la llengua o les llengües en què es pot formalitzar el contracte. L'article 222-4 de l'Avantprojecte, relatiu als contractes a distància i rubricat «Disponibilitat lingüística», assenyalava que la informació «s'ha de lliurar a la persona consumidora en la llengua que esculli, d'entre les oficials en el territori de Catalunya». No hi ha cap precepte semblant a propòsit de la contractació fora d'un establiment mercantil (vegeu l'art. 54 de l'Avantprojecte).

3. ALTRES MANIFESTACIONS DE LA LLENGUA EN LA DINÀMICA CONTRACTUAL

Al marge de la imposició legal d'una llengua en el context de *determinades* contractacions, la llengua pot inserir-se igualment en el procés contractual per voluntat de les parts. En aquest context, si aquesta presència voluntària del català en la dinàmica del negoci arriba a avalar l'exercici d'alguna pretensió per part d'un dels contractants envers l'altre, aleshores el fonament de la dita exigibilitat varia, ja que no és la llei, sinó la pròpia autonomia de la voluntat: així ho volien les parts.

Es poden identificar, sempre des d'una perspectiva generalíssima, diversos escenaris. En primer terme, el català, la llengua, pot integrar la forma contractual triada i acordada per les parts a fi d'exterioritzar vàlidament la seva voluntat de contractar; d'entrada, regeix el principi de llibertat de forma (art. 1278 del Codi civil espanyol [CC]), de tal manera que el pacte previ de les parts de sotmetre el contracte futur a un requisit formal de validesa, consistent a expressar la voluntat de contractar en català, és vàlid.^{44,45} Per altra banda, el català pot aparèixer també en el context de la formalització posterior del negoci, ja que pot ser la llengua elegida per les parts de cara a documentar el contracte ja conclòs també emprant o no el català.⁴⁶ El català pot irrompre igualment en la fase d'execució del contracte, i la intensitat d'aquesta presència pot ser diversa. Pot passar que la llengua identifiqui el bé o servei contractat (per exemple, penseu en la compravenda d'un llibre en català o d'una nina o un robot que parlen en català, o en la contractació d'una subscripció a l'edició en català d'un diari o una revista en línia, etc.). La llengua catalana forma part de les condicions pactades relatives a l'objecte contractual (arg. ex art. 621-20.1 CCCat), de tal manera que el lliurament d'un producte que no les reuneixi implica manca de conformitat del bé o contingut amb el contracte (com si, per exemple, el llibre se'm lliura en castellà, la nina parla en castellà o només es facilita l'accés a l'edició en castellà del diari...) i permet activar els distints remeis previstos per a aquesta causa (art. 621-36 i seg. CCCat). Però els escenaris contractuals són, a vegades, complexos i la idea o categoria de la prestació deguda pot sobrepassar el bé que s'ha de lliurar o el servei principal que s'ha de prestar; en algunes ocasions, la *conducta deguda* abraça molt més que l'*objecte principal* i la llengua pot filtrar-se igualment en

44. En el context de la contractació amb consumidors, aquesta llibertat de forma (i, de retruc, de pacte quant a la forma del negoci) fa difícil, d'entrada, apreciar l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula no negociada individualment per la qual s'imposi una llengua concreta de cara a la conclusió del contracte.

45. En l'àmbit successori, el causant també pot supeditar la validesa de les memòries testamentàries que pugui arribar a atorgar, al compliment dels requisits formals previstos per ell mateix en un testament previ (art. 421-21.1, al final, CCCat).

46. Es fa ús del terme *formalitzar* o *documentar* en un sentit ampli, és a dir, per a fer referència a tots els mecanismes que permeten deixar constància de l'acord contractual en qualsevol tipus de suport.

aquest altre espai —diguem-ne— secundari.⁴⁷ Quines pretensions contractuals es podrien deduir si es considera que l'objecte principal es lliura o es presta, d'entrada, bé? El caràcter accessori d'aquestes altres conductes podria arribar a emparar una pretensió basada en la manca de conformitat del bé o del servei principals; aquest raonament partiria de bolcar sobre l'objecte principal totes les incidències relatives a allò que, en canvi, sembla accessori (arg. *ex art.* 621-20.1*b* i *c* i 621-20.2*d* CCCat). La qüestió rauria, en canvi, a identificar la pretensió que s'ha d'interposar (què cal fer, per exemple, si l'empresa remet la facturació en castellà i s'havia pactat que es faria en català?). A manca de compliment voluntari, sovint és complex intuir com es podria encarrilar un compliment equivalent i, fins i tot, com es podria fonamentar una reclamació pels danys soferts (de quin tipus serien?) (art. 705 i 706 de la Llei d'enjudiciament civil). Posats a assumir riscos, es podria fer valer el principi de compliment simultani (tècnicament articulat, en l'article 621-37.1*b* CCCat, com una facultat de suspendre el compliment de les pròpies obligacions)⁴⁸ o, si encara se'n volen assumir més, es podria intentar amb la categoria d'*inoposabilitat*, a fi de fer valer el desconeixement legítim d'aquelles dades que s'han facilitat però en una llengua distinta a l'acordada.

La prestació deguda pot incloure molt més que l'objecte principal per raons diferents del pacte. Una és l'eficàcia jurídica dels missatges i continguts publicitaris. En aquest sentit, l'article 123-7 CcoCat estableix que la publicitat integra el contracte, de tal manera que tot allò anunciat (relatiu, per exemple, a les característiques dels béns o a les condicions econòmiques i jurídiques del contracte) serà exigible encara que, després, no consti expressament en el contracte. Es tracta d'una aplicació concreta del principi de bona fe en la seva vessant integradora (art. 1258 CC) i que s'explica perquè la bona fe justifica que allò que s'ha utilitzat com a reclam publicitari també es pot exigir. En aquest context, sovinteja emprar la llengua com a element diferenciador del discurs publicitari i es presenta l'anunciant com a *català* que treballa o ho fa tot *en català*. El missatge pot generar una expectativa raonable relativa no només a la llengua de conclusió i documentació del contracte, sinó també a tot allò que escaigui de cara a executar el negoci, avalant la creença que, si cal fer ús de la llengua a qualsevol efecte, s'emprarà el català. També, en aquests casos, la frustració de la dita expectativa hauria de poder fonamentar la responsabilitat de l'anunciant per manca de conformitat (vegeu, també, l'art. 621-20.2*b* CCCat).

47. Penseu, per exemple, en qui contracta un subministrament de llum, de gas, etc., i opta per rebre la facturació en català i per poder accedir a un espai virtual de client on tot, segons el que se li diu, constarà en català, i passa que totes les factures s'emeten i es reben en castellà i en la plataforma tot apareix, només, en castellà. Penseu igualment en qui compra un vehicle amb un navegador en català i les indicacions només es reben en castellà, etc.

48. O, fins i tot, es podria incidir en la mateixa i elemental idea d'*inexigibilitat* (com si, en el supòsit descrit en la nota anterior, el client argumentés que no li és exigible l'import facturat perquè la factura no s'ha emès com contractualment s'havia acordat).

BIBLIOGRAFIA

- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «La implementació al dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, 2021, p. 85-140.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «El dret català i els contractes atorgats a distància o fora d'establiment mercantil amb consumidors». *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (2022), p. 49-82.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl. «El criterio del *International Stream-of-commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2 (2012), p. 177-201.
- MARTÍNEZ, Anna-Clara. «Llengua i contractació pública: és viable la incorporació de clàusules d'execució lingüístiques». *Món Jurídic*, núm. 342 (agost-setembre 2022), p. 18-19.
- MILIAN I MASSANA, Antoni. «La exigencia de “al menos en catalán”». A: GENERALITAT DE CATALUNYA, INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (ed.). *Estudios jurídicos sobre la Ley de política lingüística*. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 465-510.
- MILIAN I MASSANA, Antoni. «El règim de les llengües oficials. Comentari a la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny». *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic, p. 131-138.
- MIR I SALA, Narcís. «Balanz del dret lingüístic de la Unió Europea i de la seva relació amb la llengua catalana 1986-2019». *Revista de Llengua i Dret*, núm. 72, p. 283-291.
- MURO BAS, Xavier. «Valoració dels aspectes relatius a la llengua en la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny». *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic, p. 139-143.
- PLA BOIX, Anna M. «La llengua al nou Estatut d'autonomia de Catalunya». *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 3 (2006), p. 259-294.
- PONS PARERA, Eva. «La llengua en la Sentència de 28 de juny de 2010». *Revista Catalana de Dret Públic: Especial Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic, p. 148-152.

- PONS PARERA, Eva; POU PUJOLRÀS, Agustí. «Jurisprudència del TC». *Revista de Llengua i Dret*, núm. 69 (juny 2018), p. 270-295.
- POU PUJOLRÀS, Agustí. «Consideracions sobre la Sentència del Tribunal Constitucional relativa a les previsions lingüístiques del Codi de consum de Catalunya». *RDL Blog* [blog de la *Revista de Llengua i Dret*], 16 de novembre de 2017.
- PUIG SALELLAS, Josep Maria. «La normativa lingüística y el mundo socioeconómico». A: GENERALITAT DE CATALUNYA, INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (ed.). *Estudios jurídicos sobre la Ley de política lingüística*. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 1999, p. 419-469.
- RIDAO MARTÍN, Joan. «La llengua catalana al Principat després de quaranta anys d'autonomia política. Un balanç des de la perspectiva jurídica». *Revista de Llengua i Dret*, núm. 70 (2018), p. 31-51.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio. «La competència en dret civil en el segle XXI». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, 2021, p. 17-54.

JURISPRUDÈNCIA

RECULL 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 de l'abril a l'octubre del 2023, mereixen una menció especial les que se sintetitzen a continuació sobre prescripció, atribució de l'ús de l'habitatge familiar, aliments d'origen familiar, prestació compensatòria, cura dels fills, potestat parental, règim jurídic de la comunitat ordinària i de la propietat horitzontal, i anul·lació de laudes arbitrals.¹

1. SENTÈNCIES DEL 12 D'ABRIL I EL 3 DE JULIOL DE 2023: EL *DIES A QUO* EN MATÈRIA DE PRESCRIPCIÓ

El recurs que origina la Sentència 39/2023, del 12 d'abril, pretenia que es declarés, en relació amb l'exercici de l'acció revocatòria, que el termini decennal establert per l'article 121-23 del Codi civil de Catalunya (CCCat) havia prescrit. L'anàlisi del cas considera els seus antecedents, que són resumits per la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) en el seu primer fonament jurídic: el Sr. X va signar amb l'empresa Y (que desenvolupava una activitat d'estació de servei i base de distribució de carburants) un conveni comercial pel qual s'establí una col·laboració mercantil i es disposava que si passats deu anys des de la firma del conveni es complien les previsions de venda, el Sr. X adquiriria una participació en l'activitat d'estació de servei i base de distribució de carburants d'un percentatge màxim del 33 %. En el dit conveni es feia palès que el Sr. X aportava a l'empresa Y un camió

1. Aquest treball forma part del projecte PID2019-107195RB-I00, «Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos», les investigadors principals del qual són Mariló Gramunt Fombuena i Gemma Rubio Gimeno, i de les activitats del Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 347).

cisterna de cinc mil litres de capacitat de la seva propietat i una cartera de clients, i s'acordava que la seva dedicació seria diària i completa com a treballador de la dita empresa. El Sr. X es va jubilar l'any 2018 i amb data 20 de juliol del mateix any va remetre a l'empresa Y un burofax en el qual comunicava la seva voluntat de rescindir el conveni i deixar-lo sense efecte. Sol·licitava, a més, el reintegrament del valor de les aportacions fetes quan es va signar el conveni. Aquesta pretensió tenia com a fonament el punt novè del conveni, que establí el següent:

La conformidad prestada podrá ser revocada mediante escrito a la sociedad Regàs-Oil SL. También podrá ser revocada por Regàs-Oil SL por incumplimiento de las responsabilidades asumidas por los firmantes o por no conseguirse los objetivos descritos en este documento. En estos casos Regàs-Oil SL hará la devolución de las aportaciones realizadas por cada uno. Este convenio no será revisable en los tres primeros años.

El jutge de primera instància va desestimar la demanda presentada pel Sr. X, però posteriorment l'Audiència va estimar el recurs d'apel·lació presentat per aquest. La recurrent (empresa Y) va recórrer contra la sentència d'apel·lació perquè va considerar que l'acció revocatòria havia prescrit quan el Sr. X la va exercir l'any 2018.

El TSJC, a l'empara de l'article 121-23.1 CCCat, assenyala que l'inici del còmput de la prescripció es vincula amb el naixement i l'exigibilitat de la pretensió i, a més, amb el coneixement, real o potencial, per part del titular de la pretensió, de les circumstàncies que la fonamenten i de la persona contra qui es pot interposar. El Tribunal considera, doncs, que cal examinar: *a)* en quin moment l'acció era objectivament exigible i *b)* en quin moment el creditor podia conèixer raonablement les circumstàncies que podien fonamentar la dita acció. Per tant, el criteri subjectiu que assumeix el legislador català s'objectiva per tal de preservar la seguretat jurídica que constitueix la base de la institució de la prescripció i, doncs, s'equipara el coneixement efectiu de les circumstàncies de l'acció amb la possibilitat raonable d'aquell coneixement. El TSJC considera que, a fi d'entendre que hi ha coneixement potencial, cal valorar què seria una conducta raonablement diligent i si, seguint-la, s'haurien pogut conèixer o no aquelles circumstàncies i la identitat de la persona contra la qual es pot exercir. En el cas, el TSJC assenyala que el conveni és confús i que cal interpretar quina va ser la voluntat de les parts en el moment de la seva signatura per tal d'analitzar si l'exercici de l'acció revocatòria havia prescrit, ja que el termini de prescripció és el decennal establert per l'article 121-20 CCCat (qüestió, aquesta última, no discutida). Després d'analitzar el conveni, el TSJC assenyala que la finalitat d'aquest era regular l'activitat de repartiment de gasoil a domicili i que, després de valorar les aportacions que feia el Sr. X, es van establir unes expectatives de venda que, si s'assolien, comportarien uns incentius mercantils de participació societària a favor del Sr. X. Finalment, el TSJC conclou que el naixement de l'acció revocatòria i l'establiment del *dies a quo* de l'acció

prescriptiva han de situar-se una vegada finalitzats aquells deu anys, i no en el moment de la jubilació del Sr. X (com fa l'Audiència), ja que ambdues parts van acordar aquell termini com a mínim per a poder determinar si des de la posada en marxa de l'activitat s'havien complert o no els objectius que s'havien previst a l'inici. Per tant, transcorreguts aquests deu anys inicials (2010), el Sr. X podia conèixer raonablement si els objectius es podien o no assolir. En conseqüència, doncs, l'acció encara no ha prescrit.

La Sentència 42/2023, del 3 de juliol, per la seva banda, determina quin és el *dies a quo* del termini de prescripció de l'acció de reclamació d'entrega d'un llegat per a valorar si l'acció ha prescrit o no. El recurrent pretén que es declari que l'acció encara no ha prescrit.

Els fets són relativament senzills: quan el testador va morir, va deixar dos fills i una dona. En el seu testament, del 1980, va instituir hereu universal un dels dos fills. A banda dels llegats que va fer a favor de l'esposa, va llegar a l'altre fill dues cases, dos terrenys rústics i una tercera part de la participació en un càmping que es componia de diverses finques. En relació amb aquest últim llegat, el testament deia:

Lega a su hijo Jerónimo [...] 1/3 parte indivisa del total que constituye el camping «Neptuno», sito en el término de Pals y cerca de su playa, compuesto de varias fincas o piezas de tierra unidas, con las edificaciones, instalaciones y demás que se contengan en el mismo, si bien quedando excluido de tal legado en participación el local en planta baja, radicado dentro de dicho complejo y destinado a supermercado y bar, con las estanterías, muebles, máquinas y géneros en los mismos contenidos.

L'any 2017 el recurrent ja havia promogut l'acció d'*interrogatio in iure* i el seu germà va acceptar expressament l'herència. Més tard, el mateix recurrent va reclamar judicialment el lliurament del llegat i el 17 de gener de 2018 l'hereu va firmar l'escriptura d'entrega del llegat, si bé en aquella escriptura es va establir la reserva expressa de reclamació d'entrega del llegat en relació amb el negoci del càmping Neptuno, format per diverses finques, edificacions, instal·lacions i mobiliari, que s'havien de concretar prèviament a la dita entrega.

La solució a la qüestió passa per determinar quina és l'eficàcia del llegat que s'ha ordenat en el cas. El TSJC estableix que, d'acord amb l'article 427-10.1 CCCat, es poden ordenar llegats amb eficàcia real o amb eficàcia obligacional. Així, el TSJC recorda quina és la mecànica dels llegats d'eficàcia real: poden ser béns o drets, determinats i propis del causant, reals o de crèdit, i també el dret que per raó del mateix llegat es constitueix sobre una cosa pròpia del causant. L'eficàcia real implica l'adquisició del títol de legatari per la delació, encara que no s'hagi produït el lliurament de la possessió. Pel que fa als llegats d'eficàcia obligacional, el causant imposa a la persona gravada una prestació determinada de lliurar, fer o no fer a favor del legatari. L'efecte

de la delació en el llegat obligacional és que el legatari es converteix en creditor de la persona gravada. Aquesta distinció s'observa, també, en les accions corresponents: de reclamació del lliurament de la possessió (llegat d'eficàcia real) o de reclamació del compliment del llegat exigible (d'eficàcia obligacional). El TSJC conclou que en el cas el llegat té eficàcia real atesa la redacció del testament, ja que no s'imposa cap obligació ni cap condició al legatari per a adquirir-lo. Establerta la naturalesa del llegat, el TSJC aplica l'article 427-15.1 CCCat i, per tant, l'adquisició de ple dret de la propietat de la cosa objecte del llegat és automàtica per la delació. Nogensmenys, malgrat aquest efecte immediat que ocasiona la delació pel que fa a l'adquisició del llegat pel legatari, no li atorga la facultat de prendre possessió directament, sinó que cal el consentiment de la persona gravada o, si escau, de la facultada per al lliurament, tal com estableix l'article 427-22.3 CCCat. Tot i amb això, el legatari podria prendre possessió si així ho hagués autoritzat el causant. A partir d'aquí, el TSJC resol si l'acció de reclamació d'entrega de lliurament del llegat ha prescrit o no. L'article 427-22.1 CCCat, en relació amb la dita acció, no assenyalava cap tipus de termini. L'Audiència va aplicar l'article 344 de la Compilació de dret civil de Catalunya (CDCC), que establia un termini de prescripció de trenta anys, si bé, en relació amb allò establert per la disposició transitòria única del llibre primer del Codi civil de Catalunya i atès que el termini de prescripció establert per aquest codi és més curt que el que establia la regulació anterior (CDCC), l'Audiència finalment va aplicar el termini del llibre primer. En conseqüència, doncs, l'Audiència va interpretar que l'acció havia prescrit el dia 1 de gener de 2014 (data que va considerar que era la de l'acceptació tàcita de l'herència). El TSJC, aquí, fa referència a l'admissibilitat de l'acció reivindicatòria per al supòsit d'un llegat amb eficàcia real, que prospera sempre que no s'hagi consolidat l'adquisició de la propietat per usucapió. El TSJC estima, doncs, el recurs de cassació i declara la imprescriptibilitat de l'acció reivindicatòria fent un paral·lelisme final amb l'acció de petició de l'herència de l'article 465-1.3 CCCat.

2. SENTÈNCIA DEL 3 D'ABRIL DE 2023: ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE PER RAÓ DE LA GUARDA

En la Sentència 20/2023, del 3 d'abril, el TSJC assenyalava que el dret d'ús de l'habitatge familiar s'ha de relacionar amb el principi de l'interès superior dels fills menors d'edat. Així, un dels efectes de la declaració de nul·litat, divorci o separació legal és l'atribució o distribució de l'ús de l'habitatge familiar. En aquest sentit, doncs, es parteix de la idea d'atribuir aquest ús, preferentment, al cònjuge a qui correspongui la guarda dels fills (art. 233-20.2 CCCat). En l'atribució d'aquest ús és indiferent a qui pertanyi l'habitatge, ja que es concedeix atès el seu caràcter de domicili familiar o nucli de residència permanent abans de la separació i amb independència del títol pel qual es tingui la possessió de l'habitatge. L'atribució per raó de la guarda s'ha de

relacionar, també, amb l'article 233-24.1 CCCat, que estableix que el dret d'ús s'extingeix, si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament d'aquesta. Per a la resolució del cas en què algun familiar pròxim hagués cedit l'immoble perquè hi anés a viure el matrimoni, el CCCat també estableix quin ha de ser el criteri: si els cònjuges posseeixen l'habitatge en virtut d'un títol diferent del de propietat, els efectes de l'atribució judicial del seu ús queden limitats pel que disposi el títol d'acord amb la llei. Si els cònjuges detenen l'habitatge familiar per tolerància d'un tercer, els efectes de l'atribució judicial del seu ús acaben quan aquest en reclama la restitució (art. 233-21.2 CCCat). Així doncs, els que ocupen l'habitatge familiar en condició de precaristes no poden obtenir una protecció possessòria superior a la que el precari proporciona a la família. Si la possessió deriva, en canvi, d'un títol contractual, hom s'ha d'ajustar al que aquest estableixi, sens perjudici de la possibilitat de subrogació que preveu la legislació d'arrendaments.

En el cas, s'atribueix l'ús de l'habitatge familiar a la mare per raó de la guarda. L'altre progenitor, que és el recurrent, és copropietari de l'habitatge familiar juntament amb els seus pares. Tanmateix, durant el procediment de divorci aquest només va oposar-se a l'atribució de l'ús de l'habitatge a favor de la mare, però no en va instar l'exclusió basant-se en l'article 233-21.2 CCCat. El TSJC conclou que tampoc no s'ha acreditat la presentació de cap tipus de reclamació efectuada pels altres dos copropietaris i que, per tant, no escau limitar l'atribució del dret d'ús per raó de la guarda.

3. SENTÈNCIA DEL 27 D'ABRIL DE 2023: DEMANDA DE RECLAMACIÓ D'ALIMENTS D'ORIGEN FAMILIAR

El supòsit de fet de la Sentència 25/2023, del 27 d'abril, és el següent: la filla, un cop assolida la majoria d'edat, presenta contra el seu pare una demanda de reclamació d'aliments. Així, malgrat que la sentència de divorci va atorgar la guarda d'aquesta a favor de la seva mare, la de modificació de mesures, dictada més endavant, va establir un règim de guarda a favor del pare i una pensió d'aliments a càrrec de la mare. Pel que fa a les despeses extraordinàries, la distribució va ser la següent: 60 % a càrrec del pare i 40 % a càrrec de la mare. Quan la recurrent encara era menor, va decidir voluntàriament tornar a viure amb la mare. La sentència de primera instància va estimar l'excepció presentada pel demandat (el pare), que al·legava la manca de litisconsorci passiu necessari, però l'Audiència va estimar el recurs d'apel·lació presentat per la filla i va resoldre fixar una pensió d'aliments de tres-cents euros mensuals a càrrec del pare des de la data de la presentació de la demanda, atès el que estableix l'article 237-5 CCCat. Pel que fa al recurs de cassació presentat, el TSJC el desestima, si bé fa palès que la mare hauria pogut reclamar els aliments a favor de la filla en un altre moment processal més oportú. Així, les mesures establertes per un procediment matrimonial o per un conveni atorgat davant d'un notari o un lletrat de l'Administració de justícia

permeten acordar aliments per als fills majors d'edat (art. 233-2.6 i 233-4.1 CCCat), que també es poden sol·licitar mitjançant un procediment de modificació de mesures (arg. *ex* art. 233-7 CCCat) a condició que s'hagi conviscut amb l'alimentat i que aquest no tingui encara independència patrimonial. Finalment, el TSJC conclou en la mateixa la línia que la segona instància i, per aplicació de l'article 237-5.1 CCCat, estableix que hom té dret als aliments des que es necessiten, però no es poden demanar els anteriors a la data de la reclamació judicial o extrajudicial. Així, si l'alimentant no compleix amb l'obligació de prestar aliments des que els necessita l'alimentat, el compliment s'haurà de fixar des de la data de la reclamació, ja sigui per un procediment en què es reclamin els aliments d'origen familiar, ja sigui a través d'un procediment de nul·litat matrimonial, divorci, separació legal o extinció de la parella estable.

4. SENTÈNCIA DEL 28 D'ABRIL: QUANTIA DE LA PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA

En la Sentència 27/2023, del 28 d'abril, el TSJC estima el recurs de cassació presentat per la part recurrent, que, a l'empara de l'article 233-15 CCCat, qüestiona la determinació de la quantia de la prestació compensatòria que fa l'Audiència, atès que la considera excessiva. Així, el TSJC exposa que la finalitat d'aquesta figura és facilitar la readaptació del cònjuge creditor a la vida activa com a conseqüència de les desmillores econòmiques esdevingudes arran de la ruptura i la seva pèrdua d'oportunitats. La regulació actual de la prestació compensatòria tampoc no permet justificar, amb caràcter general, la imposició al cònjuge deutor del manteniment del cònjuge creditor amb caràcter indefinit quan aquest pugui superar, en un període raonable, el desequilibri econòmic derivat de la crisi conjugal. En atenció a això, aquesta figura s'estableix com un mecanisme que promou l'autonomia econòmica del cònjuge més feble. En conseqüència, en el cas el TSJC conclou que la quantia establerta per l'Audiència no s'ajusta a la regulació dels criteris que escau aplicar per a determinar la quantia d'aquesta prestació i fixa una quantia inferior a la que es va establir en la segona instància.

5. SENTÈNCIES DE L'11 DE MAIG, EL 9 DE JUNY I EL 22 DE JUNY DE 2023: APLICACIÓ DE LA NOVA REGULACIÓ ESTABLERTA PER L'ARTICLE 233-11.3 I 4 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Abans de la reforma operada pel Decret llei 26/2021, del 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària, l'any 2010 el llibre segon del Codi civil de Catalunya, en relació amb les situacions de violència, ja establí l'exclusió de tota participació en la guarda del progenitor contra el qual hi hagués una sentència ferma o mentre hi hagués indi-

cis fonamentats de violència familiar o masclista (art. 233-11.3 CCCat). A la vegada, també disposava explícitament la supervisió de les relacions personals en situacions de risc (art. 233-13.2 CCCat) i, així mateix, pel que fa a les mesures provisionals (art. 233-1.2 CCCat), imposava a l'autoritat judicial, si bé de manera genèrica, que adoptés les necessàries per al cas concret conforme a la legislació específica, en la qual s'havia d'incloure la que es referia a la violència masclista. Tanmateix, el legislador del 2021 palesa que cap norma relativa a les mesures, ja siguin provisionals, ja siguin definitives, prohibia expressament que s'establís un règim d'estades i comunicacions amb el progenitor violent. A més a més, l'aplicació feta pels tribunals prioritzava que no es trenquessin les relacions personals entre els progenitors i els fills perquè partia d'un model, amb fonament en el principi del millor interès del menor, que mantenia les relacions personals amb el pare fins i tot en els casos de violència masclista, atès que presumia la bondat del vincle filial i prescindia de valorar si pot complir adequadament les seves responsabilitats parentals qui mostra una conducta violenta, psicològicament i físicament, envers la mare. Així doncs, l'any 2021 es posa de manifest que aquesta violència descrita deriva indefectiblement, en la violència vicària, cap a les filles i els fills, de manera que els posa en situació de perill o de risc per a la seva vida. Per consegüent i amb caràcter general, en interès dels fills i les filles, des de la reforma es prohibeix que es pugui atribuir la guarda i s'estableixi cap règim d'estades, comunicació o relació al progenitor que hagi comès actes de violència familiar o masclista, que 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 dels seus fills o filles, o que estigui en situació de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la seva responsabilitat penal. En aquesta línia, també es prohibeix el dret dels progenitors, d'avis i àvies, de germans i germanes i d'altres persones pròximes, a tenir relacions personals amb els fills o les filles en els mateixos supòsits. Excepcionalment, l'autoritat judicial, de manera motivada, pot establir un règim d'estades, relació o comunicacions en interès del menor, un cop escoltat. Per tant, és palès el canvi de paradigma, que ja no aposta per un règim d'estades amb el progenitor si hi ha un mínim de perill.

La Sentència 40/2023, del 22 de juny, a més, fa aplicació de la disposició addicional prevista en el dit decret llei, que assenyala que totes les mesures que s'hagin d'acordar que estiguin en tràmit en la data d'entrada en vigor d'aquest decret llei s'han d'adaptar a la nova normativa. Així doncs, el TSJC estima el recurs de cassació perquè conclou que l'Audiència va resoldre sense especificar el motiu pel qual va considerar que era beneficiós per al menor mantenir relacions personals amb el progenitor malgrat l'existència de dues sentències condemnatòries per violència masclista i va ometre, també, les opinions del menor, que no va ésser escoltat. En relació amb l'audiència dels menors, el TSJC recorda que els apartats 1 i 3 de l'article 9 de la Llei orgànica 8/2021, del 4 de juny, de protecció integral de la infància i l'adolescència davant de la violència, i els articles 211-6.2 CCCat i 770.4 de la Llei 1/2000, del 7 de gener, d'en-

judiciament civil, a banda del 233-11.4 CCCat, també resultaven aplicables i, per tant, era el jutge el que havia d'escoltar el menor directament, al marge que hagués estat escoltat abans en un expedient administratiu previ o en qualsevol altre context.

La Sentència 29/2023, de l'11 de maig, també estima el recurs de cassació, ja que la segona instància havia establert un règim de visites del menor amb el pare, el qual hi havia renunciat amb anterioritat i per escrit, i no havia tingut en compte la reforma que havia entrat en vigor el dia 3 de desembre de 2021, i això que la sentència de l'Audiència va ser dictada el 4 de maig de 2022. Així, el TSJC anul·la la sentència apel·lada i la retorna a l'Audiència perquè motivi adequadament la resolució que novament adopti, atès que des de la reforma operada pel Decret llei 26/2021 el règim de visites o de relacions establertes amb el progenitor quan existeixen causes penals considerades en l'article 233-11.3 CCCat exigeix una motivació reforçada sobre la necessitat i la idoneïtat de l'establiment d'aquestes relacions.

La Sentència 35/2023, del 9 de juny, també estima el recurs de cassació presentat i ho fa basant-se, també, en l'article 233-11.3 CCCat, atès que la progenitora a qui s'havia atorgat la guarda en segona instància es trobava incursa en un procediment penal per haver atemptat contra la vida i la integritat física de la menor i que havia quedat acreditat que aquesta havia privat la menor del contacte amb el món exterior, la qual, a més, s'havia absentat durant un any de l'escola. El TSJC, tot fent referència a l'interès primordial del menor i a la protecció que s'ha de procurar d'aquest atesa la seva situació de vulnerabilitat especial, assenyala que la suspensió de la potestat parental, així com la limitació i la suspensió del règim de comunicació entre pares i fills, es poden justificar prenent com a base el principi de l'interès superior del menor. En el cas, doncs, concorren circumstàncies que justifiquen posar un límit al règim de guarda i comunicació o suspendre'l, si aquest règim de relacions imposat resulta perjudicial per a l'interès superior del menor, ja que les mesures que s'han d'adoptar han de ser les que resultin més favorables per al desenvolupament físic i intel·lectual i per a la integració social del menor. La possibilitat de suspensió de la responsabilitat parental s'ha ampliat des de l'entrada en vigor del Decret llei 26/2021. Finalment, el TSJC acorda suspendre la potestat parental a ambdós progenitors perquè els dos es troben incursos en procediments per delictes de violència de gènere contra la integritat moral de l'altre progenitor.

6. SENTÈNCIA DEL 15 DE JUNY: EXERCICI DE LA POTESTAT PARENTAL

En la Sentència 37/2023, del 15 de juny, la recurrent al·lega la vulneració de l'article 236-10 CCCat perquè considera que la potestat parental ha de ser exercida en exclusiva per un dels progenitors pel sol fet que l'altre s'ha desentès injustificadament d'aquest exercici durant un període raonable.

El TSJC recorda que la potestat parental és una funció inexcusable que, en el marc de l'interès general de la família, s'exerceix personalment en interès dels fills, d'acord amb llur personalitat i per a facilitar-ne el ple desenvolupament (art. 236-2 CCCat). Aquesta funció és, a banda d'inexcusable, també necessària per al compliment de les responsabilitats parentals dels progenitors (art. 236-17.1 CCCat). Com a regla general, l'han d'exercir els dos progenitors de manera conjunta, llevat que hagin acordat una altra modalitat d'exercici (art. 236-8.1 i 236-11.1 CCCat); a més, l'ha d'exercir exclusivament un d'ells en els supòsits d'impossibilitat o absència de l'altre progenitor (art. 236-10 CCCat). Aquest exercici, tanmateix, es troba sotmès a un control judicial, fins i tot d'ofici (p. ex., art. 236-3, 236-8.1 i 236-10 CCCat).

En atenció a tot això i atès aquest control d'ofici, els progenitors poden ésser privats de la titularitat de la potestat parental per incompliment greu o reiterat de llurs deures (art. 236-6.1 CCCat) i aquesta pot ser atribuïda en exclusiva a l'altre progenitor (art. 236-10 *in fine* CCCat). L'anàlisi del cas porta el TSJC a establir el principal motiu pel qual es pot decidir una modificació del règim ordinari d'exercici de la potestat parental: l'existència de desacord entre els progenitors en l'exercici d'aquesta. Per això el TSJC aborda l'estudi de l'article 236-13 CCCat i assenyalava que si el desacord és ocasional, s'ha d'atribuir la facultat de decidir a un d'ells. Si aquest desacord és reiterat o es produeix qualsevol causa que dificulti greument l'exercici conjunt de la potestat parental, l'exercici de la potestat es pot atribuir totalment o parcialment als progenitors per separat o es poden distribuir les funcions entre ells temporalment, per un període màxim de dos anys. Així mateix i malgrat que els progenitors no tinguin l'exercici de la potestat, tenen dret a relacionar-se personalment amb els fills, llevat que aquests hagin estat adoptats o que la llei o una resolució judicial o administrativa, en el cas dels menors desemparats, disposi una altra cosa. Aquest dret de relació es pot suspendre o denegar (art. 236-5.1 CCCat), especialment si hi ha indicis fonamentats que indiquin que el progenitor ha comès actes de violència familiar o masclista (art. 236-5.3 CCCat). A més, la privació de l'exercici de la potestat obliga el progenitor que l'exercita en exclusiva a posar en coneixement de l'altre, de manera immediata, dels fets rellevants que s'esdevinguin en la cura del fill. En el cas, l'exercici en exclusiva es va atorgar a la mare en la primera instància en interès del fill, però la segona instància revocà aquesta atribució. El TSJC, que comparteix el criteri que va decidir el jutjat, conclou que si bé aquest exercici és exclusiu (per bé que amb caràcter transitori), la titularitat de la potestat parental segueix essent conjunta. Per consegüent, s'atribueix en exclusiva l'exercici de la potestat a favor de la mare per un període de dos anys, encara que aquesta decisió es pot revertir abans de finalitzar el termini si ho reclama l'interès de la filla menor, per bé que també s'estableix un règim de relacions entre el progenitor privat de l'exercici i la menor.

7. SENTÈNCIA DEL 24 DE MAIG DE 2023: RELACIONS PERSONALS AMB ELS FILLS

La Sentència 30/2023, del 24 de maig, estima el recurs plantejat pels avis de la menor, que sol·licitaven el dret a relacionar-se amb aquesta. L'Audiència va estimar el recurs d'apel·lació presentat pel pare de la menor perquè va considerar que existia una causa raonable i justa per a privar els avis de relacionar-se amb la neta. El TSJC recorda que els fills tenen dret a relacionar-se amb els avis, els germans i altres persones pròximes, i tots aquests tenen també dret a relacionar-se amb els fills. Els progenitors han de facilitar aquestes relacions i només les poden impedir si hi ha una causa justa (art. 236-4.2 CCCat). En relació amb aquesta causa justa, el TSJC considera que la segona instància l'ha establert de manera abstracta i que la manca de relació prèvia entre els avis i la neta no és motiu suficient per a denegar l'establiment *ex novo* d'aquestes relacions, les quals, però, s'han de dur a terme amb supervisió i de manera progressiva. A més a més, la suspensió del dret de relació entre avis i nets no es pot basar en la preexistència d'un conflicte familiar entre aquells i el seu fill, que és el que succeeix en el cas.

8. SENTÈNCIA DEL 21 DE JUNY DE 2023: COMUNITAT ORDINÀRIA INDIVISA. ADMINISTRACIÓ I RÈGIM D'ADOPCIÓ D'ACORDS

La Sentència 38/2023, del 21 de juny, resol la qüestió plantejada sobre la interpretació que cal establir de l'article 552-7.4 CCCat: si, per a recórrer a l'autoritat judicial, el cotitular dissident s'ha de veure perjudicat per un acord aprovat per la majoria, o bé si és suficient que el perjudici vingui d'un bloqueig entre els dos cotitulars que manté un *statu quo* determinat de la comunitat.

Els fets són els següents: el Sr. X va interposar una demanda contra la seva germana i contra la societat mercantil Frigothermic, SL, de la qual ambdós germans eren accionistes únics, si bé ella era la majoritària i l'administradora única de la societat. La demanda pretenia que s'indemnitzés el demandant per la meitat de la renda del lloguer que correspondria a una nau de les característiques de la que estava ocupada per Frigothermic, ja que aquesta empresa ocupava la dita nau, sense títol i sense pagar cap lloguer, i la germana ho consentia. La sentència de primera instància assenyala que la nau havia estat utilitzada per la societat amb el coneixement i el consentiment del demanant durant vint anys. En aquest sentit, desestima la demanda basant-se en la doctrina dels actes propis, si bé no determina si la relació contractual era de comodtat o de precari. Per la seva banda, la sentència dictada en la segona instància palesa que la doctrina dels actes propis no pot tenir com a conseqüència l'obligació de consentir l'ocupació gratuïta eternament. Pel que fa al concepte d'*ocupació*, tampoc la demandada va acreditar l'existència d'un contracte de comodtat, que, per altra banda,

es caracteritza per la temporalitat (art. 1750 del Codi civil espanyol). Així doncs, l'Audiència revoca la sentència del jutjat i condemna la demandada a una indemnització d'una suma del lloguer de tots els mesos transcorreguts des del juliol del 2015 (data acreditada com la del primer requeriment fet per la part actora). La recurrent en casació és la germana del Sr. X, que al·lega que s'ha vulnerat l'article 552-7.4 CCCat.

En relació amb això, l'article 552-7.4 CCCat permet que el cotitular dissident que es consideri perjudicat per l'acord de la majoria pot recórrer a l'autoritat judicial en aquest cas. En aquest sentit, la recurrent entén que no s'ha adoptat cap tipus d'acord i que ella s'havia limitat a respectar l'*statu quo* precedent, que va determinar en primera instància el pare de la recurrent i de l'actor demandant. El TSJC argumenta que aquest article permet que els cotitulars dissidents puguin recórrer a l'autoritat judicial en aquells supòsits en què, malgrat no tractar-se de cap acord pres, sinó d'una situació preexistent, es considerin igualment perjudicats, ja sigui perquè no poden fer ús de l'objecte de la comunitat, ja sigui perquè no poden obtenir els fruits i rendiments que els correspondrien. En conseqüència, aquest article habilita el dissident per a recórrer a l'autoritat judicial per tal de superar situacions que es troben en punt mort i que impedeixen arribar a un acord que eviti un perjudici per als cotitulars. En conseqüència, el TSJC desestima el recurs perquè va ser la recurrent qui va prolongar indefinidament l'ocupació de la nau bloquejant la possibilitat d'arribar a un acord a fi d'obtenir uns rendiments de l'objecte de la comunitat.

9. SENTÈNCIA DEL 9 DE MARÇ: RÈGIM JURÍDIC DE LA PROPIETAT HORITZONTAL

La qüestió examinada per la Sentència 16/2023, del 9 de març, és la relativa a la interpretació que cal fer de l'expressió «estar al corrent de pagament dels deutes amb la comunitat que estiguin vençuts en el moment d'adoptar-se l'acord», de l'article 553-31.3 CCCat. Així, el TSJC interpreta que cal entendre per *deutes* els que derivin de les obligacions incloses dintre del règim de la propietat horitzontal (pagament de despeses comunes, ordinàries i extraordinàries o del fons de reserva) i, per *deutes vençuts*, els que haurien d'haver estat pagats en el moment d'adoptar l'acord. En relació amb el cas, la qüestió de fons fa referència a l'acord adoptat per la junta de propietaris que denegava a un dels propietaris l'autorització sol·licitada per a instal·lar les conduccions de ventilació i evacuació de fums en elements comuns. El propietari va impugnar el dit acord, però la comunitat de propietaris va al·legar que aquesta impugnació no era vàlida perquè aquell propietari no estava al corrent del pagament d'un deute contret amb la comunitat (com a conseqüència de l'ús i gaudi exclusiu d'uns porxos comunitaris que aquesta li tenia arrendats). La sentència de primera instància va desestimar la demanda perquè no va fer cap distinció en relació amb la tipologia de deutes inclosos en l'article 553-31.3 CCCat. La segona instància, per la seva banda, va

interpretar que aquest article feia referència només als deutes originats per la manca de pagament de despeses comunitàries. Plantejada la qüestió, el TSJC estableix que aquest deute generat pel contracte d'arrendament no té la condició de crèdit preferent o privilegiat, com sí que tenen els deutes pròpiament comunitaris, que es regulen pel règim de la propietat horitzontal (és a dir, els deutes que deriven de l'impagament de despeses comunes o del fons de reserva), i, per tant, no escau condicionar la impugnació judicial dels acords presos per la junta de propietaris a la necessitat d'estar al corrent del pagament d'aquests deutes que deriven d'una relació d'arrendament, altrament validada per l'article 553-26.2g CCCat, que permet a la comunitat cedir onerosament l'ús i arrendar els elements comuns que tinguin un ús comú. En conseqüència, el TSJC confirma, doncs, la sentència de la segona instància.

10. SENTÈNCIA DEL 10 DE JULIOL DE 2023: COMUNITATS I SUBCOMUNITATS PER A GARATGES

En la Sentència 44/2023, del 10 de juliol, s'analitza si l'acció publiciana regulada expressament per l'article 522-7.2 CCCat es troba implícita en l'acció reivindicatòria de l'article 544-1 CCCat. La resolució del recurs demana analitzar la denominada *acció publiciana*, ubicada sistemàticament en el marc de les accions de protecció de la possessió. D'acord amb la configuració legal, l'acció publiciana correspon al posseïdor que usucapeix contra la persona que l'ha privat de la possessió sense dret o amb pitjor dret. L'exercici de la pretensió requereix que la possessió tingui els requisits propis de la possessió *ad usucapionem*, és a dir, que sigui en concepte de titular d'un dret (el dret en el qual es basa el millor dret a posseir) i que sigui pública i pacífica, però sense necessitat de títol; i també que s'identifiqui la cosa o el dret objecte de la possessió perduda i que es provi el seu millor dret a posseir. La diferència amb l'acció reivindicatòria és, doncs, que aquesta demana acreditar el títol. En el cas, una comunitat de propietaris d'un garatge va pintar una ratlla al fons d'una de les places i va privar d'uns metres els propietaris d'aquesta amb l'argument que la zona marcada era comunitària. Així, els afectats eren propietaris d'una vintena part indivisa d'una finca urbana destinada a pàrquing. Segons l'escriptura de compravenda i la certificació registral corresponent, la participació esmentada donava dret a l'ús exclusiu de la plaça delimitada per unes línies pintades al terra del garatge i tancada per les parets de maó del mur del recinte. Tanmateix, com s'ha dit, la comunitat havia pintat una ratlla al fons de la plaça per a delimitar-la de nou i la va retallar cinc metres quadrats.

Pel que fa a la configuració jurídica de les places de garatge, el TSJC considera que la comunitat de garatge pot funcionar amb independència de la comunitat general pels que fa als assumptes d'interès exclusiu en els casos següents: si es configura en règim de comunitat com a element privatiu d'un règim de propietat horitzontal i l'adquisició d'una quota indivisa atribueix l'ús exclusiu de places d'aparcament, o si les

diverses places d'aparcament es constitueixen com a elements privatis, d'acord amb el que estableix l'article 553-52.1 CCCat. En el cas, el títol constitutiu de la propietat horitzontal va configurar el local destinat a garatge com un element privatiu i se'n van vendre parts indivises amb l'assignació d'una plaça específica. En conseqüència, doncs, la comunitat de garatge actua amb independència de la comunitat general i l'adquisició de la vintena part implicava l'assignació d'una plaça amb els límits fixats al terra de la finca.

El TSJC resol a favor de l'admissibilitat, per als propietaris de les places de garatge situades en un local d'un edifici constituït en règim de propietat horitzontal, de fer valer les accions de protecció del seu dret, amb independència que l'acció es denomini *reivindicatòria* (si s'entén que s'ha posseït sempre a títol de propietari de la plaça determinada fins al moment de la possessió de pitjor dret de la comunitat) o *acció publiciana* (basada en el millor dret a posseir que sobre aquesta plaça atribueix el títol constitutiu de la propietat horitzontal a qui sigui titular d'una quota indivisa de l'entitat destinada a garatge). Finalment i pel que fa a la qüestió plantejada, el TSJC assenyala que en el marc del dret civil de Catalunya l'acció publiciana no s'entén inclosa en la reivindicatòria, malgrat que tampoc no aprecia cap mena d'incongruència en el marc de la sentència precedent.

11. SENTÈNCIES DEL 17 D'ABRIL (22 I 23/2023) I EL 23 DE MARÇ: ANUL·LACIÓ DE LAUDES ARBITRALS

En relació amb l'anul·lació dels laudes arbitrals, el TSJC estableix que els motius estan limitats als que recull l'article 41 de la Llei d'arbitratge (Llei 60/20003, del 23 de desembre [LA]), supòsits que s'han de qualificar com a *numerus clausus*. El laude produeix efectes de cosa jutjada i contra ell només pot sol·licitar-se l'anul·lació; per tant, no escau un recurs d'apel·lació perquè l'acció d'anul·lació no pot ésser en cap cas equivalent a una segona instància. En aquesta línia, el TSJC emfasitza que aquesta acció ha d'entendre's com un procediment de control extern de la validesa del laude, que no permet mai la revisió del contingut substantiu de la decisió presa finalment pels àrbitres.

Pel que fa a la Sentència 22/2023, del 17 d'abril, el motiu al·legat per la Federació Catalana de Fútbol (FCF) per a sol·licitar l'anul·lació del laude és l'establert per l'article 41.1a LA: que el conveni arbitral no existeix o no és vàlid. Així, la FCF sol·licita l'anul·lació perquè considera que, i atesa la seva condició de persona consumidora, la clàusula de submissió a l'arbitratge establerta en el contracte d'arrendament signat amb l'altra part contractant era nul·la perquè era abusiva (art. 90 del Reial decret legislatiu 1/2007, del 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris [TRLGDCU]: «La submissió a arbitratges diferents de l'arbitratge de consum, llevat que es tracti d'òrgans d'arbitratge insti-

tucionals creats per normes legals per a un sector o un cas específic»). El TSJC, que no valora si la FCF pot ésser considerada com a persona consumidora prenent com a base l'article 3 TRLGDCU, sí que es fa ressò de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i, atesa la impossibilitat de revisar el fons de les qüestions plantejades, reproduceix el que interpreta l'àrbitre per a determinar que la FCF no pot ésser qualificada com a consumidora i justifica que els raonaments exposats per l'àrbitre en el laude són racionals i que no pot apreciar cap tipus d'arbitrarietat en la solució final recollida.

Per la seva banda, la Sentència 19/2023, del 23 de març, resol la sol·licitud d'anul·lació d'un laude arbitral de consum. La causa al·legada aquí és la vulneració de l'ordre públic (art. 41.1f LA) i la demandant és l'empresa, que sol·licita l'anul·lació perquè considera que el laude no justifica degudament la indemnització estimada a favor del consumidor. El TSJC, fent-se ressò de la interpretació establerta pel Tribunal Constitucional, interpreta la qüestió de l'ordre públic de la manera següent: des del punt de vista material, l'entén com el conjunt de principis jurídics públics, morals i econòmics obligatoris per a la conservació de la societat en una època determinada, i, des del punt de vista processal, com el conjunt de formalitats i principis necessaris de l'ordenament jurídic. Finalment, conclou que queden fora d'aquest concepte la possible injustícia del laude o la manera més o menys encertada de resoldre la qüestió plantejada.

En la Sentència 23/2023, del 17 d'abril, la demandant sol·licita l'anul·lació del laude, entre altres coses, perquè considera que no existeix el conveni arbitral entre les parts. El TSJC recorda que, i atès que es tracta d'un arbitratge de transport, l'article 38.1 de la Llei 16/1987, del 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres (LOTT), estableix que les juntes arbitrals han de decidir, amb els efectes previstos en la legislació general d'arbitratge, les controvèrsies sorgides en relació amb el compliment dels contractes de transport terrestre quan, de comú acord, siguin sotmeses al seu coneixement per les parts intervinents o per altres persones que tinguin un interès legítim en el seu compliment. El Tribunal recorda que les dues parts van acceptar l'arbitratge i que, per tant, existeix la voluntat compartida que exigeixen els articles 31 LOTT i 9.5 LA.

NOVETATS DERIVADES DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE L'ANY 2023 EN EL TRACTAMENT I CONTROL DE LES DADES PERSONALS¹

Antoni Mut Piña

*Investigador predoctoral de dret civil
Universitat de Barcelona*

1. INTRODUCCIÓ

El fenomen de la digitalització de l'economia i l'ús d'Internet, unit a la creació de sistemes d'anàlisi massiva de dades, han posat en relleu la necessitat imperant de donar una resposta jurídica a les problemàtiques associades al tractament de les dades personals. En aquest context, la Directiva 2002/58/CE,² relativa al tractament de les dades personals i la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques, té per objectiu garantir els principis consagrats en els articles 7³ i 8⁴ de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE).⁵ Aquesta complementava la Directiva 95/46/CE,⁶ relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al trac-

1. Aquest treball s'ha fet en el marc dels projectes d'investigació següents: «Consumidor, vulnerabilidad y vivienda sostenible» (Programa Nacional de Ciències Socials, Econòmiques i Jurídiques, 2022-2025), ref. PID2021-125149NB-I00, Ministeri de Ciència, Innovació i Universitats; i «Retos del derecho processal» (ReDePro) (ajuts de suport als grups de recerca de Catalunya [SGR], Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca [AGAUR], 2023-2026), ref. 2021 SGR 00991.

2. Directiva 2002/58/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de juliol de 2002, relativa al tractament de les dades personals i a la protecció de la intimitat en el sector de les comunicacions electròniques (Directiva sobre la privadesa i les comunicacions electròniques) (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas* [DO], núm. L 201 [31 juliol 2002], p. 37; identificador europeu de legislació [*European legislation identifier*, ELI]: <<http://data.europa.eu/eli/dir/2002/58/oj>>).

3. Relatiu al respecte a la vida privada i familiar.

4. Relatiu a la protecció de dades de caràcter personal.

5. Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (2016), DO, núm. C202 (7 juny 2016), p. 389-405.

6. Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 24 d'octubre de 1995, sobre la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i sobre la lliure circulació d'aquestes dades (DO, núm. L 281 [23 novembre 1995], p. 31, ELI: <<http://data.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>>).

tament de les dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, derogada actualment pel Reglament 2016/679,⁷ relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades. Així doncs, juntament amb la Directiva 2016/680⁸ i el Reglament 2018/1725,⁹ els quatre constitueixen un dels marcs de protecció més estrictes de tot el món sobre aquesta qüestió.

L'objectiu d'aquest article és presentar les novetats en matèria de jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de l'any 2023 que considerem més rellevants en el marc legal de la protecció de dades a la Unió Europea. Per a fer-ho, oferirem una breu descripció de cadascuna de les resolucions, així com una exposició del raonament jurídic seguit pel Tribunal i la seva decisió final. A continuació proporcionem una taula on es resumeixen les sentències que són objecte d'anàlisi.

TAULA 1. Resolucions del TJUE analitzades

<i>Data</i>	<i>Assumpte</i>	<i>País d'origen</i>	<i>Normativa</i>
8 de desembre de 2022	C-460/20	Alemanya	art. 7, 8, 11 i 16 CDFUE art. 17.3a RGD art. 12b i 14.1a Directiva 95/46
30 de març de 2023	C-34/21	Alemanya	art. 88 RGD
4 de maig de 2023	C-487/21	Àustria	art. 15 RGD
22 de juny de 2023	C-579/21	Finlàndia	art. 15 RGD
4 de juliol de 2023	C-252/21	Alemanya	art. 6.1, 9.1, 9.2, 51 i 56 RGD

Font: elaboració pròpia.

7. Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, del 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, que deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades, RGD) (text amb rellevància per a l'espai econòmic europeu [EEE]) (DO, núm. L 119 [4 maig 2016], p. 1; ELI: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>>).

8. Directiva (UE) 2016/680 del Parlament Europeu i del Consell, del 27 d'abril de 2016, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals per part de les autoritats competents amb fins de prevenció, investigació, detecció o judici d'infraccions penals o d'execució de sancions penals, i a la lliure circulació d'aquestes dades, i per mitjà de la qual es deroga la Decisió marc 2008/977/JAI del Consell (DO, núm. L 119 [4 maig 2016], p. 89-13; ELI: <<http://data.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>>).

9. Reglament (UE) 2018/1725 del Parlament Europeu i del Consell, del 23 d'octubre de 2018, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals per part de les institucions, òrgans i organismes de la Unió, i a la lliure circulació d'aquestes dades, i per mitjà del qual es deroga el Reglament (CE) núm. 45/2001 i la Decisió núm. 1247/2002/CE (text pertinent a efectes de l'EEE) (DO, núm. L 295 [21 novembre 2018], p. 39-98; ELI: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2018/1725/oj>>).

La temàtica de la protecció de dades té una naturalesa transversal i, doncs, algunes de les qüestions abordades superen l'àmbit del dret privat. No obstant això, amb la finalitat d'oferir una visió holística de les novetats jurisprudencials hem optat per incorporar algunes resolucions que aborden temes típics d'altres àmbits de l'ordenament.

2. ANTECEDENTS FÀCTICS I QÜESTIONS PREJUDICIALS PLANTEJADES

2.1. ASSUMPTE C-460/20¹⁰

Les peticions que susciten el pronunciament del TJUE es presenten en el context d'un litigi entre RE, TU i Google LLC. Els dos primers van sol·licitar a Google, responsable del tractament de dades personals, que eliminés els enllaços i les previsualitzacions de resultats de cerca relacionats amb articles i fotografies que consideraven difamatoris i inexactes, els quals apareixen quan algú busca el seu nom mitjançant el motor de cerca. Les dades i les fotografies es relacionen amb articles publicats per tercers en llocs web que Google indexa en els seus resultats de cerca. Google va rebutjar la sol·licitud mencionada i va fonamentar la seva posició en el context professional dels articles i la seva manca de coneixement sobre la suposada inexactitud de la informació continguda en aquests articles.

El 2015 els demandants en el litigi principal van presentar davant del Tribunal Regional Civil i Penal de Colònia (Landgericht Köln) (Alemanya) una sol·licitud perquè s'ordenés a Google retirar de les seves llistes de resultats de cerca els enllaços als articles controvertits en el litigi principal i deixar de mostrar en forma de previsualitzacions les fotografies que els representaven. Mitjançant una resolució del 22 de novembre de 2017 aquest tribunal va desestimar la sol·licitud. Contra aquesta resolució, els demandants (RE i TU) van presentar una apel·lació davant del Tribunal Superior Regional de l'Ordre Civil i Penal de Colònia (Oberlandesgericht Köln), que també la va rebutjar amb la Sentència del 8 de novembre de 2018.

El tribunal d'apel·lació va destacar la importància especial de la funció específica d'un motor de cerca d'Internet i com aquesta afecta el funcionament d'Internet en la ponderació dels drets i interessos en conflicte. Com que el gestor del motor de cerca no té, en general, cap vinculació legal amb els proveïdors dels continguts indexats i li resulta impossible investigar els fets i avaluar-los tenint en compte l'opinió d'aquests

10. Assumpte C-460/20: pregunta d'una decisió prejudicial plantejada pel Bundesgerichtshof (Alemanya) el 24 de setembre de 2020, TU i RE contra Google LLC (DO, núm. C/443 [21 desembre 2020], p. 11; CELEX: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62020CN0460>>).

proveïdors, només està subjecte a obligacions específiques de conducta quan té coneixement, com a conseqüència d'una indicació concreta de l'interessat, d'una vulneració legal flagrant que sigui clarament detectable a primera vista.

A banda, el tribunal d'apel·lació també va indicar que, en la mesura en què sigui necessari prestar atenció decisiva a la precisió del fet que s'al·lega, la càrrega de la prova correspon a l'entitat que sol·licita la retirada dels enllaços. Així doncs, en aquest cas, atès que els mateixos demandants en el litigi principal no podien provar la inexactitud dels fets publicats sobre ells, Google no està obligada a retirar els enllaços que hi porten. Pel que fa a les fotografies mostrades com a previsualitzacions i que acompanyen alguns d'aquests articles, es poden considerar imatges d'actualitat.

En darrera instància el cas arriba al Tribunal Suprem de l'Ordre Civil i Penal (Bundesgerichtshof), que indica que, en essència, el resultat d'aquest recurs passa per la interpretació del dret de la Unió Europea, en particular, dels articles 17.3a RGPD i 12b i 14.1a de la Directiva 95/46.

En aquest sentit, el Bundesgerichtshof decideix suspendre el procediment i plantejar al TJUE les qüestions prèvies següents:

a) Una sol·licitud de retirada d'enllaços formulada per algú en contra del responsable d'un servei de cerca per Internet, pot obtenir tutela judicial davant del proveïdor de continguts quan l'enllaç la retirada del qual se sol·licita condueix a un contingut que conté afirmacions de fets i judicis de valor la veracitat de les quals és negada per l'interessat?

b) En el cas d'una sol·licitud de retirada d'enllaços s'ha d'atendre també la previsualització de fotografies pujades per tercers, tot i que el motor de cerca, en mostrar la imatge de previsualització, ofereix un enllaç que remet a la pàgina web del tercer, però sense identificar-la de manera concreta i sense que el servei de cerca mostri també el context que en resulta?

2.2. ASSUMPT C-34/21¹¹

Les peticions que susciten el pronunciament del TJUE es presenten en el context d'un litigi entre el Ministre d'Educació i Cultura de l'Estat Federat de Hessen (Minister des Hessischen Kultusministeriums) i el Consell de Personal Principal per a

11. Assumpte C-34/21, Sentència del Tribunal de Justícia (Sala Primera) del 30 de març de 2023 (pregunta d'una decisió prejudicial plantejada pel Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, Alemanya), Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium contra Minister des Hessischen Kultusministerium (DO, núm. C/179 [22 maig 2023], p. 2; CELEX: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62021CA0034>>).

Professors del Ministeri de Cultura de Hesse (Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium) en relació amb l'establiment per part del primer d'un marc legal i organitzatiu per a l'ensenyament escolar durant la pandèmia de la COVID-19 que permetia la transmissió en directe de les classes mitjançant videoconferència per als estudiants que no podien assistir-hi en persona. Per a protegir les dades personals dels estudiants, es requeria el seu consentiment, o el dels seus pares en cas que fossin menors d'edat, per a connectar-se al servei de videoconferència. No obstant això, no es requeria el consentiment dels docents per a la seva participació en el servei.

El Comitè Principal del Personal Docent del Ministeri d'Educació i Cultura de l'Estat Federat de Hessen va presentar davant del Tribunal Contenciós Administratiu de Wiesbaden una demanda en la qual qüestionava que la transmissió en directe de les classes per videoconferència no estigués subjecta al requisit del consentiment dels docents. El Ministre d'Educació i Cultura de l'Estat Federat de Hessen va argumentar respecte a aquesta qüestió que la transmissió de dades personals que implica la difusió en directe de les classes per videoconferència estava protegida per la legislació estatal i no requeria el consentiment dels docents.

En aquest sentit, el Tribunal Contenciós Administratiu de Wiesbaden va expressar dubtes sobre la compatibilitat de la legislació estatal amb les normes establertes per l'RGPD en relació amb la protecció dels drets i les llibertats dels treballadors en l'àmbit laboral; en especial, sobre si la legislació estatal complia o no amb les exigències de l'RGPD en relació amb la protecció de les dades personals dels treballadors i sobre si una simple referència als principis de l'RGPD en la legislació estatal era suficient per a complir amb les disposicions de l'RGPD. Per tant, el Tribunal va decidir remetre al TJUE les qüestions prejudicials següents:

a) S'ha d'interpretar l'article 88.1 RGPD en el sentit que, perquè una disposició legislativa constitueix una norma més específica per a garantir la protecció dels drets i les llibertats en relació amb el tractament de les dades personals dels treballadors en l'àmbit laboral, als efectes de l'esmentat article 88.1 RGPD, ha de satisfer les exigències imposades per l'article 88.2 RGPD en relació amb aquestes disposicions?

b) Es pot seguir aplicant, tot i així, una norma nacional quan sigui clar que no compleix amb les exigències imposades per l'article 88.2 RGPD?

2.3. ASSUMPTE C-487/21¹²

El litigi principal es relaciona amb una sol·licitud feta per F. F. a l'agència d'assessorament comercial CRIF GmbH, que proporciona informació sobre la solvència de tercers i a qui va demanar l'accés a les seves dades personals conforme a l'RGPD. L'agència li va proporcionar una llista resumida de les dades en lloc d'una còpia completa dels documents que contenen les seves dades. L'individu va considerar que, en virtut de l'article 15 RGPD, tenia dret a rebre còpies de documents complets i va presentar una queixa, que va ser desestimada. Arran d'això, el remitent va presentar davant de l'Autoritat de Protecció de Dades Austríaca (Österreichische Datenschutzbehörde) una reclamació en què al·legava que la resposta donada a la seva sol·licitud era incompleta i, en particular, que el responsable del tractament havia de facilitar-li una còpia de tots els documents, incloent-hi els correus electrònics i els extractes de bases de dades que contenen les seves dades personals. L'autoritat austríaca va desestimar la sol·licitud perquè va considerar que el responsable del tractament de les dades no havia vulnerat el dret d'accés. Això va portar F. F., finalment, a recórrer a la via judicial.

A l'hora de resoldre, el tribunal d'origen té dubtes per a determinar si l'obligació de proporcionar una còpia de les dades personals implica la transmissió de documents complets o la d'extractes de bases de dades i si el concepte d'*informació* inclou dades addicionals, com ara metadades. En concret, les preguntes plantejades pel tribunal al TJUE es refereixen principalment a la interpretació de l'article 15 RGPD. Així doncs, es qüestiona si el terme *còpia* inclou diversos formats, com ara fotocòpies, facsímils o còpies electròniques, si l'article 15.3 RGPD garanteix el dret general dels interessats a rebre còpies completes de documents que continguin les seves dades personals, i si la definició d'*informació* en el context de l'article 15 RGPD inclou no només dades personals, sinó també altres elements, com ara metadades relacionades amb les dades personals. Les qüestions plantejades pel Tribunal són resumidament aquestes:

a) La paraula *còpia* s'ha d'interpretar en el sentit que es refereix a una fotocòpia o a una transcripció (reproducció)?

b) L'article 15, apartat 3, RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que inclou un dret subjectiu general d'un interessat al lliurament d'una còpia de documents complets o, en canvi, l'interessat —només— té un dret subjectiu a obtenir una reproducció autèntica de les dades personals a les quals sol·licita accés d'acord amb l'article 15, apartat 1, RGPD?

12. Assumpte C-487/21, Sentència del Tribunal de Justícia (Sala Primera) del 4 de maig de 2023 (pregunta d'una decisió prejudicial plantejada pel Bundesverwaltungsgericht, Àustria), F. F. contra Österreichische Datenschutzbehörde (DO, núm. C/216 [19 juny 2023], p. 8; CELEX: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62021CA0487>>).

c) El concepte d'*informació* s'ha d'interpretar en el sentit que es refereix només a «les dades personals objecte de tractament» que es mencionen en l'article 15, apartat 3, primera frase, RGPD?

2.4. ASSUMPT C-579/21¹³

Les peticions que susciten el pronunciament del TJUE s'emmarquen en un litigi entre J. M., un antic empleat i client del banc finès Pankki S que el 2014 va descobrir que les seves dades personals com a client havien estat consultades pel personal del banc entre l'1 de novembre i el 31 de desembre de 2013, i el mateix banc Pankki S. Preocupat per la legalitat d'aquestes consultes, el maig del 2018 el demandant va sol·licitar a Pankki S que li proporcionés informació sobre qui havia consultat les seves dades, les dates i els propòsits d'aquestes consultes.

Pankki S, com a responsable del tractament de dades segons l'RGPD, es va negar a revelar la identitat dels treballadors que van fer les consultes amb l'argument que aquestes dades eren personals dels treballadors. No obstant això, Pankki S va detallar que les consultes es van fer a instàncies del seu servei d'auditoria interna. Va explicar que un client del banc, que va ser assessorat per J. M. mentre treballava al banc, tenia el mateix cognom que J. M., la qual cosa va generar preocupacions sobre possibles conflictes d'interessos. Pankki S va afirmar que aquestes consultes es van dur a terme per a aclarir aquesta qüestió i garantir l'absència de conflictes d'interessos respecte a J. M.

Davant la negativa de Pankki S, el 2020 J. M. va recórrer a l'Oficina del Supervisor de Protecció de Dades de Finlàndia, però la seva sol·licitud va ser denegada perquè es va considerar que els arxius de protocol no eren dades personals relacionades amb l'interessat, sinó amb els treballadors que van tractar les dades. J. M. va apel·lar al tribunal competent contra aquesta decisió.

El tribunal remitent es troba amb la disjuntiva d'haver d'interpretar si el dret d'accés reconegut en l'article 15 RGPD inclou la informació que revela qui, quan i amb quins propòsits va tractar les dades personals de l'interessat, i si això s'estén a les dades de protocol generades durant les operacions de tractament. A més, es planteja si les persones que van fer les consultes de dades personals de J. M. poden ser considerades destinàries de dades personals, cosa que influiria en el dret d'accés.

13. Assumpte C-579/21.; Sentència del Tribunal de Justícia (Sala Primera) del 22 de juny de 2023 (pregunta d'una decisió prejudicial plantejada per l'Itä-Suomen hallinto-oikeus, Finlàndia), J. M. contra Pankki S (DO, núm. C/278 [7 agost 2023], p. 5; CELEX: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62021CA0579>>).

També es qüestiona si el fet que el banc operi sota regulacions específiques o que J. M. hagi estat client i empleat del banc al mateix temps, és rellevant en aquest cas. Finalment, el tribunal es planteja si el fet que les dades de J. M. hagin estat tractades abans de l'entrada en vigor de l'RGPD té alguna implicació en l'avaluació del cas. En concret, el tribunal planteja les qüestions prejudicials següents:

a) S'ha d'interpretar el dret d'accés en el sentit que la informació recollida pel responsable del tractament relativa a qui, en quin moment i amb quins fins s'han tractat les dades, no constitueix informació respecte de la qual l'interessat tingui un dret d'accés?

b) En cas afirmatiu, com s'ha d'interpretar la finalitat del tractament en el sentit de l'article 15.1a RGPD pel que fa a l'abast del dret d'accés de l'interessat? És a dir, la finalitat del tractament pot donar lloc a un dret d'accés a les dades de protocol d'usuaris recollides pel responsable del tractament, com, per exemple, la informació sobre dades personals de les persones que duen a terme el tractament, el moment i la finalitat del tractament de dades personals?

c) És rellevant per al procediment el fet que es tracti d'un banc que exerceix una activitat regulada o que J. M. hagi treballat per al banc al mateix temps que n'era client?

d) És rellevant per a l'apreciació de les qüestions anteriors el fet que les dades de J. M. fossin tractades abans de l'entrada en vigor de l'RGPD?

2.5. ASSUMPTE C-252/21¹⁴

Les qüestions prejudicials que donen peu al pronunciament del TJUE s'emmarquen en un litigi entre Meta Platforms Inc. (anteriorment, Facebook Inc.) i el Bundeskartellamt (servei federal de la competència). Meta Platforms gestiona la xarxa social en línia Facebook i altres serveis a la Unió Europea. Facebook finança la seva operació mitjançant publicitat en línia, que es personalitza utilitzant dades d'usuaris recopilades tant dins com fora de la xarxa social. Aquesta recopilació es basa en les condicions generals que els usuaris accepten en registrar-se a Facebook i es relaciona amb dades de fora de Facebook, com ara l'activitat en llocs web i aplicacions de tercers connectats a través de Facebook.

L'Autoritat Federal de Defensa de la Competència a Alemanya va iniciar un procediment contra Meta Platforms, Meta Platforms Ireland i Facebook Deutschland,

14. Assumpte C-252/21, pregunta d'una decisió prejudicial de l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemanya) presentada el 22 d'abril de 2021, Facebook Inc. i altres contra Bundeskartellamt (DO, núm. C/320 [9 agost 2021], p. 16; CELEX: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62021CN0252>>).

i va prohibir-los condicionar l'ús de Facebook al tractament de dades «off Facebook» sense el consentiment dels usuaris. Va argumentar que aquesta pràctica abusava de la posició dominant de Meta Platforms Ireland en el mercat de les xarxes socials en línia, d'acord amb l'article 19.1 de la Llei de defensa de la competència. A més a més, segons l'Autoritat Federal, aquestes condicions generals, com a conseqüència d'aquesta posició dominant, són abusives, ja que el tractament previst de les dades fora de Facebook no és conforme als valors inherents a l'RGPD i, en particular, no pot justificar-se tenint en compte els articles 6.1 i 9.2 d'aquest reglament. Meta Platforms, Meta Platforms Ireland i Facebook Deutschland van impugnar la resolució de l'Autoritat Federal davant del Tribunal Superior Regional de Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) (Alemanya).

El tribunal alemany (Oberlandesgericht Düsseldorf), en el context del litigi, planteja diverses preguntes al TJUE sobre la conformitat amb l'RGPD i la competència de les autoritats nacionals de defensa de la competència per a controlar el compliment de l'RGPD. Al mateix temps, també qüestiona si la recopilació i l'ús de dades fora de Facebook constitueixen un tractament de dades sensibles, si Meta Platforms Ireland pot invocar interessos legítims o la necessitat d'execució d'un contracte per a justificar aquesta recopilació, i si és possible obtenir un consentiment vàlid dels usuaris atesa la posició dominant de l'empresa.

3. PRONUNCIAMENTS I ARGUMENTS DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA

3.1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA (GRAN SALA) DEL 8 DE DESEMBRE DE 2022¹⁵

En primer lloc, el Tribunal examina si la retirada d'enllaços d'un motor de cerca està condicionada a un aclariment provisional de l'exactitud d'un contingut indexat en relació amb la sol·licitud de retirada d'enllaços (paràgraf [§] 48). Amb caràcter preliminar, el TJUE recorda que l'activitat d'un motor de cerca es qualifica com a tractament de dades personals i que el gestor del motor és responsable d'aquest tractament (§ 49), tal com ha asseverat en multitud de sentències.¹⁶ En aquest sentit, destaca la importància del gestor del motor de cerca en la difusió d'informació en línia i la

15. Sentència del Tribunal de Justícia del 8 de desembre de 2022, TU i RE contra Google LLC, assumpte C-460/20 (ECLI:EU:C:2022:962, <<https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:UE:C:2022:962>>).

16. En aquest sentit, vegeu les sentències del 13 de maig de 2014, Google Spain i Google, assumpte C-131/12, EU:C:2014:317, punt 41, i del 24 de setembre de 2019, GC i altres (retirada d'enllaços a dades sensibles), assumpte C-136/17, EU:C:2019:773, punt 35.

necessitat de protegir els drets fonamentals relacionats amb la privadesa i la protecció de dades.

El Tribunal afirma que, tot i que l'article 17 RGPD regula el dret a l'oblit, aquest dret s'ha d'equilibrar amb el dret a la llibertat d'informació (§ 54). Així doncs, el gestor d'un motor de cerca que rep una sol·licitud de retirada d'enllaços ha de comprovar si la inclusió de l'enllaç que dirigeix a la pàgina web en qüestió en la llista de resultats obtinguda després d'una cerca feta a partir del nom de l'interessat és necessària per a l'exercici del dret a la llibertat d'informació dels internautes potencialment interessats a accedir a aquesta pàgina web mitjançant aquesta cerca, llibertat que és garantida per l'article 11 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (§ 55). Aquesta idea posa de manifest que el dret a la protecció de les dades personals no constitueix un dret absolut, sinó que, com subratlla el considerant 4 d'aquest reglament, ha de ser considerat en relació amb la seva funció en la societat i ha de mantenir l'equilibri amb altres drets fonamentals, d'acord amb el principi de proporcionalitat (§ 56).

En aquest sentit, s'ha d'avaluar si el dret de l'interessat que es retiri l'enllaç preval sobre els interessos legítims dels internautes potencialment interessats a tenir accés a la informació en qüestió (§ 62). Així doncs, quan l'interessat desenvolupa una vida pública, ha de mostrar un grau afegit de tolerància, tal com es desprèn de la jurisprudència del TEDH (§ 63). També cal tenir en compte l'exactitud de la informació (§ 64).

Arribats a aquest punt, cal determinar si correspon a l'interessat l'obligació d'aportar informació que permeti comprovar la veracitat i l'exactitud de la informació continguda en els enllaços o bé si ha de ser el motor de cerca qui ha d'acreditar-ne per ell mateix l'exactitud (§ 67).

El TJUE, en aquest sentit, determina que qui sol·licita la retirada d'enllaços a causa de la inexactitud del contingut indexat, ha d'acreditar la inexactitud manifesta de la informació que figura en aquest contingut o, almenys, d'una part d'aquesta informació que no sigui menor al conjunt del referit contingut (§ 68). El gestor, doncs, no pot quedar obligat, a l'efecte de determinar la procedència de la sol·licitud de retirada d'enllaços, a exercir un paper actiu en la cerca d'elements de fet que no estiguin fonamentats per aquesta sol·licitud (§ 70). D'acord amb el parer del Tribunal, aquesta obligació, com que obligaria el gestor del motor de cerca a contribuir a acreditar per si mateix l'exactitud o inexactitud del contingut indexat, faria recaure sobre aquest una càrrega que excedeix el que raonablement se n'ha d'esperar ateses les seves responsabilitats, competències i possibilitats (§ 71). De tota manera, per a evitar que recaigui sobre aquesta persona una càrrega excessiva que pugui menyscar l'efecte útil del dret a la retirada d'enllaços, únicament li pertoca aportar les proves que, tenint en compte les circumstàncies del cas concret, se li pugui exigir raonablement que busqui per tal d'acreditar aquesta inexactitud manifesta (§ 68).

Així doncs, en cas que qui hagi formulat una sol·licitud de retirada d'enllaços aporti proves pertinents i suficients que siguin idònies per a fonamentar la seva sol·licitud i que acreditin la inexactitud manifesta de la informació que figura en el contingut indexat, el gestor del motor de cerca estarà obligat a accedir a aquesta sol·licitud de retirada d'enllaços (§ 72). Només si la inexactitud de la informació no resulta manifesta a la vista de les proves subministrades per l'interessat, el gestor del motor de cerca no estarà obligat, si no intervé una resolució judicial, a accedir a aquesta sol·licitud de retirada d'enllaços (§ 73). Tanmateix, quan, per les seves característiques, la informació en qüestió pugui contribuir a un debat d'interès general, escau, tenint en compte el conjunt de les circumstàncies del cas, concedir una importància particular al dret a la llibertat d'expressió i d'informació.

En aquest sentit, el TJUE respon, a la primera qüestió prejudicial plantejada, que l'article 17.3a RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que una sol·licitud de retirada d'enllaços dirigida al gestor d'un motor de cerca perquè se suprimeixi de la llista de resultats d'una cerca l'enllaç a un contingut que inclou afirmacions fàctiques que la persona que ha formulat la sol·licitud considera inexactes, no està condicionada a un aclariment provisional de la qüestió de l'exactitud del contingut indexat en el marc d'un recurs interposat per aquesta persona contra el proveïdor de continguts (§ 77).

Respecte a la previsualització d'imatges que acompanyin aquesta notícia, el Tribunal indica que per tal de ponderar la sol·licitud de retirada d'enllaços cal considerar el valor informatiu d'aquestes fotografies amb independència del context de la seva publicació a la pàgina web de què procedeixin, però s'ha de tenir en compte qualsevol element textual que acompanyi directament aquestes fotografies en els resultats de la cerca i pugui donar llum sobre el seu valor informatiu (§ 108).

3.2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA (SALA PRIMERA) DEL 30 DE MARÇ DE 2023¹⁷

En essència, la qüestió del cas és determinar si l'article 88 RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que una norma, per a poder ser qualificada de norma més específica als efectes de l'apartat 1 d'aquest article, ha de complir les condicions imposades per l'apartat 2 del mateix article esmentat.

D'acord amb la posició del TJUE, la interpretació d'una disposició del dret de la Unió requereix tenir en compte no només el seu contingut, sinó també el context

17. Sentència del Tribunal de Justícia del 30 de març de 2023, Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer beim Hessischen Kultusministerium contra el Minister del Hessischen Kultusministerium, assumpte C-34/21 (ECLI:EU:C:2023:270, <<https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2023:270>>).

en què s'inscriu, així com els objectius i la finalitat que persegueix l'acte de què forma part (§ 60). Pel que fa a l'article 88.1 RGPD, de l'ús de l'expressió «més específiques» es desprèn, en primer lloc, que les normes a què fa referència aquesta disposició han de tenir un contingut normatiu propi de l'àmbit regulat i diferent de les regles generals de l'RGPD (§ 61). En aquest cas, el contingut normatiu diu que cal protegir els drets i les llibertats dels treballadors en relació amb el tractament de les seves dades personals en l'àmbit laboral (§ 62).

L'article 88.2 RGPD disposa que les normes establertes sobre la base del seu article 88.1 han d'incloure mesures adequades i específiques per a preservar la dignitat humana dels interessats, així com els seus interessos legítims i els seus drets fonamentals, i han de prestar una atenció especial a la transparència del tractament, a la transferència de les dades personals dins d'un grup empresarial o d'una unió d'empreses dedicades a una activitat econòmica conjunta, i als sistemes de supervisió dels llocs de treball (§ 64).

En aquest sentit, el Tribunal considera que aquestes regles no poden limitar-se a repetir les disposicions d'aquesta regulació que estableixen les condicions de la legalitat del tractament de les dades personals i els principis d'aquest tractament, o simplement fer referència a aquestes condicions i principis (§ 71), sinó que han de buscar protegir els drets i les llibertats dels empleats en relació amb el tractament de les seves dades i han d'incloure mesures adequades i específiques per a protegir la dignitat humana, els interessos legítims i els drets fonamentals de les persones afectades.

Així doncs, el Tribunal observa que aquestes disposicions nacionals, que sotmeten el tractament de les dades personals dels empleats a la condició que aquest tractament sigui necessari per a determinats fins relacionats amb l'execució de la relació laboral, semblen repetir la condició de licitud general ja establerta en l'RGPD, sense afegir una norma més específica en el sentit de l'article 88.1 d'aquesta regulació. Si el tribunal remitent considera que aquestes disposicions nacionals no compleixen les condicions i els límits establerts en l'article 88 RGPD, en principi hauria de desestimar-les. D'acord amb el principi de primacia del dret de la Unió Europea, en absència de normes més específiques que compleixin les condicions i els límits prescrits per l'article 88 RGPD, el tractament de dades personals en contextos laborals, tant en el sector privat com en el públic, està regulat directament per les disposicions d'aquesta regulació (§ 83 i 84).

Així doncs, en cas que l'òrgan jurisdiccional remitent arribi a la conclusió que les disposicions nacionals relatives al tractament de dades personals en l'àmbit laboral no respecten les condicions i els límits establerts en els apartats 1 i 2 de l'article 88 RGPD, haurà de comprovar, a més, si aquestes disposicions constitueixen una de les bases jurídiques considerades en l'article 6.3 RGPD, en relació amb el seu considerant 45, que compleix les exigències establertes en el mateix RGPD. Si és així, no s'ha d'excloure l'aplicació de les disposicions nacionals (§ 88).

D'acord amb la resolució del TJUE, s'ha d'interpretar, en aquest sentit, que l'aplicació de disposicions nacionals adoptades per a garantir la protecció dels drets i les llibertats dels treballadors pel que fa al tractament de les seves dades personals en l'àmbit laboral, s'ha d'excloure quan aquestes disposicions no respectin les condicions i els límits establerts en els apartats 1 i 2 de l'article 88 RGPD (§ 89).

3.3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA (SALA PRIMERA) DEL 4 DE MAIG DE 2023¹⁸

En aquesta sentència el TJUE ha de delimitar, en essència, el contingut del deure de facilitar la informació personal dels interessats que la sol·licitin als responsables del tractament, dret que recull explícitament l'article 15 del Reglament 2016/679. El TJUE vincula l'exercici d'aquesta pretensió a l'exercici dels altres drets recollits en el Reglament (dret a l'oblit i dret de rectificació, entre d'altres). Per tant, l'extensió i l'abast de les definicions i el contingut de la informació que s'ha de facilitar, queden lligats al paper d'aquesta en l'exercici de la resta de drets reconeguts als interessats en el Reglament.

Per a arribar a aquesta posició, en primer lloc el Tribunal fa una interpretació literal, sistemàtica i teleològica de la primera frase de l'article 15.3 RGPD, que estableix, com hem indicat, el dret del titular de les dades a obtenir una còpia de les seves dades personals sotmeses a un tractament (§ 22-24).

En aquest sentit, el TJUE fa els aclariments següents. Per *còpia* cal entendre la reproducció o transcripció autèntica d'un original, de manera que una descripció purament general de les dades objecte de tractament i una remissió a categories de dades personals no es corresponen amb aquesta definició (§ 21), i per *dades personals* cal entendre *tota informació sobre una persona física identificada o identificable*. També precisa que es considerarà persona física identificable tota persona la identitat de la qual es pugui determinar directament o indirectament, en particular mitjançant un identificador, com ara un nom, un número d'identificació, dades de localització, un identificador en línia o un o diversos elements propis de la identitat física, fisiològica, genètica, psíquica, econòmica, cultural o social de la persona esmentada (§ 22).

A continuació, el Tribunal afirma que l'ús de l'expressió «tota informació» en la definició del concepte de *dades personals* evidencia l'objectiu d'atribuir a aquest concepte un significat molt ampli, que pot incloure tot tipus d'informació, tant objectiva com subjectiva, en forma d'opinions o d'apreciacions, sempre que siguin «so-

18. Sentència del Tribunal de Justícia del 4 de maig de 2023, F. F. contra Österreichische Datenschutzbehörde i CRIF GmbH, assumpte C-487/21 (ECLI:EU:C:2023:369, <<https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2023:369>>).

bre» la persona en qüestió (§ 23). I, en relació amb el caràcter «identificable» d'una persona física, diu que, d'acord amb el considerant 26 del Reglament, s'han de tenir en compte «tots els mitjans, com la singularització, que raonablement puguin utilitzar el responsable del tractament o qualsevol altra persona per identificar directament o indirectament la persona física» (§ 25). Finalment, d'acord amb la postura del TJUE, cal entendre el terme *tractament*, tal com es defineix en l'article 4.2 RGPD, en un sentit ampli (§ 27).

Per tant, després d'analitzar el text literal de l'article 15.3 RGPD, el TJUE afirma que confereix a l'interessat el dret a obtenir una reproducció autèntica de les dades personals, enteses en un sentit ampli, que siguin objecte d'operacions que s'han de qualificar de tractament per part del responsable d'aquest (§ 28).

Com es pot veure, el TJUE fa una interpretació força àmplia dels termes que integren la delimitació del dret a sol·licitar informació de l'article 15 RGPD. Aquesta concreció de la terminologia el porta a afirmar que el dret a obtenir del responsable del tractament una còpia de les dades personals objecte de tractament implica que es lliuri a l'interessat una reproducció autèntica i intel·ligible de totes aquestes dades i inclou el dret a obtenir una còpia dels extractes dels documents, o fins i tot dels documents sencers, o els extractes de bases de dades, que continguin, entre d'altres, aquestes dades, si el lliurament de tal còpia és indispensable per a permetre a l'interessat exercir efectivament els altres drets que li confereix aquest Reglament (§ 45). En particular, el TJUE esmenta com a tals: el dret de rectificació, el dret de supressió («dret a l'oblit») i el dret a la limitació del tractament, reconeguts, respectivament, en els articles 16, 17 i 18 RGPD, el dret d'oposició al tractament de les pròpies dades personals, considerat en l'article 21 RGPD, així com el dret a recórrer pels danys soferts, previst en els articles 79 i 82 RGPD (§ 35).

A més a més, el Tribunal defensa aquesta mateixa posició respecte a la dicotomia si el terme *informació* que considera el Reglament es refereix exclusivament a les dades personals de les quals el responsable del tractament ha de facilitar una còpia d'acord amb la primera frase d'aquest apartat, o bé si es remet també a tota la informació esmentada en l'apartat 1 d'aquest article, o fins i tot si inclou elements que van més enllà, com ara les metadades. En aquest sentit, afirma que l'article 15.3, tercera frase, RGPD fa referència únicament a les dades personals (§ 49). Per tant, aquesta disposició no crea un dret diferent del d'obtenir una reproducció autèntica i intel·ligible d'aquestes dades que permeti exercir efectivament els drets que li confereix aquest reglament (§ 50). Així doncs, s'ha d'interpretar en el sentit que el concepte d'*informació* que considera es refereix exclusivament a les dades personals de les quals el responsable del tractament ha de facilitar una còpia d'acord amb l'article 15.1 RGPD.

3.4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA (SALA PRIMERA) DEL 22 DE JUNY DE 2023¹⁹

El TJUE torna a haver de delimitar el contingut del dret a l'accés a la informació recollit en l'article 15 RGPD. En aquest cas, ha de determinar si la informació relativa a operacions de consulta de dades personals d'una persona —les dates i fins d'aquestes operacions, així com la identitat de les persones físiques que les van dur a terme— constitueix part de la informació que aquesta persona té dret a obtenir del responsable del tractament en virtut de la disposició esmentada (§ 37).

Com hem indicat anteriorment, l'article 15.1 RGPD estableix que l'interessat té dret a obtenir del responsable del tractament la confirmació que s'estan tractant o no dades personals que el concerneixen i, en cas que s'estiguin tractant, té dret d'accés a les dades personals i a la informació relativa, en particular, a les finalitats del tractament i als destinataris o a les categories de destinataris als quals es van comunicar o seran comunicades aquestes dades personals. Respecte a la delimitació i la definició dels termes de l'article 15 RGPD, el TJUE es remet, bàsicament, a la Sentència del 4 de maig de 2023, que hem analitzat en l'apartat anterior (§ 42, 43, 45, 46 i 48). Per tant, de l'anàlisi textual de l'article 15.1 RGPD i dels conceptes que recull es desprèn que el dret d'accés que aquesta disposició reconeix a l'interessat es caracteritza per l'ampli abast de la informació que el responsable del tractament de les dades ha de facilitar a aquesta persona (§ 49).

Una vegada analitzat el context en què s'inscriu l'article 15 RGPD (§ 50-53), el TJUE acaba per considerar que, en essència, constitueix una de les disposicions que tenen per objecte garantir, a favor de l'interessat, la transparència dels modes de tractament de les dades personals. Una interpretació que, d'acord amb el parer del Tribunal, es troba en consonància amb els objectius de la Directiva (§ 54). Malgrat això, en virtut del considerant 4 RGPD el dret a la protecció de les dades personals no és un dret absolut, ja que s'ha de considerar en relació amb la seva funció en la societat i s'ha de mantenir l'equilibri amb altres drets fonamentals (§ 78).

Així doncs, com que en el cas objecte d'anàlisi estem davant d'un conflicte entre, d'una banda, l'exercici del dret d'accés, que ha de garantir l'eficàcia dels drets reconeguts per l'RGPD a l'interessat, i, de l'altra, els drets o les llibertats d'altres persones (recordem que l'interessat sol·licita que el responsable del tractament li comuniqui la informació relativa a la identitat dels empleats), cal fer una ponderació entre els drets i les llibertats en qüestió. En aquest sentit, el TJUE afirma que sempre que sigui possible s'ha d'optar per modalitats que no vulnerin els drets o les llibertats dels altres, i cal tenir present que, com es desprèn del considerant 63 RGPD, el fet de tenir en

19. Sentència del Tribunal de Justícia del 22 de juny de 2023, procediment portat a terme per J. M., assumpte C-579/21 (ECLI:EU:C:2023:501, <<https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2023:501>>).

compte els drets o les llibertats dels altres no ha de tenir com a resultat la negativa a prestar tota la informació a l'interessat (§ 80). Així doncs, per al cas que l'interessat consideri que la informació comunicada pel responsable del tractament és insuficient per a permetre-li dissipar els dubtes que alberga quant a la licitud del tractament de què han estat objecte les seves dades personals, disposa, sobre la base de l'article 77.1 RGPD, referent al dret a presentar una reclamació davant l'autoritat de control (§ 81), que l'article 15.1 RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que la informació relativa a operacions de consulta de dades personals d'una persona, incloent-hi les dates i els fins d'aquestes operacions, constitueix informació que aquesta persona té dret a obtenir del responsable del tractament en virtut d'aquesta disposició (§ 82).

Per altra banda i en relació amb el fet que l'interessat fos client i alhora treballador de l'empresa responsable de les dades, atès l'àmbit d'aplicació del dret d'accés que preveu l'article 15.1 RGPD, cap disposició d'aquest reglament no distingeix en funció de la naturalesa de les activitats del responsable del tractament o de la condició de la persona les dades personals de la qual són objecte de tractament (§ 85). L'article 15.1 RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que el fet que el responsable del tractament desenvolupi un negoci bancari en el marc d'una activitat reglada i que la persona les dades personals de la qual van ser tractades en la seva condició de client del responsable del tractament també fos empleada d'aquest responsable, no influeix, en principi, en l'abast del dret de què gaudeix aquesta persona en virtut de la disposició esmentada (§ 89).

3.5. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA GRAN) DEL 4 DE JULIOL DE 2023²⁰

En aquesta sentència es tracta, per una banda, si els articles 51 i següents RGPD s'han d'interpretar en el sentit que una autoritat de defensa de la competència d'un estat membre pot concloure, en el marc de l'examen d'un abús de posició dominant per part d'una empresa, d'acord amb l'article 102 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE), que les condicions generals del servei de la dita empresa relatives al tractament de les dades personals i l'aplicació d'aquestes condicions no són conformes a l'RGPD (§ 32).

En aquest sentit, el TJUE estableix que una autoritat de defensa de la competència està sotmesa al compliment del deure de cooperació sincera amb les autoritats de protecció de dades. Així doncs, aquesta autoritat pot determinar, en el context de

20. Sentència del Tribunal de Justícia del 4 de juliol de 2023, Meta Platforms Inc. i altres contra Bundeskartellamt, assumpte C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537, <<https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2023:537>>).

l'examen d'un abús de posició dominant per part d'una empresa, que les condicions generals d'ús d'aquesta empresa relatives al tractament de les dades personals i a la seva implementació no són coherents amb aquesta normativa, quan aquesta determinació sigui necessària per a establir l'existència d'aquest abús.

Tanmateix, d'acord amb el Tribunal, quan una autoritat de competència identifica una infracció de l'RGPD en el context de la constatació d'un abús de posició dominant, no substitueix les autoritats de supervisió. Així doncs, les disposicions de l'article 55 RGPD s'han d'interpretar en el sentit que, sens perjudici del compliment de la seva obligació de cooperació lleial amb les autoritats de control, una autoritat de defensa de la competència d'un estat membre pot concloure, en el marc de l'examen d'un abús de posició dominant per part d'una empresa, d'acord amb l'article 102 TFUE, que les condicions generals del servei d'aquesta empresa relatives al tractament de dades personals i l'aplicació d'aquestes condicions no són conformes al Reglament esmentat, quan aquesta conclusió sigui necessària per a declarar la existència de tal abús (§ 62).

Una segona qüestió és determinar si l'article 9.1 RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que, en cas que un usuari d'una xarxa social en línia consulti llocs d'Internet o aplicacions relacionades amb una o diverses de les categories previstes en aquesta disposició, s'ha de considerar un «tractament de categories especials de dades personals» en el sentit de la disposició esmentada, que, en principi, està prohibit, sens perjudici de les excepcions que preveu l'article 9.2 RGPD (§ 64). I, en essència, s'ha de determinar si, quan un usuari d'una xarxa social introdueix dades en aquests llocs o aplicacions o activa botons de selecció integrats en ells, com ara els botons «m'agrada» o «compartir» o els botons que permeten a l'usuari identificar-se en aquests llocs o aplicacions utilitzant els identificadors de connexió vinculats al seu compte d'usuari de la xarxa social en línia, el seu número de telèfon o la seva adreça de correu electrònic, es considera que els ha fet manifestament públics (§ 65).

Per tal de respondre a aquestes qüestions, el TJUE determina que, en primer lloc, incumbeix a l'òrgan jurisdiccional remitent comprovar si els usuaris interessats tenen la possibilitat de decidir, sobre la base d'una configuració efectuada amb coneixement de causa, si les dades introduïdes en els llocs d'Internet o en les aplicacions en qüestió i les dades resultants de l'activació dels botons de selecció que hi estan integrats, han de ser accessibles al públic en general o, per contra, a un nombre més o menys limitat de persones (§ 81). Així doncs, quan els usuaris interessats tenen efectivament aquesta opció, només es pot considerar que aquests usuaris fan manifestament públiques dades que els concerneixen, en el sentit de l'article 9.2e RGPD, en cas que, quan introdueixen dades voluntàriament en un lloc d'Internet o en una aplicació o hi activen botons de selecció integrats, hagin expressat clarament, sobre la base d'una configuració individual efectuada amb ple coneixement de causa, la seva decisió que aquestes dades siguin accessibles a un nombre il·limitat de persones, qüestió que correspon comprovar a l'òrgan jurisdiccional remitent (§ 82).

En canvi, si no s'ofereix aquesta configuració individual, cal considerar que quan els usuaris introdueixen voluntàriament dades en un lloc d'Internet o en una aplicació o activen botons de selecció integrats en ells i han fet públics manifestament aquestes dades, aquests usuaris han d'haver consentit explícitament, sobre la base d'una informació expressa facilitada per aquest lloc o aquesta aplicació abans de tal introducció o activació, que aquestes dades puguin ser visualitzades per qualsevol persona que tingui accés al lloc esmentat o a la referida aplicació (§ 83). Per tant, l'article 9.2e RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que, quan un usuari d'una xarxa social en línia consulta llocs d'Internet o aplicacions, no fa manifestament públiques les dades relatives a aquesta consulta que puguin ser recollides per l'operador d'aquesta xarxa social en línia a través de galetes (*cookies*) o de tecnologies d'emmagatzematge similars.

Al mateix temps, respecte a la transmissió de les dades entre empreses d'un mateix grup, el TJUE estableix que el RGPD s'ha d'interpretar en el sentit que el tractament de dades personals fet per un operador d'una xarxa social en línia i que consisteix en la recopilació de dades dels usuaris d'aquesta xarxa provinents d'altres serveis del grup al qual pertany aquest operador o de la consulta d'aquests usuaris a llocs web o altres aplicacions de tercers, en l'establiment de relacions d'aquestes dades amb els comptes de la xarxa social d'aquests usuaris i en l'ús d'aquestes dades, només es pot considerar necessari per a l'execució d'un contracte en el qual les parts interessades són els mateixos usuaris si aquest tractament és objectivament indispensable per aconseguir un objectiu que forma part de la prestació contractual destinada a aquests usuaris, de manera que l'objecte principal del contracte no es podria assolir sense aquest tractament (§ 125). I, a més a més, estableix que el fet que l'operador d'una xarxa social en línia ocupi una posició dominant en el mercat de les xarxes socials en línia no impedeix, per si mateix, que els usuaris d'aquesta xarxa puguin donar vàlidament el seu consentiment, d'acord amb l'article 4.11 RGPD, per al tractament de les seves dades personals fet per aquest operador (§ 125).

CONFLICTES EN LA VIDA DE LA COMUNITAT ORDINÀRIA INDIVISA: ESTUDI D'ALGUNES QÜESTIONS CONTROVERTIDES RESOLTES PEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Joan-Maria Raduà Hostench
Advocat

Resum

En aquest text comentarem la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya relativa als conflictes en la comunitat ordinària indivisa respecte a l'ús de la cosa comuna, l'adopció d'acords per a la seva administració, el repartiment de les despeses i el retracte entre comuners.

Paraules clau: comunitat ordinària indivisa, cotitular, ús de la cosa, adopció d'acords, repartiment de despeses, retracte.

CONFLICTOS EN LA VIDA DE LA COMUNIDAD ORDINARIA INDIVISA: ESTUDIO DE ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS RESUELTAS POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Resumen

En este trabajo comentaremos la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña relativa a los conflictos en la comunitat ordinaria indivisa respecto al uso de la cosa común, la adopción de acuerdos para su administración, el reparto de los gastos y el retracto entre comuneros.

Palabras clave: comunidad ordinaria indivisa, comunero, uso de la cosa, adopción de acuerdos, reparto de gastos, retracto.

CONFLICTS IN THE UNDIVIDED ORDINARY JOINT OWNERSHIP:
STUDY OF SOME CONTROVERSIAL ISSUES SOLVED
BY THE HIGH CATALONIAN COURT

Abstract

This paper considers the jurisprudence of the Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (High Catalan Court) regarding to the disputes in the undivided ordinary joint ownership in relation with the use of the thing, the adoption of agreements, the cost sharing, and the right of preemption.

Keywords: undivided ordinary joint ownership, co-owner, use of the thing, adoption of agreements, cost sharing, preemption.

1. INTRODUCCIÓ

Compartir un bé no és fàcil. Requereix un acord entre els cotitulars per a regular-ne l'ús, per a prendre decisions sobre la seva administració i el repartiment de les despeses que es generin. En el cas de la comunitat ordinària indivisa, els articles 552-1 a 552-8 del Codi civil de Catalunya (CCCat) n'estableixen el règim jurídic i les regles bàsiques de funcionament. Com diu l'article 552-1 CCCat, la comunitat significa que coexisteixen tants drets com cotitulars i que cada cotitular, en l'exercici dels seus drets, ha de respectar els dels altres. Aquests drets s'articulen mitjançant la quota de participació, de manera que tots els comuners, en proporció a la seva quota, han d'assumir les despeses i responsabilitats i han de compartir l'ús i el gaudi i els rendiments de la cosa comuna.

En la pràctica sovint es plantegen conflictes entre els comuners. Per aquest motiu, el legislador facilita la fi de la comunitat. Els articles 552-9 a 552-12 CCCat es dediquen a la seva extinció. En un treball anterior publicat en aquesta mateixa revista amb el títol «La divisió de la cosa comuna: estudi de deu qüestions controvertides resoltes pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya»,¹ vam tractar la problemàtica de l'extinció de la comunitat ordinària indivisa en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC). En aquest treball analitzarem la jurisprudència del TSJC en relació amb altres temes controvertits que es plantegen durant la vida d'aquest tipus de comunitat, com ara els conflictes sobre l'ús del bé objecte de la comunitat, l'adopció d'acords per a la seva administració, el repartiment de les despeses i l'exercici del retracte entre comuners.

1. Publicat a la *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 25 (2022), p. 147-157.

2. CONFLICTES SOBRE L'ÚS DEL BÉ

L'article 552-6 CCCat regula l'ús i el gaudi del bé i estableix que cada cotitular té dret a utilitzar la cosa. Aquesta utilització, però, no és il·limitada. Ha de fer-se de manera que respecti la finalitat econòmica i social del bé i sense perjudicar els interessos de la comunitat ni els de la resta de cotitulars, als quals no pot impedir-se l'ús de la cosa.

Aquest article s'ha de coordinar amb l'article 552-1 CCCat, que afirma que el dret de cada cotitular resta limitat pels drets de la resta de cotitulars, i, també, amb l'article 552-7 CCCat, que regula l'adopció dels acords entre els comuns. Acords que poden tractar, entre altres temes, qüestions referents a l'ús de la cosa comuna i que s'han d'adoptar pel règim de majories establert en aquest article. Així, per exemple, a la pràctica els comuns es poden posar d'acord —de manera expressa o tàcita— en com i quan han d'utilitzar l'objecte. Poden establir fer-ne un ús conjunt o per torns, o en proporció a llurs quotes o en diferent proporció, o bé poden cedir-ne l'ús a tercers en precari o en arrendament, o altres opcions.

Ara bé, quan hi ha discrepàncies en la utilització de la cosa, sorgeixen els problemes entre els cotitulars, que poden ser molt variats i poden acabar judicialitzant-se. El conflicte més habitual que resolen els nostres tribunals és el que sorgeix de la utilització exclusiva per part d'un dels cotitulars, que impedeix el gaudi de la resta. Per a resoldre cada cas concret, el TSJC ha partit de la interpretació de l'article 552-6 CCCat en el sentit que l'ús regulat allí és solidari. Així doncs, en les sentències del 10 de novembre de 2016 i el 20 de juliol de 2017 el TSJC acull la doctrina fixada pel Tribunal Suprem a l'hora d'interpretar l'article 394 del Codi civil espanyol (CC) i proclama l'ús solidari de la cosa comuna.

Igualment, cal tenir present el principi fonamental recollit en l'article 552-6.1 CCCat: cada comuner no pot perjudicar l'interès de la comunitat. Ara bé, sovint el problema consisteix a determinar quin és l'interès de la comunitat. En aquests casos, la jurisprudència ha considerat que —en principi— la majoria de quotes defineix quin és l'interès de la comunitat. Així, la Sentència del TSJC (STSJC) del 22 d'octubre de 2015 afirma en relació amb la interpretació de l'article 552-6.1 CCCat:

[...] la mayoría de cuotas es, en principio, interprete del interés de la comunidad o al menos detentadora de dicho interés, a salvo de mala fe o abuso de derecho que no consta justificado en el caso de autos. Como señala la mejor doctrina otra forma de entender el concepto «interés de la comunidad» de acuerdo con su finalidad social y económica nos llevaría erróneamente a distinguir entre interés de la comunidad e interés de los partícipes que, en definitiva, son quienes forman la comunidad ordinaria indivisa.

El TSJC, que aplica la regla de l'ús solidari a cada cas concret, afirma que d'entrada la utilització exclusiva per part d'un dels cotitulars no atempta contra aquesta regla de solidaritat quan aquest ús exclusiu és permès o tolerat per la resta. Per aquesta raó, en la Sentència del 10 de novembre de 2016 el TSJC, tot citant la doctrina del Tribunal Suprem,² afirma:

El mero hecho de que el referido uso de la cosa común sea el único, o de que sea proporcionalmente mayor que la propia cuota, no justifica el ejercicio por el otro u otros comuneros de remedios procesales para poner fin al mismo (reivindicatoria, desahucio, interdictos), ni lo convierte en un uso ilícito que justifique una acción de resarcimiento, ni en un uso sin causa que permita fundar una acción de enriquecimiento injusto.

I en la Sentència del 20 de juliol de 2017 exposa:

Por tanto, si el art. 552-6.1 CCCat —como lo hace el art. 394 CCiv— no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, como recuerda la STS S. 1ª 93/2016, de 19 de febrero, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común como ocurre con el supuesto litigioso en que un uso indiscriminado y promiscuo por los condueños comporta una fuente de conflictos y discordias.

El punt de partida és, doncs, l'ús solidari del bé i l'adopció d'acords pel règim de majories de quotes per a establir el règim d'utilització. Ara bé —com veurem seguidament—, en cas que existeixin aquests acords sobre l'ús també caldrà vetllar perquè no amaguin un abús de dret o mala fe envers els cotitulars minoritaris.

3. INDEMNITZACIÓ PER ÚS EXCLUSIU. CASOS EN QUÈ POT GENERAR-SE

Per tal que un cotitular pugui demanar l'extinció judicial d'una situació d'ús exclusiu o una indemnització caldrà que aquest ús es faci contravenint un acord majoritari o que, a falta d'aquest acord, es faci fent cas omís d'un requeriment exprés adreçat al comú que utilitza en exclusiva el bé i en el qual se li demana l'extinció d'aquest

2. Cita les sentències del Tribunal Suprem del 19 de febrer de 2016, el 8 de maig de 2008, el 29 juliol de 2013 i el 23 de març de 1991.

ús excloent, o bé que aquest ús, tot i ser adoptat per la majoria, en realitat es faci amb abús de dret o mala fe.

La Sentència del TSJC del 10 de novembre de 2016 cita altre cop la jurisprudència del Tribunal Suprem i diu:

[...] si el partícipe viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación e ilícito, de modo que pueda dar lugar a una acción de enriquecimiento o de resarcimiento del daño. Para ello parece necesario infringir una reglamentación específica del uso, o un requerimiento —caso de no existir aquella— del comunero lesionado por uso incompatible con su derecho.

També en la Sentència del 29 de gener de 2018 el TSJC considera que no actua amb mala fe el comuner que utilitza en exclusiva la cosa i no ha estat requerit pels altres cotitulars a compartir-ne l'ús.³

Partint, doncs, que la utilització de la cosa és en règim de solidaritat, si, a falta d'un acord de repartiment de l'ús, resulta que un comuner en fa una major utilització, tot i que aquest ús resulti incompatible amb el de la resta de cotitulars, per si sol no esdevé un ús mancat de causa, ni il·lícit, de manera que això no genera un enriquiment injust ni dona peu a la resta de cotitulars a demanar una indemnització. Per tal que es pugui demanar una indemnització o es pugui sol·licitar judicialment l'establiment de mesures de repartiment de l'ús o la fi de l'ús exclusiu, caldrà haver infringit una reglamentació específica de l'ús o bé, quan no existeixi acord sobre aquest, que l'ús exclusiu i excloent es faci contra l'oposició expressa dels altres comuners, tal com es diu en les sentències del TSJC del 10 de novembre de 2016 i el 20 de juliol de 2017.

Ara bé, el TSJC ha afegit que el dret a la indemnització neix des del moment en què la possessió (l'ús) es produeix contra la manifestació expressa de l'altre comuner (sentències del TSJC del 10 de novembre de 2016 i el 20 de juliol de 2017):

En la STSJC 91/2016, de 10 de noviembre, declaramos que un uso exclusivo derivado normalmente de una situación anterior legítima no comporta la condena

3. Concretament, aquesta sentència del TSJC (STSJC) del 29 de gener de 2018 diu:

Dels fets declarats provats per la Sentència d'apel·lació, inexistència de cap requeriment que exigís l'ús *promiscu o fraccionat en el temps de la cosa per tots els comuners, o que instés el cessament de la situació fàctica existent per acordar un determinat règim d'utilització diferent*, a l'empara de l'art. 552-7 del CCCat, no escau inferir que el Sr. Juan Pablo hagués posseït la cosa de manera exclusiva i excloent com s'argüeix en el recurs de cassació ni podria qualificar-se de mala fe les facultats d'ús que pel que sembla va tenir de les places d'aparcament (es presentava com a propietari únic davant tercers).

automática al pago de las rentas cuando resulta que su uso se realiza solamente por uno de ellos, pero, añadíamos que cuando la posesión continúa contra la oposición expresa del otro o de los otros comuneros no se puede mantener que no exista perjuicio, sino al contrario que dicha posesión indebida genera indemnización por los daños causados desde que conste la expresa oposición.

Pel que fa a l'import de la indemnització, en el cas d'immobles el criteri adoptat per la jurisprudència ha estat imposar que el cotitular que en fa un ús excloent indemnitzi la resta en la part proporcional del que equivaldria a un lloguer de mercat. Aquesta indemnització s'ha de meritjar des que consti l'oposició expressa del comuner que no té la possessió. En cas que no s'hagi exterioritzat anteriorment, el moment inicial per a meritjar la indemnització serà el de la interposició de la demanda.

Cal afegir a tot això que el fet que s'hagi interposat una demanda de divisió de la cosa comuna i que en aquest procediment la cosa pugui ser atribuïda a qualsevol dels comuners (fins i tot al que ha fet un ús exclusiu contra la voluntat de l'altre), no és obstacle perquè s'atorgui una indemnització al cotitular que no ha pogut gaudir de la cosa durant el temps que va des que va oposar-se a aquest ús exclusiu fins que es faci efectiva la divisió.⁴

4. CONFLICTES EN L'ADMINISTRACIÓ DEL BÉ I L'ADOPCIÓ D'ACORDS. IMPUGNACIÓ PEL COTITULAR DISSIDENT

L'article 552-7 CCCat disposa que l'administració de la comunitat correspon a tots els cotitulars. Únicament cal unanimitat per als actes de disposició. Pel que fa als actes d'administració ordinària, s'adopten per majoria ordinària prenent com a base el valor de les quotes, mentre que els actes d'administració extraordinària s'acorden amb la majoria de tres quartes parts de les quotes.⁵

4. Així, la STSJC del 20 de juliol de 2017 disposa:

[...] el dato que se haya interpuesto una acción de división de la cosa común por el recurrente y que en ejecución de la misma pueda ser atribuida a uno de los comuneros, con la pertinente indemnización al otro, no impide, sino al contrario, que producida una ocupación anterior exclusiva y no tolerada por el otro comunero, deba indemnizársele a la Sra. Herminia por dicho uso —que pudiendo y queriendo obtener rendimiento no se lo consienten— durante el tiempo transcurrido desde que conste su expresa y terminante oposición hasta la efectiva división o desalojo.

5. Aquest article no ens diu quins actes d'administració són ordinaris i quins són extraordinaris. Caldrà recórrer als articles 222-43, 236-92*b* i 236.27 CCCat, entre d'altres, per a intentar destriar-los en cada cas concret.

Pel que fa a la forma que han d'adoptar els acords, la STSJC de l'1 de desembre de 2011 assenyalava que no cal que els comuns es reunixin de manera formal per a adoptar acords. És més, els acords es poden prendre de manera simultània o successiva en el temps i també s'admeten els adoptats de manera tàcita.⁶ En aquest darrer cas, si es produeix el conflicte i es nega l'existència de l'acord tàcit, qui al·lega la seva existència tindrà la càrrega de la seva prova.

D'acord amb el que disposa el segon apartat d'aquest article, els acords d'administració ordinària adoptats amb les majories necessàries obliguen la minoria dissident. Tot i que l'apartat segon de l'article 552-7 CCCat ho diu expressament per als acords ordinaris i que l'apartat següent calla respecte als extraordinaris, també aquesta imperativitat és aplicable als extraordinaris. Ara bé, aquest caràcter imperatiu té el límit que queda sotmès en darrer terme a la salvaguarda dels tribunals, ja que l'apartat quart del mateix article permet que l'impugnin els copropietaris dissidents que resultin perjudicats per l'acord.

Els motius d'impugnació poden ser diversos, si bé generalment es poden reduir a actes d'administració contraris a l'interès de la comunitat i/o perjudicials per a la minoria.

La Sentència del TSJC de l'1 de desembre de 2011 resulta paradigmàtica de la protecció dels drets de la minoria respecte a l'abús de la majoria. Primerament, accepta la legitimació activa del cotitular minoritari dissident no sols per a impugnar els acords, sinó també per a demanar l'extinció d'un contracte d'arrendament lesiu per a la comunitat i per a ell, el qual pot dirigir la seva demanda judicial contra l'arrendatari i contra els comuns majoritaris.⁷

Seguidament, la Sentència analitza el concepte de *perjuicio* i admet que ha de tenir una interpretació restrictiva:

En todo caso, la acepción de perjuicio puede consistir en la producción de un daño que no lo será si lo es por mera incomodidad o inconveniencia, sino racional, fundado y que lesione los derechos del comunero disidente que tiene y ostenta en la comunidad de bienes. En el supuesto de autos, el perjuicio consiste en el mantenimiento de un arrendamiento vil, como es calificado, muy acertadamente, por la sentencia recurrida, con un precio notoriamente inferior al del mercado [...]

6. Aquesta STSJC de l'1 de desembre de 2011 diu: «Sobre la concurrencia del acuerdo, ha de señalarse que no se precisa una reunión formal sino que basta la emisión de un consentimiento simultáneo o sucesivo, expreso o tácito».

7. Els demandats, cotitulars majoritaris de la comunitat ordinària i d'una societat administrada pels mateixos que era arrendatària dels immobles de la comunitat ordinària, van adduir, entre altres motius d'oposició, la falta de legitimació activa del comuner minoritari per a impugnar els acords i instar el desnonament. El TSJC va considerar que el comuner estava plenament legitimat per a interposar aquesta demanda.

lesionan los derechos de la comunidad de bienes (en su conjunto) y perjudican al cotitular disidente, continuando un arrendamiento ya concluido mediante el pago de una renta notoriamente inferior a la de mercado.

Per aquest motiu, el TSJC acorda deixar sense efecte l'acord abusiu i alhora extingir el contracte d'arrendament amb el desnonament de la societat arrendatària. Aquesta sentència, a més a més, condemna els cotitulars majoritaris a satisfer una indemnització a favor del comuner minoritari pels danys i perjudicis soferts per aquest i originats per la pèrdua d'ingressos provocada per la diferència entre obtenir una renda de mercat i la que es va cobrar com a lloguer vil.

5. RESPONSABILITAT DEL COTITULAR QUE ADMINISTRA ELS BÉNS ENVERS LA RESTA DE COTITULARS. INDEMNITZACIÓ PELS PERJUDICIS CAUSATS

L'article 552-7 CCCat, que regula l'administració i el règim d'adopció d'acords, estableix en el seu apartat cinquè la responsabilitat dels cotitulars envers tercers per les obligacions que resulten de l'administració del bé comú. El criteri establert és el de la responsabilitat mancomunada proporcional a les quotes respectives.

Ara bé, l'article 552-7 CCCat no diu res de la responsabilitat pels actes d'administració duts a terme per un dels cotitulars envers la resta de cotitulars.

En aquests casos serveix de referència el criteri establert per l'article 552-6.2 CCCat pel que fa al rendiment de comptes del cotitular que percep els fruits de la cosa comuna. Recordem que els fruits i rendiments generats per la cosa corresponen a cada cotitular en proporció a la seva quota. Però cal interpretar correctament aquest article. Aquesta norma estableix la forma de distribució proporcional dels fruits. Ara bé, això no significa que cada cotitular faci seus directament els fruits en proporció a la seva quota. En realitat, el repartiment dels fruits i rendiments obtinguts per la cosa comuna està subjecte a les regles d'administració de la comunitat, els membres de la qual, per majoria, poden acordar el destí dels fruits (art. 557.2 CCCat). Així, per exemple, poden decidir aplicar-los a pagar despeses, a fer reinversions o millores, o bé poden repartir-los.

Precisament per això, el mateix article 552-6.2 CCCat estableix que si un comuner s'apropia dels fruits, haurà de respondre d'aquests davant de la resta de comuners d'acord amb les normes de rendició de comptes de l'administració de béns aliens i haurà d'indemnitzar-los pels perjudicis causats per la seva culpa o negligència. Doncs bé, aquest mateix criteri és el que s'haurà d'aplicar com a paràmetre per a valorar si existeix mala administració i per a fixar una possible indemnització. Aquest ha estat el criteri establert per la STSJC del 17 de maig de 2012 en un cas en què es demanava la rendició de comptes al cotitular que havia exercit l'administració de l'immoble comú i

se li demanava alhora una indemnització per mala gestió. Aquesta sentència interpreta de manera coordinada els articles 552-7 i 552-6.2 CCCat, estableix que el criteri per a determinar la bona administració és el de la diligència d'un bon pare de família i remet a les normes de gestió de negocis aliens sense mandat⁸ i a la indemnització pels perjudicis provocats per culpa o negligència.⁹

6. ACTES D'ADMINISTRACIÓ ORDINÀRIA EN INTERÈS DE LA COMUNITAT. DESNONAMENTS ENTRE COTITULARS

Com hem comentat, l'ús de la cosa està regulat pel que estableixin les majories. La Sentència del 22 d'octubre de 2015 aborda el tema del desnonament d'un comuner promogut en un procediment precari. En aquest cas, el cotitular majoritari va instar un desnonament precari del comuner minoritari. El TSJC va establir que no calia convocar una junta de la comunitat per a autoritzar interposar la demanda de desnonament precari, i també que el fet que s'estigui tramitant una demanda de divisió de la cosa comuna no impedeix l'exercici de l'acció de desnonament.

Trobem recollida la *ratio decidendi* d'aquesta sentència en l'afirmació següent del TSJC:

Nótese que el uso solidario de la cosa conforme a su finalidad económica y social no podría amparar ni el abuso de la mayoría buscando la improductividad del bien en perjuicio del interés de la comunidad ni la exclusión del comunero mayoritario por el minoritario, como sucede en autos.

7. PARTICIPACIÓ EN LES DESPESES

D'acord amb els articles 552-1.2 i 552-8 CCCat, les despeses han de ser satisfetes entre tots els comuners en proporció a les seves quotes respectives. Aquest darrer article assenyala que els cotitulars han de contribuir en aquesta proporció a pagar les despeses que siguin necessàries per a la conservació, l'ús i el rendiment de l'objecte de

8. Aquesta sentència remet a l'article 1889 del Codi civil espanyol, ja que encara no era vigent el llibre sisè del CCCat. Ara, aquesta referència a la normativa reguladora de la gestió de negocis aliens cal referir-la als articles 622-40 a 622-42 CCCat, també tenint en compte la regulació del mandat dels articles 622-21 a 622-39 CCCat.

9. En el cas concret d'aquest procediment, el TSJC ratifica les sentències dictades en primera instància i en apel·lació perquè considera que no resulta acreditada ni la mala gestió ni la producció de cap dany, ni tampoc que el cotitular fos posseïdor de mala fe.

la comunitat, i afegeix que també han d'assumir en aquesta proporció les despeses de reforma i millora de la cosa comuna que hagi acordat la majoria.

La Sentència del 29 de gener de 2018 diu:

Aquesta norma pretén que tots els comuners sufraguin les despeses susceptibles de valoració econòmica realitzades sobre la cosa comuna i distingeix entre les necessàries i les útils. Cal entendre's com a despeses necessàries les que s'usin per conservar la cosa en la integritat no només física (obres de manteniment), sinó també funcional o jurídica. Per a la consecució d'això últim cal entendre com a despeses necessàries les impositives que graven l'immoble com l'impost sobre béns immobles i les despeses comunitàries atenent l'afectació de la finca al seu pagament que imposen les lleis que les regulen.

En aquest punt, cal tenir present que l'enumeració continguda en l'article 552.8 CCCat no pot ser entesa com una llista tancada, tal com també ha reconegut el TSJC en sentències com la del 8 de juny de 2015. En aquesta sentència s'aborda el supòsit d'un cotitular que reclama a l'altre el reintegrament de les quotes hipotecàries que ha satisfet. En aquest cas, els dos cotitulars responien solidàriament del retorn del préstec a l'entitat financera, si bé les seves quotes en la comunitat indivisa eren del 30 % i del 70 %. El TSJC coordina l'article 552-8 CCCat amb l'article 1.145 CC i per a donar resposta al recurs plantejat parteix de la diferència de la relació obligatòria solidària en la seva vessant externa (envers l'entitat financera) i la relació interna entre els cotitulars:

[...] aleshores, extingida la relació obligatòria solidària en la seva vessant externa, cap necessitat requereix la intervenció del creditor en l'acció d'anivellament econòmic que, a l'empara de l'article 1.145 CC, es produeix entre codeutors solidaris, els quals resten obligats a contribuir segons allò previst a la relació interna, en el nostre cas la relació interna subjacent, l'existència d'una comunitat indivisa entre els consorts, establia una quota del 30% per la part recorreguda i una del 70% per la recurrent, de manera que l'abonament del 30% de les quotes hipotecàries esdevé la resposta correcta i, consegüentment, el motiu ha de ser desestimat.

8. EL REEMBORSAMENT AL COTITULAR QUE HA PAGAT LES DESPESES

El segon apartat de l'article 552-8 CCCat faculta el cotitular que ha avançat les despeses necessàries per a la conservació, l'ús i el rendiment de la cosa i també les de reforma i millora que hagi acordat la majoria, per a obtenir el rescabament de l'import que haurien d'haver satisfet els altres cotitulars en proporció a llurs quotes.

En la pràctica judicial els cotitulars que han rebut algun tipus de reclamació sovint al·leguen que no han fet ús de la cosa per a evitar eludir el pagament. En aquest punt, la jurisprudència remarca que el règim de participació en les despeses regulat en l'article 552-8 CCCat no està vinculat a l'ús, de manera que, excepte que hi hagi un pacte en contrari assumit pel cotitular que les ha pagat, la resta de cotitulars li hauran de reemborsar les despeses anticipades.

En el cas de la Sentència del 29 de gener de 2018, esmentada abans, els cotitulars recurrents s'oposaven al pagament de les despeses de la comunitat i de l'impost de béns immobles, adduïen que el cotitular que les reclamava havia gaudit en exclusiva de les places d'aparcament i que aquest ús exclusiu compensava els costos que havia satisfet, i afegien que havia estat posseïnt en exclusiva de mala fe. El TSJC va ratificar la sentència de l'Audiència i va establir primerament que les despeses necessàries s'han de pagar entre tots en funció de les quotes. I, a més a més, va declarar que el comúner posseïdor no havia actuat amb mala fe, ja que mai no havia rebut cap requeriment en contra de l'ús que feia. D'altra banda, aquesta sentència rebutja l'aplicació analògica dels articles 522-3.2, 233-23.2 i 561-12.1 CCCat, atès que resulta aplicable directament l'article 552-8 CCCat.¹⁰

9. RETRACTE DE COTITULARS

L'article 552-4 CCCat atorga als cotitulars un dret d'adquisició preferent quan un cotitular aliena la seva quota a terceres persones a títol oneros. Aquest dret d'adquisició s'articula primerament per mitjà del tanteig i, en darrer terme, per mitjà del retracte. Aquest últim dret entra en joc quan la transmissió es fa sense notificació

10. La Sentència del 29 de gener de 2018 afirma sobre això:

Per tant, no podria ser aplicable al cas ni l'article 522-3.2 del CCCat previst per a les liquidacions de la possessió, segons el qual «els posseïdors de mala fe han de restituir els fruits que s'han produït a partir del dia en què es va iniciar la possessió de mala fe o bé llur valor, però tenen dret al rescabament de les despeses necessàries que han fet per a obtenir-los», i encara menys l'art. 233-23.2 o l'art. 561-12.1, tots ells del CCCat, en la mesura que: a) existeix una regulació pròpia en l'art. 552 del llibre v del CCCat de les situacions de comunitat, la qual cosa exclouria el recurs a l'analogia *ex art. 4.1 del CC*; i b) tampoc no existiria identitat de raó en la mesura que precisament l'art. 233-23.2 i l'art. 561-12.1 estableixen regles específiques de distribució o imputació de despeses —ni tan sols idèntiques— quant al dret d'ús *exclusiu i excoent que es concedeix legalment o convencionalment i en funció de la concreta causa d'atribució*: en la primera cessió de la possessió material efectiva de l'habitatge familiar al cònjuge no titular com a conseqüència de la crisi matrimonial, no del seu gaudi, i en la segona atribució de l'ús i gaudi (en el sentit de percepció dels fruits) dels béns aliens.

prèvia, que priva el dret de tanteig, o es fa amb un preu o en unes condicions diferents de les notificades.

El TSJC ha tingut ocasió de manifestar-se sobre alguns aspectes de l'exercici del dret de retracte. Primerament, la STSJC del 19 d'abril de 2018 diu:

La institución del retracto legal como recuerda reiterada jurisprudencia de la TS- S. 1ª- como limitación al derecho de propiedad debe ser interpretada restrictivamente —SSTS 2 de abril de 1985 y 22 octubre 2007, entre otras— y ha de ser aplicada en pugna con el de libertad de contratación en forma no extensiva.

Pel que fa als requisits per a exercir el dret de retracte, la Sentència del 30 de juny de 2016 ha confirmat que cal fer la consignació judicial del preu. Aquesta consignació esdevé un requisit de procedibilitat en aplicació de l'article 266.2 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), de manera que si no es materialitza, no s'admet la demanda.¹¹ Pel que fa a la consignació d'altres imports per altres conceptes, com les despeses del contracte, els honoraris del notari, els aranzels del Registre o els impostos, en aquesta sentència el TSJC considera que no és necessària la seva consignació, sinó que basta manifestar en la demanda el compromís del seu reemborsament, i, en darrer terme, caldrà abonar-les al moment d'atorgar l'escriptura pública. Pel que fa al reemborsament de la comissió pagada pel comprador a l'agència immobiliària que va intervenir en la compravenda inicial, la rebutja perquè la considera no justificada, a més d'excessiva. El motiu d'aquesta decisió del TSJC és que no s'ha acreditat que aquestes despeses fossin necessàries ni indispensables per a atorgar la compravenda.

En el cas d'alienació d'una quota indivisa duta a terme en el marc d'una venda global d'actius per un preu total en un procediment concursal, el TSJC ha considerat que la resta de cotitulars no tenen dret d'adquisició preferent:

[...] el objeto de la venta no ha sido dicha finca sino un conjunto de bienes y por un precio total en una venta que podríamos denominar «en globo» de la totalidad de los bienes de la Empresa GRUPO PLAYA SOL, sin que, por tanto, exista una identidad entre la venta y la cosa retraída que forma parte de la explotación

11. L'article 266 de la Llei d'enjudiciament civil estableix quins documents cal aportar juntament amb la demanda:

2.º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

agropecuaria y, a su vez, de una de las seis unidades de negocio en que se agrupan los 115 bienes del citado GRUPO (STSJC de 19 d'abril de 2018).

Un altre tema que ha abordat el TSJC és el del moment per a interposar la demanda de retracte. Ha tractat aquesta qüestió en diferents sentències, com ara la del 29 de setembre de 2016 i la del 9 de gener de 2023.

El *dies a quo* per a exercir l'acció és el dia en el qual la persona que retreu coneix les circumstàncies de la venda i, com a molt tard, passats tres mesos des de la inscripció en el Registre de la Propietat. Així, la STSJC del 9 de gener de 2023 estableix:

El art. 552-4.2 del CCC debe interpretarse en el sentido de que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de retracto de comuneros es el de la inscripción de la venta en el Registro de la propiedad o bien el del conocimiento de las circunstancias de la venta si fuese anterior a la fecha de la inscripción o si la venta no se hubiese inscrito.

Ara bé, el mateix TSJC ha pres en consideració la «cognoscibilitat raonable» i la mala fe en relació amb l'*actio nata* per a modular en cada cas concret la caducitat o no de l'acció de retracte. Així, en un cas de mala fe del transmissor i de l'adquirent, la Sentència del 29 de setembre de 2016 estableix que cal atendre la cognoscibilitat raonable, de manera que l'adquirent de mala fe no pot emparar-se en la data d'inscripció registral com a data d'inici del còmput temporal per a exercir el retracte. Així ho exposa aquesta sentència:

El art. 552-4.2 CCCat cuando computa el inicio del plazo de caducidad a partir de la inscripción registral que no deja de partir de una ficción (que se tiene conocimiento de la venta y de sus circunstancias desde la fecha en que se inscribe la transmisión en el registro) tiene como finalidad (art. 3.1 del CCiv) la seguridad jurídica, esto es, no dejar en suspenso la eficacia de las transmisiones durante un tiempo demasiado largo, para evitar la incertidumbre que generaría para quien adquiere la posibilidad de que, por el ejercicio del derecho de retracto legal se pudiera colocar otro en su posición de adquirente, pero cuando el comprador ha sido cómplice del vendedor para frustrar los derechos del condómino, no puede impedir que el copropietario utilice el mecanismo que la propia ley arbitra como remedio en estas situaciones y que no es otro que el ejercicio del derecho de retracto. Lo contrario comportaría que el Registro de la Propiedad amparase la mala fe probada y declarada, como un apéndice de la publicidad formal que no es sino una exteriorización del acto formal y consiste en la cognoscibilidad potencial para quienes puedan estar interesados. Por ello si por medio del acto transmissivo que tiene acceso al Registro de la Propiedad lo realmente buscado es hacer inefectivos tanto el tanteo como el retracto en contra de la tradición jurídica catalana que bus-

ca la concentración de la propiedad en la comunidad ordinaria indivisa e impedir, de mala fe, el legítimo ejercicio de los derechos que la legislación ha previsto para promover dicha concentración, la consecuencia no puede ser otra que el efectivo ejercicio de los derechos desconocidos. Por todo lo expuesto, debe confirmarse la sentencia recurrida al partir del dato de la notificación como inicio del cómputo de la caducidad.

En la Sentència del 8 de setembre de 2021 s'aborda el supòsit d'una subhasta administrativa. En aquests casos, per al TSJC l'adjudicació provisional no pot suposar l'inici del termini trimestral del retracte perquè no és un títol suficient per a la inscripció, de manera que aquest s'inicia en el moment en què la Tresoreria General de la Seguretat Social notifica al cotitular el certificat d'adjudicació.

RELACIÓ DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA CITADES:

STSJC de l'1 de desembre de 2011; Roj: STSJ CAT 11759/2011
STSJC del 17 de maig de 2012; Roj: STSJ CAT 6309/2012
STSJC del 8 de juny de 2015; Roj: STSJ CAT 6230/2015
STSJC del 22 d'octubre de 2015; Roj: STSJ CAT 11018/2015
STSJC del 30 de juny de 2016; Roj: STSJ CAT 4548/2016
STSJC del 29 de setembre de 2016; Roj: STSJ CAT 8268/2016
STSJC del 10 de novembre de 2016; Roj: STSJ CAT 8297/2016
STSJC del 20 de juliol de 2017; Roj: STSJ CAT 5925/2017
STSJC del 29 de gener de 2018, Roj STSJ CAT 8/2018
STSJC del 19 d'abril de 2018; Roj: STSJ CAT 4986/2018
STSJC del 8 de setembre de 2021; Roj: STSJ CAT 9050/2021
STSJC del 9 de gener de 2023, Roj: STSJ CAT 1764/2023

MISCEL·LÀNIA

JORNADA «PROPIETAT HORITZONTAL I RENOVACIÓ ENERGÈTICA DELS EDIFICIS: EL PROBLEMA DEL FINANÇAMENT»,
COORDINADA PER MIRIAM ANDERSON I ESTHER ARROYO
(UNIVERSITAT DE BARCELONA) I FRANCISCO ECHEVERRÍA
SUMMERS (ECHEVERRÍA & SUMMERS ADVOCATS)

Des de la signatura del Pacte Verd Europeu del 2019, les institucions europees i els governs dels diferents estats membres s'han marcat com a objectiu prioritari el cessament total de l'emissió de gasos amb efecte d'hivernacle per a l'any 2050. A això se suma, ara, que les conseqüències geopolítiques de la invasió russa d'Ucraïna han posat de manifest la importància de reduir la dependència energètica d'Europa respecte de tercers estats. La consecució de tots dos objectius passa per introduir els canvis que siguin necessaris per a optimitzar el consum d'energia en la indústria, en el sector automobilístic i, també, en els edificis d'ús comercial i residencial.

Espanya és el quart país d'Europa amb més habitants que viuen en edificis en règim de propietat horitzontal, i més del 80 % del parc immobiliari residencial del nostre país té una baixa qualificació en eficiència energètica (categories E, F i G). Després de la promulgació del Reglament (UE) 2021/1119, del 30 de juny de 2021, pel qual s'estableix el marc per a assolir la neutralitat climàtica, i tenint en compte la necessitat d'aprofitar els fons Next Generation UE, els legisladors espanyol i català han efectuat algunes reformes tendents a facilitar la millora de l'eficiència energètica dels immobles. El passat 15 de juny, la Jornada «Propietat horitzontal i renovació energètica dels edificis: el problema del finançament», celebrada en el marc del projecte «La reforma del crèdit immobiliari: cap a un mercat europeu sostenible, inclusiu i digital» (ref.: PID2021 -127197NB-I00; investigadores principals: Miriam Anderson i Esther Arroyo), va abordar l'anàlisi de les darreres modificacions de la normativa sobre la propietat horitzontal destinades a facilitar la millora de l'eficiència energètica dels edificis residencials.

El primer ponent, Josep Sandiumenge Farré (Universitat Pompeu Fabra) va centrar la seva intervenció en els dubtes que suscita la modificació recent de la normativa sobre adopció d'acords en edificis en règim de propietat horitzontal i, en particular, en les limitacions de despesa que la normativa estableix respecte dels acords destinats a la millora de l'eficiència energètica de l'edifici (art. 553-30.4 del Codi civil de Catalunya [CCCat] i 17 de la Llei 49/1960, del 21 de juliol, sobre la propietat horitzontal [LPH]). El ponent va valorar positivament que el legislador hagi tingut en compte la dificultat que pot suposar, per a alguns propietaris, haver de fer front a les despeses que comporta la renovació energètica del bloc d'habitatges; però també va manifestar que el legislador ha obviat precisar què passa quan l'acord superi els límits previstos. Ara per ara, s'especula sobre si en aquest cas l'acord vincula els propietaris

dissidents fins a la xifra màxima prevista en la llei o si, en canvi, l'acord és impugnoble pels veïns que s'hi hagin mostrat disconformes.

Finalment, Sandiumenge va assenyalar la possibilitat que les comunitats de propietaris puguin actuar en el mercat amb plena capacitat jurídica en totes les operacions relacionades amb la conservació, la rehabilitació i la millora dels edificis, incloent-hi les de caràcter creditici (art. 9 de la Llei del sòl i la rehabilitació urbana).

A això es va referir també M. Carmen González Carrasco (Universitat de Castella-la Manxa), que va destacar que la norma pretén simplificar la constitució dels anomenats *crédits verds*. Precisament per a facilitar que la comunitat tingui prou recursos per a afrontar aquestes millores i per a demostrar solvència creditícia, la nova redacció de l'article 21 LPH preveu ara que la junta pugui adoptar «mesures dissuasives» contra els propietaris morosos. La ponent va criticar la deficient tècnica legislativa del precepte, ja que, en lloc d'establir una llista taxada, senzillament exigeix que les mesures adoptades no siguin «abusives» ni «desproporcionades», cosa que pot donar lloc a múltiples contenciosos. Així mateix, va destacar que, tot i que la norma preveu que aquestes mesures dissuasives es puguin incloure en els estatuts, no obstant això no precisa si, en el cas que no sigui així, afecten també l'adquirent successiu de l'immoble afectat.

El notari Ángel Serrano de Nicolás va parlar sobre les dificultats amb què es pot trobar la comunitat de propietaris a l'hora de sol·licitar finançament a les entitats bancàries. Va exposar que una de les possibles barreres a la concessió de finançament pot derivar del fet que l'entitat financera exigeixi que tots els propietaris responguin solidàriament del deute adquirit, cosa que, naturalment, pot generar reticències entre alguns veïns. També va aventurar que, segurament, la majoria dels préstecs no disposaran d'una garantia real hipotecària, ateses les dificultats que això comporta en un context en què els elements comuns no poden ser gravats amb una hipoteca.

Així ho va confirmar després Xavier Iniesta Torres, advocat de l'assessoria jurídica de CaixaBank i responsable de Negoci Hipotecari Retail de l'entitat, que va emfatitzar que la immensa majoria dels préstecs que es concediran seran de caràcter personal, amb la possibilitat que, en determinats casos, es constitueixin garanties reals accessòries de caràcter pignoratiu que recaiguin sobre els saldos de comptes corrents de la comunitat, sobre els fons de reserva d'aquesta o sobre els drets de crèdit davant dels comuns. A més, també va insistir en la importància del fet que la jurisprudència del Tribunal Suprem atribueixi a les comunitats de propietaris la condició de consumidor, cosa que contribuirà que aquestes siguin objecte d'una tutela especial.

Posteriorment, la registradora Paloma Torres Amate va abordar les garanties que actualment es poden constituir en l'àmbit de les obres de millora de l'eficiència energètica. Com els ponents anteriors, va destacar que la garantia hipotecària presenta diversos inconvenients. El primer deriva del principi registral de prioritat. Molts dels habitatges ja estan hipotecats actualment, per la qual cosa els prestadors són reticents a atorgar un segon préstec hipotecari. Un altre dels problemes és l'eventual execució

hipotecària: caldria iniciar-ne una per cada propietari que no pagués. Aquests obstacles només podrien ser superats amb una modificació de l'ordre de prelació que privilegiés els crèdits concedits per a millorar l'eficiència energètica de l'edifici i una reforma de la regulació processal que permetés acumular processos d'execució hipotecària.

Paloma de Barrón Arniches (Universitat de Lleida) va plantejar la possibilitat que el dret d'opció de compra (art. 568-8 i seg. CCCat) pugui conformar una garantia real alternativa a la hipoteca. Va indicar que l'opció de compra és idònia per a delimitar la responsabilitat del deutor sobre un bé concret sense vulnerar la prohibició del pacte comissori (art. 1859 del Codi civil espanyol) gràcies al pacte marcià, en què les parts determinen quins criteris de valoració s'han de seguir en l'exercici de l'opció de compra per a evitar l'enriquiment injust del creditor.

L'advocat Josep Maria Espinet Asensio va afirmar que és imperatiu convertir el fons de reserva en un instrument útil que pugui servir com a garantia pignorativa per al creditor que proporciona el finançament necessari per a emprendre les millores d'eficiència energètica, però Enrique Vendrell Santiveri, expresident del Col·legi d'Administradors de Finques de Barcelona-Lleida, que va destacar àmpliament els avantatges de la legislació catalana, va exposar que no hi està d'acord perquè entén que el fons de reserva no es va crear per a garantir les obligacions de la comunitat, sinó per a fomentar l'estalvi en les comunitats de propietaris.

La Jornada va concloure amb la intervenció de Francisco Echevarría Summers (advocat i professor de la Universitat de Barcelona), qui va remarcar que si bé és imprescindible adequar els edificis als nous estàndards energètics, això no pot derivar en una situació de sobreendeutament dels propietaris. Les entitats bancàries tenen el deure de desviar els fluxos de capital cap a unes inversions que, sens dubte, contribueixen a aconseguir objectius d'interès general i impulsen la sostenibilitat energètica. Precisament per això ho han de fer de manera que fomentin un consum responsable, sostenible i inclusiu. Aquest és un objectiu compartit ara per la majoria dels països europeus. Per aquesta mateixa raó, es va planificar la celebració, l'endemà, d'una conferència internacional que va fomentar el debat jurídic entre acadèmics de tot el continent.

Enrique Peruga Pérez

Investigador predoctoral en dret civil (AGAUR FI)

Universitat de Barcelona

CONFERÈNCIA INTERNACIONAL «RENOVATION WAVE FOR EUROPE: MEPS, GREEN MORTGAGES AND MULTI-UNIT BUILDINGS», COORDINADA PER MIRIAM ANDERSON I ESTHER ARROYO (UNIVERSITAT DE BARCELONA)

Com a continuació de la jornada celebrada el dia anterior, la conferència internacional «Renovation wave: MEPS, green financing and multi-unit buildings», celebrada el 16 de juny de 2023, va permetre posar en comú els diferents escenaris legals, econòmics i financers que caldrà afrontar per a adaptar el parc immobiliari europeu als objectius de neutralitat climàtica. Van participar en l'esdeveniment, organitzat en el marc del projecte «La reforma del crèdit immobiliari: cap a un mercat europeu sostenible, incliusiu i digital» (ref.: PID2021 -127197NB-I00; investigadores principals: Miriam Anderson i Esther Arroyo), acadèmics d'Anglaterra, Escòcia, els Països Baixos, Bèlgica i Espanya.

La primera intervenció, a càrrec de Susan Bright (Universitat d'Oxford) i David Weatherall (Future Climate), va analitzar l'impacte de les regulacions MEES (normes mínimes d'eficiència energètica, de l'anglès *minimum energy efficiency standards*) a Anglaterra i Gal·les. Els ponents van destacar els esforços del Govern del Regne Unit per a avançar cap a la descarbonització dels immobles i, molt en particular, dels habitatges oferts en el mercat lliure de lloguer. Des del 2018 estan en vigor mesures de compliment obligatori (*positive obligations*) per als arrendadors que havien de procurar que els seus habitatges arribessin com a mínim a un certificat energètic de nivell E l'any 2020. No obstant això, les mesures adoptades han provocat un resultat negatiu, ja que s'ha reduït el nombre d'habitatges de lloguer. A més, des del 2018 només s'han emès catorze notificacions de procediment sancionador, fet que demostra la incapacitat de l'Administració per a vetllar pel compliment efectiu de les obligacions. Es calcula que actualment almenys dos-cents mil habitatges oferts en el mercat tenen encara les qualificacions energètiques més baixes (F i G), cosa que té un cost enorme en termes de despeses del servei públic de salut britànic, atès el gran nombre de persones que encara viuen en habitatges freds i humits i que es troben en situació de pobresa energètica. A hores d'ara, s'ha proposat establir obligacions positives d'abast més ampli, de manera que els arrendadors hagin d'adaptar els seus habitatges perquè arribin, com a mínim, als nivells mitjans d'eficiència energètica (qualificacions E, D o superiors). Tot i que la regulació encara no ha estat promulgada, molts propietaris s'han avançat al legislador i han començat a adaptar els seus habitatges *motu proprio*.

Sarah Nield (Universitat de Southampton) va destacar la important càrrega financera que suposarà per als ciutadans britànics l'adaptació dels edificis residencials, ja que el parc immobiliari del Regne Unit és un dels més antiquats i ineficients de tot Europa: dos terços dels habitatges tenen qualificacions energètiques D, E, F o G. S'estima que el cost global de la reforma dels habitatges per a assolir un nivell

d'eficiència C ascendirà a 249,5 bilions de lliures esterlines. Per tant, les subvencions governamentals tindran una importància fonamental en la consecució dels objectius de descarbonització. El Govern haurà d'afrontar aquesta càrrega i, alhora, efectuar l'actualització necessària de la xarxa elèctrica nacional.

La ponent també va ressenyar l'important paper que hi tindran les entitats financeres britàniques, que ja estan treballant per a identificar els principals obstacles, entre els quals hi ha, a més de la ja assenyalada antiguitat dels habitatges, la manca d'informació a disposició dels consumidors i les dificultats logístiques i de cadena de subministrament (preexistents, però agreujades com a conseqüència del Brexit). Nield va posar èmfasi en el fet que cal assegurar que el finançament, tant el públic com el privat, arribi a les mans dels ciutadans més vulnerables, particularment en l'actual escenari de constant increment dels tipus d'interès i del cost de la vida.

Frankie McCarthy (Universitat de Glasgow) també es va referir a aquesta última qüestió i va assenyalat que molta gent no podrà fer front a aquestes «positive obligations» atesa la seva precària situació econòmica. La ponent forma part de la Scottish Law Commission i va assenyalat que l'any 2033 és l'horitzó en què la majoria d'habitatges d'Escòcia haurien d'assolir el nivell C d'eficiència energètica. La regulació escocesa s'enfronta a certs esculls derivats de la idoneïtat de la normativa sobre edificis d'apartaments i hi ha dificultats materials per a establir quins edificis són «tenement buildings». A més, la legislació d'Escòcia no reconeix una figura anàloga a la comunitat en règim de propietat horitzontal. Per això, per exemple, el terreny que circumda l'edifici i els jardins es considera titularitat dels habitatges situats a la planta baixa; el terrat del bloc és propietat dels pisos més alts, i els murs externs del bloc són propietat individual de cadascun dels pisos per seccions. McCarthy va afirmar que part de les propostes del grup d'experts exigeixen l'establiment obligatori d'una «owners' association» que serviria per als mateixos propòsits que la comunitat de propietaris en règim de propietat horitzontal del dret espanyol.

Björn Hoops (universitats de Groningen i de Torí) va exposar algunes de les mesures del Govern neerlandès en relació amb la renovació de la infraestructura energètica del parc immobiliari. El passat 1 de gener de 2023 tots els immobles destinats a oficines havien d'haver aconseguit un certificat energètic de nivell C. En cas d'incompliment d'aquesta «positive obligation», les autoritats poden prohibir l'ús de l'espai afectat com a oficina. Hoops va insistir que és imperatiu que les obligacions positives siguin proporcionals des del prisma dels drets fonamentals. És evident que l'autonomia del propietari ja no és suprema perquè a Europa la propietat privada està subordinada a l'interès general i també compleix una funció social. Tot i això, és imprescindible que la restricció d'aquesta autonomia sigui previsible, que es faciliti un període de transició per a l'adaptació a les noves exigències legals i que, en la mesura que es pugui, l'impacte financer net de la inversió en millora de l'eficiència energètica sigui neutra. Un dels paràmetres essencials que cal tenir en compte és la possibilitat d'amortitzar la inversió en un termini raonable. El ponent també va assenyalat que

la legislació dels Països Baixos no aborda els conflictes que pot generar el fet que en un mateix edifici coexisteixin habitatges, comerços i locals d'oficines, i que només aquests últims estiguin subjectes a les obligacions positives esmentades.

Contribueix a aquesta problemàtica, a més, l'estat actual de la normativa sobre la propietat horitzontal neerlandesa. Yassine Hasnaoui (Universitat de Groningen) va explicar que aquesta normativa es va aprovar durant la dècada dels seixanta i que un dels seus principals objectius era ser molt respectuosa amb l'autonomia de cada comunitat de propietaris per a fixar les seves pròpies normes reguladores. Tot i això, aquesta llibertat ha acabat tenint un efecte pervers perquè molts estatuts de les comunitats de propietaris estableixen la necessitat d'adoptar els acords sobre reformes per unanimitat. Això és aprofitat per alguns propietaris per a impedir la modificació dels estatuts o per a exigir certa quantitat de diners a canvi del seu vot favorable. Irònicament, la flexibilitat concedida pel legislador neerlandès del segle xx s'ha acabat convertint en un inconvenient sobrevingut per al legislador del xxi.

Bèlgica planteja el principal problema de la descoordinació entre les autoritats de les diferents regions del país (Flandes, Valònia i la ciutat de Brussel·les). Així ho va explicar Johann Vannerom (Universitat Erasmus de Rotterdam), qui va destacar que, per exemple, cadascuna d'aquestes tres regions estableix uns estàndards diferents per als diferents nivells del certificat d'eficiència energètica. Des de la regió de Flandes, Dorothy Gruyaert (Universitat Catòlica de Leuven) va oferir algunes pinzellades sobre les obligacions positives imposades pel govern regional. Va explicar que la nova regulació és aplicable a tots els adquirents d'un bé immoble, amb l'excepció dels adquirents *mortis causa*. Els propietaris que ara adquireixin un habitatge hauran de fer-hi les millores necessàries perquè aquest aconseguixi un certificat energètic de nivell D en un termini de cinc anys. Aquestes obligacions positives aniran augmentant i tornant-se més estrictes amb el pas del temps, d'acord amb la proposta de revisió de la Directiva (UE) 2010/31, d'eficiència energètica dels edificis. Tot i això, Gruyaert va criticar que les noves obligacions positives només afectin els nous adquirents i no, en canvi, els propietaris que arrenden un habitatge. Va afirmar que potser el Govern de Flandes s'hauria d'inspirar en les propostes normatives angleses exposades per Bright i Weatherall.

Tant Vannerom com Gruyaert van assenyalar que la normativa belga no ofereix una definició dels préstecs que constitueixen «green mortgages», i van posar el focus en la necessitat d'evitar que els nous objectius de sostenibilitat energètica comportin un sobreendeutament de la ciutadania. També van augurar la capital importància de les entitats bancàries en el finançament de les millores d'eficiència energètica, ja que són les que han d'exercir el control de la capacitat creditícia dels consumidors. Precisament en representació del sector bancari va intervenir Leonor Pilar Echevarría, cap d'Assumptes Públics Europeus de CaixaBank i directiva de la delegació de l'entitat a Brussel·les, que es va preguntar si els objectius fixats per la Comissió Europea són realment assolibles, alhora que va afirmar que l'entitat té la intenció d'esdevenir un

banc líder en matèria de préstecs verds. Va apuntar que la propera modificació de la Directiva (UE) 2014/17, sobre els contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a adquirir béns immobles d'ús residencial, ha d'incloure una definició d'*hipoteca verda* o *green mortgage* i que la regulació ha de permetre un cert marge de llibertat a les entitats per a crear i comercialitzar productes, ja que una definició massa estricta podria esdevenir un obstacle.

La ponència d'Isabel Viola Demestre (Universitat de Barcelona) va posar en relleu els avantatges de la mediació i dels mitjans alternatius de resolució de conflictes en les disputes que la transició verda pugui generar dins de les comunitats de veïns. Entre aquests avantatges hi ha la flexibilitat, la possibilitat de trobar solucions constructives on ningú se senti la part perdedora de la negociació, i l'evitació dels costos econòmics i emocionals que deriven de tot procés judicial. En particular, va destacar que en algunes ciutats espanyoles, com Bilbao, Sabadell i Santa Coloma de Gramenet, ja s'ha posat en marxa un programa pilot que ha introduït la figura del mediador en totes les juntes de propietaris en les quals s'ha d'arribar a acords sobre la renovació de l'edifici.

Rosa María García Teruel (Universitat de Barcelona) va tractar la problemàtica des del punt de vista de la relació asimètrica entre arrendataris i arrendadors. A Espanya normalment és l'arrendatari qui fa front al pagament de les factures d'aigua, llum i gas. Tot i això, aquest no té cap poder de decisió sobre les reformes que cal dur a terme a l'edifici. La ponent va afirmar que el més probable és que el propietari no vulgui executar-les si la legislació no l'hi obliga. I, de la mateixa manera, si l'arrendatari no té una vinculació a llarg termini amb l'habitatge, no voldrà suportar els inconvenients que deriven de l'execució de les obres de millora. Per tant, és important que el legislador equilibri acuradament els interessos de les dues parts. Aquesta necessitat d'equilibri es predica també del possible increment de la renda un cop s'hagin fet les obres de millora de l'eficiència energètica. Sobre aquesta qüestió, García Teruel va destacar que les normatives portuguesa, italiana i grega no permeten aquest increment, però, en canvi, sí que ho fan les legislacions alemanya i francesa.

Finalment, Elena Sánchez Jordán (Universitat de La Laguna) va oferir una visió transversal de la problemàtica a escala europea. Va indicar que la despesa energètica del parc immobiliari europeu representa un 40 % del consum energètic de la Unió i que entre el 60 % i el 70 % d'aquesta energia s'empra en calefacció i escalfament d'aigua corrent. També va afirmar que, malgrat que les institucions europees han establert uns objectius clars, la implementació de les mesures i del finançament públic emanats de Brussel·les i dirigits als diferents estats membres genera seriosos dubtes. Els estats han d'adoptar totes les mesures necessàries per a assegurar que les ajudes estatals arriben a les mans dels més vulnerables, incloent-hi la promoció d'uns tipus d'interès més baixos en l'àmbit del finançament privat. La ponent va criticar que, actualment, els tipus d'interès dels «préstecs verds» oferts per les entitats bancàries espanyoles amb prou feines són entre un 0,1 % i un 0,3 % més baixos que els dels que no es comercialitzen com a sostenibles.

Finalment, Sánchez Jordán va concloure que la consecució dels objectius perseguits únicament es podrà assolir si es fa un ús simultani i ponderat dels instruments que ofereixen el dret públic i el dret privat. Sens dubte, la conferència va demostrar que els poders públics s'han de basar en els instituts de dret civil a l'hora d'implantar les mesures que ens han de portar a la consecució de la transició verda i va evidenciar que l'intercanvi d'idees entre els acadèmics de tot Europa és un pilar fonamental per al progrés jurídic, econòmic i social del continent.

Enrique Peruga Pérez

Investigador predoctoral en dret civil (AGAUR FI)

Universitat de Barcelona

RESEÑA DE LAS XXII JORNADAS DE DERECHO CATALÁN EN TOSSA DE MAR «LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA»

Los días 21 y 22 de septiembre de 2023 se celebraron, en la Sala Trinquet del edificio La Nau, las XXII Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar, organizadas por el Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universidad de Gerona en colaboración con el Ayuntamiento de Tossa de Mar y dedicadas a la aplicación del Código civil de Cataluña.

Las Jornadas se dividieron en dos bloques temáticos: el primero, relativo al papel de la jurisprudencia en el derecho civil catalán actual; y el segundo, dedicado a la aplicación judicial del Código civil de Cataluña, que se dividió a su vez en cuatro sesiones, dedicadas a los libros primero, segundo, cuarto y quinto del Código, y una última ponencia de clausura, relativa al libro sexto.

La conferencia que dio apertura a las Jornadas, «El rol de la jurisprudència: tradició i dret català contemporani», estuvo a cargo de Jesús Delgado Echevarría, catedrático de derecho civil de la Universidad de Zaragoza. En su intervención, el ponente analizó, por un lado, cómo se concebía la jurisprudencia en la Cataluña de los siglos XIX y XX y, por el otro, cómo era en esos años la relación entre la doctrina de los jueces y la doctrina de la academia. A partir de la concepción de la jurisprudencia como ciencia del derecho, que Gómez de la Serna enunciara ya a finales del siglo XIX, Delgado estudió el recorrido histórico del concepto y de su progresiva ampliación hasta alcanzar su sentido actual de decisiones reiteradas del Tribunal Supremo. Desde esta noción, el ponente analizó el papel de José María Planas i Casals en su atención a la pequeña jurisprudencia, y su importante labor al presidir la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona y al fundar la *Revista Jurídica de Catalunya* con la clara voluntad de publicar en ella las sentencias que fuese dictando la Audiencia Provincial de Barcelona (APB). Remarcó, igualmente, la gran tarea que a juicio de Planas i Casals desempeñaban los académicos en la época y cómo sus opiniones muchas veces servían de fundamento a las decisiones de los tribunales, por lo que ambos elementos se confundían y formaban parte de la legislación catalana de la época. También recordó que Planas i Casals ponía en tela de juicio la labor unificadora del Tribunal Supremo por medio del recurso de casación al olvidar muchas veces las peculiaridades de los territorios con derecho civil propio, como era el caso de Cataluña. El ponente concluyó recordando que, en la actualidad, la labor de los tribunales no es interpretar exclusivamente las leyes estatales, sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos, el derecho dictado por la Unión Europea y, por supuesto, el derecho propio en las regiones que disponen de él, lo que debe llevar, a su juicio, a otorgar un mayor valor del que es habitual a las decisiones adoptadas por las diferentes audiencias provinciales.

La segunda ponencia, «La creació de la norma jurisprudencial i els TSJ», estuvo a cargo de Francisco de Paula Blasco y Gascó, catedrático de derecho civil de la Universidad de Valencia. El ponente analizó la definición de *jurisprudencia* que desde 1974 incluye el Código civil español en su artículo 1.6 y dedicó una atención especial a las expresiones «de modo reiterado» y «complementarán el OJ», así como a la referencia que contenía la exposición de motivos de la norma que modificó el título preliminar del Código civil a que la jurisprudencia tendría «cierta trascendencia normativa». Entendió el ponente, sin embargo, que estas características, que se repiten continuamente como un mantra, son insatisfactorias. Así, recordó que cualquier sentencia, con independencia del tribunal del que emane, realiza dos funciones clave: la de determinar una regla de conducta heterónoma, individualizada y a la que los sujetos en el litigio deben subordinar su conducta, y la de interpretar el precepto que va a aplicar para resolver ese conflicto, por lo que integra la norma, pero no se integra en la norma, es decir, le da forma sin formar parte de ella. De esta manera, la interpretación que hacen el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia se adhiere a la norma jurídica, lo que implica que la norma no está conformada únicamente por lo que dice el precepto, sino también por la interpretación que del mismo han hecho los tribunales, lo que les otorga «cierta trascendencia normativa». Consideró así el ponente que, desde esta perspectiva, oponerse a la jurisprudencia en casación es en realidad oponerse a cómo ese concreto tribunal interpreta la norma, pero sin poder olvidar que el propio recurso precisamente le permite separarse de la interpretación que ha venido sosteniendo; cambio que, además, se puede haber producido hasta varias veces entre que se presenta y se resuelve el recurso. Finalmente, el ponente se centró en analizar el funcionamiento de las relaciones entre las interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo y las de los tribunales superiores de justicia, y concluyó que es posible que ante un tribunal se pueda alegar la doctrina jurisprudencial de otro tribunal en aquellos casos en los que el tribunal ante el que se recurre tenga que aplicar normas que ya han sido interpretadas por ese otro tribunal, pero debiendo tener en cuenta que si un tribunal no está vinculado por su doctrina, mucho menos lo estará por la de otro.

Ya en la sesión de la tarde, la tercera intervención, titulada «La sentència del tribunal d'instància com a pressupòsit cassacional: sil·logisme jurídic versus cercle decisonal», estuvo a cargo de Javier Pereda Gámez, magistrado presidente de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Barcelona. El ponente partió de la consideración de la sentencia de la Audiencia Provincial como el objeto casacional (y, eventualmente, casacionable), de manera que la labor del tribunal superior de justicia consiste precisamente en diseccionar la referida sentencia para valorar si la misma infringe una norma legal o la jurisprudencia del tribunal de casación. A continuación, el ponente desarrolló, partiendo de las ideas de Kolb, una serie de silogismos que configuran el proceso de análisis circular que debe llevar a cabo el juzgador a la hora de dictar sentencia, y las diversas fases que componen este proceso: prueba, deliberación, interpretación y decisión. En segundo lugar, analizó qué elementos de cada una de

estas fases podían y debían ser controlados por el tribunal de casación, y cuáles quedaban ajenos a su control por constituir funciones propias de la audiencia provincial, que se configuraba, así, como un tribunal con funciones de creación jurisprudencial y defensa de los valores, la ética y las leyes, y no como un mero corrector de errores. Concluyó el ponente que si bien el reciente Real decreto ley 5/2023, de 28 de junio, afecta al recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) y obligará a reformar la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña, también confirma la consideración de la doctrina jurisprudencial como un referente normativo y visibiliza la prohibición de la casación por error en la valoración de los hechos o la prueba.

La cuarta intervención del día correspondió a Joaquim Bayo Delgado, abogado y exmagistrado de la Sección Doceava de la Audiencia Provincial de Barcelona, quien pronunció la disertación «Tècnica cassacional i accés al TSJC». El ponente, tras recordar la reciente aprobación del Real decreto ley 5/2023, de 28 de junio, y sus efectos sobre el recurso de casación, manifestó que esta nueva regulación estatal se asemeja enormemente a la contenida en la normativa catalana, de modo que el hecho de que la casación catalana se encontrara inmersa en la casación estatal (esto es, la necesidad de aplicar la legislación catalana en la materia dentro del marco de la Ley de enjuiciamiento civil) hacía que la problemática tradicional de la casación desapareciera. El ponente también repasó los diferentes cambios que se han introducido en la regulación del recurso de casación y en qué medida tales cambios se corresponden o no con el texto del proyecto estudiado inicialmente. Finalmente, recalcó la caótica técnica legislativa del Real decreto ley 5/2023, que no deroga los artículos 468-476, 488 y 489 de la Ley de enjuiciamiento civil ni la disposición final decimosexta (que condiciona el recurso por infracción procesal a la admisión del recurso de casación por interés casacional), por lo que se deben entender tácitamente derogados por aplicación de la disposición derogatoria y, con ello, debe permitirse que el recurso por infracción procesal y el recurso de casación por interés casacional puedan discurrir en paralelo.

Dentro ya del segundo bloque temático de las Jornadas, la quinta intervención del primer día, «Principals línies jurisprudencials en matèria de prescripció i caducitat», a cargo de Fernando Lacaba Sánchez, magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJC y expresidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, abrió la sesión dedicada al libro primero del Código civil de Cataluña. El ponente puso de manifiesto que el derecho civil catalán ha tenido siempre una regulación propia de la prescripción y la caducidad, que se vio actualizada con la entrada en vigor del libro primero del Código civil de Cataluña. A partir del comentario de numerosas sentencias del TSJC, el ponente hizo un recorrido por algunos de los elementos más relevantes del régimen jurídico de la figura, desde la viabilidad de aplicar la normativa a materias que no estuvieran reguladas por el derecho civil catalán, hasta la imprescriptibilidad de las acciones declarativas, pasando por la determinación del *dies a quo* de la prescripción y los problemas derivados de la interrupción y suspensión del plazo. Finalmente, el

ponente analizó brevemente varias sentencias que resolvían supuestos concretos de aplicación del régimen de la prescripción en materia de censos, servidumbres o enriquecimiento injusto, entre otros, con especial atención a las recentísimas sentencias de 12 de abril y 23 de junio de 2023.

La última ponencia del primer día, a cargo de Sonia Ramos González, profesora agregada de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, llevaba por título «Els problemes d'aplicació de les normes del CCCat en matèria de prescripció i caducitat». La ponente analizó, a partir del análisis de la jurisprudencia del TSJC y de las audiencias provinciales de Cataluña, fundamentalmente tres problemas. En primer lugar, si el término regulado en el Código civil catalán se puede o no aplicar a relaciones jurídicas que están sometidas al derecho civil estatal, de manera que el Código civil estatal entra en escena a veces como derecho supletorio, a veces como derecho de aplicación directa. A su juicio, la preferencia del término de prescripción catalán no se ve afectado porque el derecho estatal tenga que regular la cuestión material. En segundo lugar, analizó la existencia de tribunales que han aplicado el término de prescripción catalán a cuestiones reguladas por normativa estatal no civil. A este respecto, la ponente puso de manifiesto la inexistencia de un criterio unánime entre las distintas audiencias provinciales catalanas, de modo que existen pronunciamientos que entienden que es aplicable y otros que consideran que las materias están fuera de la competencia autonómica y, por tanto, deberá aplicarse el Código civil estatal. Sin embargo, Ramos considera que ese criterio no es válido porque lo que debe aplicarse supletoriamente es el derecho civil general, y tan general es el derecho civil estatal como el derecho civil catalán, por lo que deberían aplicarse con carácter supletorio en aquellas materias las reglas de los artículos 121-1 a 122-5 del Código civil catalán. Y, en tercer lugar, la ponente analizó la manera en la que el TSJC ha interpretado el *dies a quo* del plazo (con especial referencia a la Sentencia 50/2022), sobre todo respecto al criterio del conocimiento razonable de los elementos de la pretensión. Finalmente, concluyó que las relaciones entre el derecho civil catalán y el derecho civil estatal deben regirse de acuerdo con un criterio de competencia, y no de especialidad, y deben distinguirse aquellos casos en los que el derecho estatal regule una materia de manera directa, por existir competencia exclusiva del Estado, de aquellos otros en los que la regule de manera supletoria, casos en los que debe darse preferencia a la aplicación supletoria del propio derecho civil catalán.

El primer día terminó con la presentación de cuatro comunicaciones: Tomàs Gabriel García-Micó, investigador postdoctoral SECTI de la Universidad de Barcelona, presentó «La prescripció de la pretensió al pagament de les despeses de la comunitat de propietaris»; Rosa M. García Teruel, profesora lectora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, lo hizo con «Desheretament per absència de relació familiar: la interpretació de les audiències provincials de Barcelona i Tarragona»; Guillem Izquierdo Grau, profesor lector Serra Húnter de la Universidad Autónoma de Barcelona, con «Barreres arquitectòniques i comunitats de propietaris: anàlisi de l'aplicació

judicial de l'art. 553-25.5 CCCat»; y Roger Barat i Rubio, investigador predoctoral de la Universidad Pompeu Fabra, cerró el día con «L'aplicació del règim de la conformatat del Codi civil de Catalunya per les audiències provincials».

El segundo día de las Jornadas se inició de la mano de María Eugenia Alegret Burgués, magistrada de la Sala Civil y Penal del TSJC, quien ya en la sesión dedicada al libro segundo del Código civil de Cataluña desarrolló la ponencia «La jurisprudència sobre el llibre segon del CCCat». La ponente comenzó indicando la gran importancia que el derecho de familia tiene en la jurisprudencia del TSJC, con casi dos terceras partes de las más de quinientas sentencias dictadas por la Sala Civil y Penal de dicho tribunal, y la trascendencia que se deriva de la propia jurisprudencia, por su capacidad para promover la modificación legislativa. La magistrada hizo entonces un recorrido por diversos aspectos propios del derecho de familia en su tratamiento jurisprudencial, como es el relativo a las instituciones de protección de la persona, sobre la base de la Sentencia del TSJC 52/2023, en la que se examina el nuevo paradigma en relación con la aplicación del artículo 12 de la Convención de Nueva York y la necesidad de tener en cuenta los deseos de la persona con discapacidad, se analizan las diferencias entre la curatela y la asistencia, y se casa la sentencia de la Audiencia Provincial que había nombrado curadora a una fundación cuando no se había demostrado que existiera conflicto de intereses entre uno de los hermanos y la persona con discapacidad (el conflicto de intereses existía entre los hermanos entre sí, pero no en relación con la persona con discapacidad). A continuación, la ponente habló respecto de la protección de menores y la necesidad de no comparar familias biológicas y familias adoptivas por la existencia de numerosos factores que las diferencian. Igualmente, analizó varias sentencias relacionadas con el régimen económico matrimonial, especialmente respecto a los pactos referentes a las crisis que puedan sufrir (y la necesidad de garantizar que el consentimiento a esos pactos sea el adecuado ofreciendo a las partes una información previa fiel, suficiente y asesorada), y con la liquidación del régimen de separación de bienes (cuya finalidad, recordó, no es equilibrar patrimonios, sino tener en cuenta el hecho de que durante el matrimonio una de las partes se ha dedicado a trabajar en él, y no fuera), cuyas reglas de cálculo son complejas (cómo deben computarse los bienes que pasan a ser privativos, qué pasa con las plusvalías o los planes de pensiones o qué hacer con los inmuebles que se compran entre ambos pero solo paga uno de los cónyuges). Finalmente, la ponente analizó también varias sentencias en materia de los efectos de la nulidad, la separación o el divorcio, especialmente respecto del sistema de custodia compartida, sin perjuicio de la necesidad de analizar caso por caso en aquellos supuestos en los que se considera que este sistema puede no ser el más adecuado (distancia, facilidad de las comunicaciones, uno de los progenitores se marcha a otra región o a otro país), así como respecto de los alimentos o la necesaria atribución (siempre) temporal del domicilio familiar.

A continuación, Albert Lamarca i Marquès, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, hizo la disertación titulada «Adquisicions oneroses i

titularitats dels cònjuges en el règim de separació de béns i dels convivents en parella estable». El ponente recordó que la separación de bienes constituye un régimen general (ajeno, por tanto, a la posible estrategia de los cónyuges) que se regula por un legislador (el catalán) que no tiene competencia plena (no la tiene mercantil, tampoco procesal, etc.). Indicó igualmente que este régimen se rige por tres principios fundamentales: el de igualdad, el de libertad y el de equidad. Y, a continuación, se centró en los casos en los que uno de los cónyuges es propietario de un inmueble que está pagado parcialmente al celebrarse el matrimonio y que se termina de pagar a medias una vez conformada la unión, por lo que se cuestionó si el derecho catalán contiene alguna pretensión real u obligacional que le permita resolver esos casos y encontró una respuesta afirmativa en el régimen de las adquisiciones onerosas. El ponente recordó que algunas sentencias iniciales entendían que lo que se producía en estos supuestos era un préstamo entre cónyuges, pero en la actualidad el problema viene resuelto por el artículo 232-3 CCCat, que entiende que una cosa es la propiedad del inmueble (que es de su titular) y otra muy diferente es el dinero que se usa para pagarlo —que, en caso de que sea abonado por el otro cónyuge, constituye una donación—. El ponente analizó entonces qué sucede si, en estos casos, el cónyuge que ha pagado alega que no se trata de una donación, sino de un préstamo o, por aplicación del artículo 1145 CC, de un supuesto de deudores solidarios. Consideró, a estos efectos, que el Código civil catalán introduce en el párrafo segundo del artículo 232-3 CCCat una presunción de copropiedad de los cónyuges si no existe una prueba de titularidad formal exclusiva, lo que ha sido entendido por la jurisprudencia como un supuesto de comunidad *ex lege*. Finalmente, el ponente, tras excluir de dicho régimen el ámbito de las cuentas corrientes (pues no existe adquisición onerosa, sino depósito, salvo que el dinero en la cuenta se use para adquirir deuda pública o fondos de inversión, entre otros), analizó la negativa de los jueces a permitir que se discuta sobre la titularidad y la división de los bienes en el mismo procedimiento de divorcio, lo que obliga a que se dilucide en un pleito independiente. Concluyó el ponente que este problema constituye un fenómeno puntual en un régimen de separación de bienes que funciona bien pero que plantea muchos problemas prácticos que deberían implicar, bien una reconducción de la jurisprudencia, bien un cambio de la ley.

En tercer lugar intervino, con la comunicación encargada «L'actualització del dret de filiació a la llum de la jurisprudència», Esther Farnós Amorós, profesora *tenu-re track* de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra. La comunicante analizó varias sentencias e interlocutorias de las audiencias provinciales catalanas y de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictadas en aplicación de las normas en materia de filiación contenidas en el libro segundo del Código civil catalán, todas ellas sobre materias de gran interés teórico-práctico, como, por ejemplo, la posibilidad de excepcionar la vía previa del reconocimiento en determinados casos (como cuando resulta probado que existían problemas en la relación entre los progenitores que abocaban al fracaso el intento de reconocimiento extrajudicial previo)

sobre la base del principio *favor filii* (con el objetivo de intentar reducir el número de procedimientos al que se ve sometido el menor). La comunicante analizó también las consecuencias de una declaración de paternidad sobrevenida en los apellidos del menor y destacó sentencias relativas a casos planteados antes de la entrada en vigor del artículo 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que resolvían recursos frente a resoluciones en las que se aplicaban los artículos 53-62 del Reglamento del Registro Civil, que desarrollaba la Ley del 1957 y que implicaba que, en tales casos, siempre se incorporaba el apellido del padre en primer lugar. Las resoluciones estudiadas consideraban, con acierto, que debían mantenerse los apellidos de la madre si no se derivaba beneficio alguno de anteponer el apellido del padre. Finalmente, la ponente se pronunció también sobre las resoluciones dictadas en relación con la determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, que de conformidad con el artículo 235-24 CCCat debe llevarse a cabo en el plazo de dos años desde que se produce el nacimiento o desde que se descubren las pruebas en que se fundamenta la impugnación, e ilustró el caso con la Sentencia del TSJC de 21 de enero de 2016, en la que se considera que el hecho de que la mujer mantuviera varias relaciones no era certeza de que el marido podría no ser el padre, por lo que el plazo no puede empezar a contar antes de que este hecho quede constatado. Para concluir la intervención, la ponente manifestó su sorpresa con el hecho de que sigan existiendo tantas negativas injustificadas a someterse a una prueba de paternidad o maternidad a pesar de la rotundidad con la que se pronuncia el artículo 767.4 de la Ley de enjuiciamiento civil y criticó el poco peso que se otorga a la figura del defensor judicial, que apenas es utilizada por los tribunales y tampoco puede entenderse que el Ministerio Fiscal esté llamado a desempeñar ese papel.

El bloque dedicado al libro cuarto del Código civil catalán se inició con la ponencia «La successió contractual i intestada a Catalunya: pràctica notarial, jurisprudència i doctrina de la DGDEJM», a cargo de Jesús Gómez Taboada, notario de Barcelona. El ponente manifestó su percepción de que la sucesión contractual y la sucesión intestada son poco problemáticas desde el punto de vista jurisprudencial. Ahora bien, lo anterior no significa que su aplicación sea escasa; todo lo contrario, las estadísticas revelan que en el año 2022 se protocolizaron más de doscientos mil documentos notariales relacionados con sucesiones sobre un total de un millón y medio de documentos notariales protocolarizados en Cataluña en ese mismo año (esto es, aproximadamente el 15%). Además, el ponente remarcó que, tras la entrada en vigor del Reglamento de sucesiones europeo, el Código civil catalán ya no se aplica exclusivamente a nacionales españoles con vecindad civil catalana, sino que el establecimiento de la residencia como punto de conexión ha permitido su aplicación también a muchas personas que no son nacionales españolas. Por lo que respecta, en concreto, a la sucesión contractual, el ponente explicó que los pactos sucesorios de atribución particular son los más habituales en la práctica, así como los pactos de sobrevivencia, que, a pesar de estar en el libro segundo, no dejan de responder a un problema suce-

sorio. Insistió también en la prevalencia del heredamiento *ex pacto* sucesorio sobre un testamento posterior, así como en el hecho de que tanto el pacto sucesorio como el heredamiento y el testamento devienen ineficaces *ex lege* en caso de crisis matrimonial. Finalmente y en relación con la sucesión intestada, el ponente expuso que lo más complicado es la acreditación de las cuestiones *de facto* (una pareja o separación de hecho).

A continuación, Pablo Vázquez Moral, notario de Sant Feliu de Guíxols, pronunció la conferencia «La successió testada a Catalunya: pràctica notarial, jurisprudència i doctrina de la DGDEJM». El ponente comenzó su intervención reconociendo la gran aplicación práctica del derecho catalán en las notarías en materia de sucesiones y continuó haciendo un recorrido práctico por algunos supuestos interesantes. Así, en primer lugar trató los problemas de identificación y juicio de capacidad del testador y cómo la referencia que el artículo 421-7 CCCat hace a la legislación notarial debe entenderse hecha al artículo 167 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de organización y régimen del notariado. En este sentido, manifestó su preferencia por la regulación contenida en el ya derogado artículo 116 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, puesto que considera que conjugaba mejor la obligación del notario de prestar servicio con las dudas que este pudiera tener acerca de la capacidad del testador. A continuación, el ponente se pronunció sobre el papel de los testigos y el cambio experimentado en la regulación tras la aprobación de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, por lo que debe permitirse, si la persona con discapacidad así lo quiere, que pueda leer directamente el documento haciendo uso de los medios disponibles para ello, como el braille. También se pronunció sobre diversas cuestiones relacionadas con la ineficacia sobrevenida del testamento en supuestos de crisis matrimonial o de convivencia, y sobre los requisitos de la elección del heredero o la distribución de la herencia por el fiduciario regulados en el artículo 424-6 CCCat en los casos de familias monoparentales. Finalmente, y entre muchos otros temas, el ponente se ocupó también de la regulación de la cautela de Socini del artículo 451-9 CCCat, que mantiene *ope legis* la intangibilidad cuantitativa, pero no la cualitativa, de la legítima, por lo que no es necesario, por tanto, que el testamento la recoja; y de la causa de desheredación del artículo 451-17e CCCat, la ausencia manifiesta de relación familiar, como la causa alegada más habitualmente por los testadores.

Cerró el bloque, con la comunicación encargada «La jurisprudència sobre el *ius transmissionis*», Enrique Peruga Pérez, investigador predoctoral de la Universidad de Barcelona, quien analizó en qué medida la jurisprudencia ha influido sobre el mal llamado *ius transmissionis* y, en concreto, si cuando el transmisario acepta la herencia del transmitente, se han producido una o dos transmisiones, con los efectos fiscales que

ello lleva aparejado. En este sentido, el ponente explicó las dos tesis que tradicionalmente han estado enfrentadas: la clásica, en la que el transmitente actúa como intermediario entre el causante y el adquirente; y la moderna, que considera que la transmisión se hace directamente del causante al adquirente. En su análisis, el ponente relató que inicialmente la jurisprudencia catalana se decantaba por la teoría clásica y entendía que había que realizar dos liquidaciones del impuesto sobre sucesiones y donaciones porque se habían producido dos transmisiones diferentes, hasta que la Sentencia del TSJC 47/2012, de 12 de julio, se decantó por primera vez por la teoría moderna (y, en sentido similar, también lo hizo el Tribunal Supremo en la Sentencia 539/2013, de 11 de septiembre). Sin embargo, el ponente puso de manifiesto que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha sido reticente a adoptar esta teoría moderna; no así la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de la Generalitat de Cataluña, que ha adoptado la teoría moderna hasta sus últimas consecuencias. Para concluir, el ponente planteó que quizás debería darse prioridad a la sustitución vulgar recogida en un testamento frente al *ius delationis*, por ser una muestra más fiel de la voluntad del testador, como sucede en el derecho austríaco, donde la sustitución prevalece sobre la transmisión sin necesidad de que lo indique el testador; opción que Peruga considera válida en la medida en que las normas relativas al *ius delationis* no constituyen derecho imperativo.

Finalmente, el bloque dedicado al libro quinto comenzó con la ponencia «La jurisprudència sobre el llibre cinquè del CCCat», que impartió Antonio Recio Córdova, magistrado presidente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. El ponente comenzó destacando la gran cantidad de jurisprudencia dictada en relación con este libro, sentencias que, además, suelen abordar situaciones novedosas y que muchas veces influyen sobre el legislador, que va adaptando el texto de la norma progresivamente. A continuación, puso de manifiesto que el Código civil catalán está trascendiendo su propio ámbito territorial de aplicación, pues es citado por tribunales de otras comunidades autónomas y por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Igualmente resaltó la labor que tienen que realizar los tribunales al interpretar las normas para su aplicación al caso concreto, hecho que motiva que muchas veces no coincidan con la interpretación académica, y enumeró una serie de sentencias en las que se pone de manifiesto la labor del TSJC en aspectos como la revocación de donaciones, la usucapión, la división de la cosa común, las servidumbres y, especialmente, la propiedad horizontal.

La siguiente intervención, «La jurisprudència sobre l'ús turístic dels habitatges», estuvo a cargo de Esther Sais Re, registradora de la Propiedad de Sabadell (Registro núm. 6). La ponente comenzó su intervención recordando que la regulación legal y los pronunciamientos jurisprudenciales tienen mucho impacto social en esta materia. A continuación definió el concepto de *alojamiento turístico*, caracterizado fundamentalmente por dos condiciones: la necesidad de contar con un título habilitador (licencia, comunicación previa o declaración responsable, según lo que establezca la

legislación sectorial) y la necesidad de determinar el *dies a quo*, que se hace recaer en el momento en que comienza a realizarse la publicidad o la comercialización del alojamiento. Recordó que la consideración de alojamiento turístico requiere, desde el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña, que la estancia sea inferior a treinta y un días y que la cesión del alojamiento lo sea de manera íntegra, y no únicamente de una habitación. Después la ponente analizó brevemente la legislación estatal aplicable (fundamentalmente, el artículo 17 de la Ley de propiedad intelectual, interpretado restrictivamente por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) y analizó la jurisprudencia catalana, de la que destacó algunas sentencias del TSJC y de las audiencias provinciales. Finalmente, concluyó que el Registro de la Propiedad constituye una suerte de termómetro de la sociedad que demanda no solo que se publiquen las modificaciones estatutarias que afecten a los alojamientos turísticos, sino que también se inscriban los alojamientos que tienen dicha condición y las entidades o personas que son responsables de ellos.

Finalizada dicha ponencia, intervino Rosa Milà Rafel, investigadora Ramón y Cajal de la Universidad Pompeu Fabra, con la comunicación encargada «El pacto comisorio en la jurisprudència del TSJC». La ponente explicó en qué consiste el pacto comisorio, cuya finalidad es triple: proteger al deudor para evitar que el acreedor se enriquezca injustamente quedándose con un bien cuyo valor supera el adeudado; evitar situaciones de abuso en las que el deudor tenga necesidad de solicitar financiación y se vea obligado a consentir el comiso del bien en perjuicio de sus intereses; y proteger el interés del resto de acreedores, que aspiran a cobrar sus deudas con el remanente que se obtenga tras la venta del bien garantizado. Asimismo, recordó que el Código civil catalán no contiene, como sí hace el Código civil español, una prohibición de pacto comisorio; ni tampoco lo hacían las leyes anteriores al libro quinto. A la vista de la falta de uniformidad en la doctrina catalana a la hora de aceptar o no el pacto comisorio en garantías reales atípicas, la ponente analizó la jurisprudencia del TSJC anterior a la aprobación del libro quinto del Código civil de Cataluña en la materia. La ponente indicó que la jurisprudencia del TSJC considera que la prohibición de dicho pacto en relación con los derechos de censo y de superficie tiene una operatividad limitada que impide deducir una regla general de interdicción del pacto comisorio, por lo que, sobre la base del principio general de libertad contractual, debe entenderse admisible siempre que no suponga un enriquecimiento injusto, pero criticó que tal jurisprudencia no se haya preocupado de establecer qué requisitos debería cumplir dicho pacto para precisamente no dar lugar a un supuesto de enriquecimiento injusto y no generar con ello cierta inseguridad jurídica.

El bloque dedicado al libro quinto del Código civil de Cataluña se cerró con la ponencia «La revisió judicial de les resolucions de la DGDEJM», a cargo de Miriam Anderson, profesora agregada de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. La ponente comenzó poniendo de manifiesto la dificultad de encontrar estas resoluciones para su estudio, bien porque en muchos casos las resoluciones dictadas al

resolver recursos gubernativos no son objeto de impugnación judicial, bien porque están mal clasificadas. A continuación dio cuenta de los principales temas, todos ellos relacionados con los derechos reales, que han sido objeto de controversia y han sido resueltos por la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación: la renuncia a cuotas en comunidades ordinarias; la inscripción de la atribución del uso de la vivienda habitual y los problemas relacionados con su duración *incierta*; la división, inscripción y extinción del derecho de censo; el ejercicio del derecho de opción, la constitución del derecho de retención o las condiciones resolutorias, entre otros. La ponente concluyó con una valoración positiva de la labor de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación, puesto que, a pesar de los años que lleva resolviendo recursos gubernativos, el número de resoluciones posteriormente impugnadas es muy pequeño, lo que demuestra el nivel de la Dirección y pone de manifiesto el cumplimiento de su función de justicia preventiva.

La ponencia de clausura, «La primera experiència en l'aplicació judicial del nou llibre VI del CCCat», fue realizada por Jordi Seguí Puntas, magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona. El ponente comenzó manifestando que la cercanía en la vigencia del libro sexto del Código civil de Cataluña y su efecto no retroactivo a los contratos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, implica que solo exista una sentencia del TSJC sobre esta cuestión. Por ello, el ponente centró su análisis en las sentencias de las audiencias provinciales dictadas en materia de compraventa, como contrato arquetípico. Así, el ponente comentó las sentencias más relevantes en relación con el régimen jurídico aplicable; las controversias que se pueden generar como consecuencia de la previsión del artículo 621-1 CCCat de permitir una indeterminación *ab initio* del precio (salvo en los casos de compraventas de consumo); el valor de las arras, que solo pueden considerarse penitenciales cuando expresamente se les otorgue tal condición; el momento de la entrega del bien (sin dilación indebida, si no se ha pactado un plazo de entrega o si este no se puede determinar de otra manera; en el caso de las compraventas de consumo, el plazo, salvo pacto en contrario, no puede exceder de treinta días); la falta de conformidad y la necesidad de optar por reparar o sustituir el bien como primera medida, y, finalmente, los casos de ventaja injusta.

Carlos Trujillo Cabrera
Profesor contratado doctor
Universidad de La Laguna

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.

