

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

Volum 23, 2020

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



Institut
d'Estudis
Catalans

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

COMITÈ EDITORIAL

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

COMITÈ CIENTÍFIC

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

R E V I S T A

C A T A L A N A

DE

DRET PRIVAT

Volum 23, 2020

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2020

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: juny de 2021

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 consideració d'un bé com a fungible o la seva descripció com a pertanyent a un gènere no l'exclouen de la possessió. (Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 12 de juliol de 2018),
per Mariló Gramunt Fombuena i Pedro del Pozo Carrascosa 11
- El hermanamiento o pacto de mitad por mitad,
per Guillem Izquierdo Grau 29
- Consideracions al voltant del procediment de recuperació immediata de la possessió d'habitatges,
per Lluís Caballol i Angelats 43

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

- Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 9 de juny de 2020. La institució d'hereu de confiança: el compliment a favor propi i la caducitat de la institució,
per Lúdia Arnau Raventós 83
- Recull de sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea,
per Marta Mingot Torra 107

QÜESTIONS PRÀCTIQUES

- Despeses extraordinàries versus despeses extraescolars en matèria d'aliments a favor dels fills,
per David Casellas Rica 117

Ineficàcia sobrevinguda de les disposicions <i>mortis causa</i> per crisi matrimonial o de convivència: automatisme i prova, <i>per Miquel Àngel Petit Segura</i>	121
Unos apuntes prácticos sobre el artículo 411.9-4 del Código civil de Cataluña y la extinción de la situación de herencia yacente, <i>per Àngel Serrano de Nicolás</i>	125
El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y el fallecimiento del concursado, <i>per Mónica Mestre Vázquez</i>	133
RECENSIONS	
Rosa Barceló Compte, <i>Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato</i> , Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo, Colegio Notarial de Cataluña i Marcial Pons, 2019, 254 pàgines, <i>per Pedro del Pozo Carrascosa</i>	141
Martin Ebers, Christian Heinze, Tina Krugel i Björn Steinrötter (ed.), <i>Künstliche Intelligenz und Robotik: Rechtsbandbuch</i> , Munic, Beck, 2020, 1.034 pàgines, <i>per Esther Arroyo Amayuelas</i>	146
Elena Lauroba i Yves Picod (dir.), <i>La réforme du droit des obligations en France: regard de l'autre côté des Pyrénées</i> , París, Société de Législation Comparée, 2020, 284 pàgines, <i>per Antoni Mut Piña</i>	149
Esther Arroyo Amayuelas i Sergio Cámara Lapuente (coord.), <i>El derecho privado en el nuevo paradigma digital</i> , Madrid, Colegio Notarial de Cataluña i Marcial Pons, 2020, 526 pàgines, <i>per Guillem Izquierdo Grau</i>	154

ESTUDIS

LA CONSIDERACIÓ D'UN BÉ COM A FUNGIBLE O LA SEVA DESCRIPCIÓ COM A PERTANYENT A UN GÈNERE NO L'EXCLOUEN DE LA POSSESSIÓ (COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 12 DE JULIOL DE 2018)

Mariló Gramunt Fombuena
Professora titular de dret civil
Universitat de Barcelona

Pedro del Pozo Carrascosa
Catedràtic de dret civil
Universitat de Barcelona

Resum

L'objecte d'aquest article és analitzar la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 12 de juliol de 2018, que va condemnar la Generalitat de Catalunya, la qual, com a hereva aparent, va ser demandada en exercici de l'acció de petició d'herència plantejada per l'hereu real. El treball se centra, fonamentalment, en el fet que la consideració d'un bé com a fungible o la seva descripció com a pertanyent a un gènere no l'exclouen de la possessió i, en conseqüència, pot ser objecte d'usucapió, contràriament al que afirma la Sentència en relació amb els diners. Amb aquesta finalitat, el treball conclou que la qualificació jurídica d'un bé com a fungible no pot comportar la seva exclusió de l'aplicació de les categories jurídicoreals, com ara la possessió i el dret de propietat, amb les conseqüències que això comporta.

Paraules clau: possessió, usucapió, béns fungibles, acció de petició d'herència.

LA CONSIDERACIÓN DE UN BIEN COMO FUNGIBLE O SU DESCRIPCIÓN
COMO PERTENECIENTE A UN GÉNERO NO LO EXCLUYEN
DE LA POSESIÓN (COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 12 DE JULIO DE 2018)

Resumen

El objeto de este artículo es analizar la STSJC de 12 de julio de 2018, que condenó a la Generalitat de Cataluña, la cual, como heredera aparente, fue demandada en ejercicio de la acción de petición de herencia planteada por el heredero real. El trabajo se centra, fundamentalmente, en que la consideración de un bien como fungible o su descripción como perteneciente a un género no lo excluyen de la posesión y, en consecuencia, puede ser objeto de usucapión, contrariamente a lo que afirma la Sentencia en relación con el dinero. Con este objeto, el trabajo concluye que la calificación jurídica de un bien como fungible no puede comportar su exclusión de la aplicación de las categorías jurídico-reales, como por ejemplo la posesión y el derecho de propiedad, con las consecuencias que ello conlleva.

Palabras clave: posesión, usucapión, bienes fungibles, acción de petición de herencia.

TO REGARD AN ASSET AS FUNGIBLE OR TO DESCRIBE IT AS BELONGING
TO A GENDER DOESN'T EXCLUDE IT FROM POSSESSION
(NOTE IN THE HIGH COURT OF JUSTICE OF CATALONIA'S
SENTENCE OF JULY 12TH 2018)

Abstract

The subject of the present article is the analysis of the Catalan High Court Judgement of July 12th, 2018, condemning the Government of Catalonia that, as an apparent heir, was sued in the exercise of an inheritance petition action filed by the rightful heir. The main focus of our work will be that the assumption of a good as fungible or being described as it belonging to a kind does not exclude it from possession and, consequently, it can be an object of usucaption, unlike what the aforementioned judgement states in relation to money. To this end, the present study concludes that the legal classification of a good as fungible cannot lead to its exclusion from the application of the legal-real categories, such as possession and property rights, with all the ensuing consequences.

Keywords: possession, usucaption, fungible goods, inheritance petition action.

1. PLANTEJAMENT

La consideració d'un bé com a fungible o la seva descripció com a pertanyent a un gènere no l'exclouen de la possessió. L'estudi d'aquesta qüestió pot semblar, en principi, innecessari i fins i tot paradoxal. En efecte, si la possessió és un fet, com a tal ha de referir-se a un bé existent, tant si aquest és una cosa com si és un dret (art. 511-1 Codi civil de Catalunya [CCCat]). Com sabem, la possessió no pot referir-se a béns futurs, en el sentit de béns que encara no existeixen.¹ La *descripció* que es faci d'aquest bé pot ser més o menys precisa i pot contenir més o menys matisos físics i jurídics, però, atès que és referida a una realitat existent, aquest bé constitueix un objecte de possessió. És per això que la consideració d'un bé com a fungible o la seva descripció com a pertanyent a un gènere no l'exclouen de la possessió, perquè es tracta de meres descripcions d'un bé que ja existeix i que, com a tal, pot ser objecte d'aquella. Encara que aquesta afirmació és perfectament lògica i congruent amb el concepte de *possessió*, cal aprofundir en la seva justificació i aportar arguments addicionals per a això, a fi de rebatre l'argument central de la STSJC de 12 de juliol de 2018, que exclou la possibilitat d'usucapir els diners perquè es tracta d'una cosa fungible i genèrica, característiques que, segons aquesta sentència, els converteixen en un bé no susceptible de possessió i, en conseqüència, no susceptible de ser usucapit.

A continuació examinarem, per aquest ordre, quins són el sentit i l'àmbit de la fungibilitat i el caràcter genèric dels béns, la seva concreció al cas dels diners i la refutació dels arguments concrets de la Sentència.

2. LA CONSIDERACIÓ D'UN BÉ COM A FUNGIBLE I LA SEVA DESCRIPCIÓ COM A PERTANYENT A UN GÈNERE

La fungibilitat és una qualificació jurídica d'un bé que deriva de la seva valoració o consideració genèrica, en el sentit que prescindeix de la seva individualitat.² Això fa que la nota característica de la fungibilitat sigui la substituïbilitat del bé, basada en l'existència de béns de la mateixa espècie i qualitat (art. 426-49.2 CCCat) i en la

1 . Aquest és el sentit de l'expressió «béns futurs» en l'art. 568-3.2 CCCat, sobre la base de la *no* «existència efectiva» de tals béns. D'altra banda, l'expressió «béns futurs» s'utilitza també per a designar béns que encara no estan en el patrimoni de la persona que es pren com a referència (explícitament, art. 635 Codi civil espanyol [CC]). Lògicament, aquests béns sí que són posseïts actualment per les persones en el patrimoni de les quals es trobin.

2. Biondo BIONDI, *Los bienes*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 87, la descriu com «la valoración común de las cosas consideradas socialmente como idénticas y por tanto, bajo tal aspecto, sustraídas a la valoración individual».

mateixa quantitat (art. 561-5.1 CCCat).³ Això permet excloure, o almenys postergar, la possibilitat d'incompliment de l'obligació de donar si la cosa fungible es descriu, a més, com a genèrica, perquè el deutor sempre podrà complir aportant altres individus d'aquest mateix gènere.

La fungibilitat no és una característica intrínseca del bé, sinó una valoració o una qualificació del bé que fan les persones que hi tenen alguna relació i la qual, amb un caràcter més general, deriva de «la consideración social que se tiene comúnmente de las cosas», segons l'expressió de Biondi.⁴ Per a arribar a aquesta consideració cal reconèixer que tota cosa, per ínfima que sigui, té la seva pròpia individualitat material, que la diferencia d'altres coses que, per molt semblants que hi siguin, són individus diferents. Així, un exemplar d'un llibre és una cosa (individu) diferent de la resta d'exemplars de la mateixa edició; el mateix succeeix amb un simple gra de blat en relació amb els altres, i amb un bitllet de vint euros en relació amb la resta de bitllets del mateix valor (observem que, en aquest cas, la individualitat es veu reafirmada i és directament constatable per un número de sèrie diferent per a cadascun dels bitllets o individus). No obstant això, la valoració social dels béns que, encara que són diferents, s'assemblen a uns altres, fa que s'arribi a considerar-los com a absolutament idèntics,⁵ en benefici de la facilitat i la fluïdesa del tràfic jurídic. A la mateixa identitat es pot arribar sobre la base de l'autonomia de la voluntat d'una o diverses persones determinades que qualifiquen explícitament una sèrie de béns com a fungibles. En qualsevol cas, la casuística pot ser variadíssima i l'apreciació de si una cosa ha de ser considerada —socialment o per declaració explícita— com a fungible o no, dependrà del sentit comú i del context jurídic de la relació. Ho podem comprovar en dues realitats homologables, però que porten normalment a conclusions diferents. Així, com hem apuntat, dos bitllets de vint euros són considerats béns fungibles, i substituïbles entre si, malgrat tenir numeracions diferents. En canvi, dos cotxes del mateix model i amb les mateixes característiques tècniques poden ser considerats com a fungibles si acaben de sortir de la cadena de muntatge, però deixaran de ser-ho quan tinguin la fitxa tècnica pròpia amb el número de bastidor corresponent. La fungibilitat desapareix totalment i preval la individualitat de cada vehicle, amb la matriculació i sobre la base de qüestions com l'estat general de conservació i el nombre de quilòmetres recorreguts.

Duta al seu extrem, la fungibilitat es manifesta amb la designació d'un bé com a pertanyent a un gènere o una tipologia, per la qual cosa aquest bé no es considera indi-

3. Sobre la noció del *tantumdem* en aquest àmbit, vegeu Ferran BADOSA COLL, «Els béns», a Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons i Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2003, p. 197-228, esp. p. 233.

4. Vegeu Biondo BIONDI, *Los bienes*, p. 80.

5. Vegeu Biondo BIONDI, *Los bienes*, p. 80.

vidualment, sinó formant part d'un conjunt l'extensió del qual es determina pel nombre, el pes o la mesura del béns. La formulació més clara d'això ens la brinda l'article 569-16.2 CCCat en relació amb l'objecte del dret real de penyora, car assenyala que «el conjunt de béns el valor dels quals es determina en el tràfic tenint-ne en compte el nombre, el pes o la mida és un únic objecte de penyora».

En qualsevol cas, la transcendència de la valoració d'un bé com a fungible i de la seva descripció com a pertanyent a un gènere es limita a les relacions obligatòries,⁶ i especialment al compliment de les obligacions (art. 1167 i 1182 del Codi civil espanyol [CC]) i a la transmissió del risc (art. 621-17.2 CCCat i 1452 CC). En canvi, la propietat, els drets reals i la possessió prescindeixen de les qualificacions dels béns esmentades, perquè els són irrellevants, ja que les relacions juridicoreals requereixen necessàriament la consideració individual de l'objecte.⁷

En aquest sentit, la consideració d'un bé com a fungible o la seva descripció com a pertanyent a un gènere són característiques que repercuteixen especialment en l'àmbit de l'obligació de donar, que evoluciona des de la designació inicial genèrica de la prestació fins a la seva concreció o especificació en un o més individus perfectament identificats; així, de la prestació genèrica de lliurar cent metres de tanca de filferro, es passa a la de lliurar aquests cent metres que el venedor ja ha tallat, empaquetat i posat a la disposició del comprador.

No obstant això, observem que, encara que la qualificació del bé com a fungible o genèric té la seva raó de ser en l'àmbit del compliment de l'obligació, també pot repercutir en les vicissituds juridicoreals de l'objecte. Així, el dret de propietat i el fet de la possessió ja existien sobre els cent metres de tanca. Inicialment corresponien al fabricant, que va crear aquest objecte, difuminat —si es vol— entre altres centenars o milers de metres del mateix material, que van ser adquirits posteriorment per un majorista, de qui també es predicaven el dret de propietat i la possessió. Posteriorment, aquest majorista, en vendre una part de la tanca que tenia emmagatzemada, la separa, talla, empaqueta i posa a la disposició del comprador. Observem que canvien el propietari i el posseïdor d'aquests metres de tanca que en el seu moment va crear el fabricant i que després aquest va transferir globalment al majorista: des de la seva fabricació, aquest objecte sempre ha existit, ha estat sotmès a drets (fonamentalment, la propietat) i ha estat objecte de possessió. L'especificació del gènere inicial en mans del majorista ha donat lloc a la consideració individualitzada, tant materialment com

6. En aquesta línia, José Luis Lacruz Berdejo assenyala a José Luis LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de derecho civil*, t. 1, vol. 3, 3a ed., Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, p. 40, que «la fungibilidad es una cualidad de las cosas y la genericidad una de las obligaciones, o, más exactamente, de la prestación» (les cursives són de Lacruz). Ferran BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, Publicacions de la Universitat de Barcelona i Barcanova, 1990, p. 74, també vincula l'especificació o elecció de l'individu que forma part d'una espècie o d'un gènere, al compliment de l'obligació.

7. En aquesta línia argumental, vegeu Biondo BIONDI, *Los bienes*, p. 89.

jurídicament, d'aquests cent metres de tanca: la seva propietat i possessió, que corresponien inicialment al fabricant juntament amb la resta de la tanca que va elaborar, estan ara limitades a aquests metres concrets, que passen a integrar-se en un patrimoni diferent, el del comprador.

La manifestació més clara d'individualització d'un objecte que ja existia anteriorment, encara que inclòs en un conjunt o gènere més ampli, és la de la tradició, que sempre es refereix a «un bé» (vegeu els art. 531-2 i 534-1 CCCat) al qual individualitza. Així, la tradició constitueix el punt de connexió entre el món obligacional, on els béns, com a entitats objecte de conductes (les diferents prestacions), poden ser designats com a substituïbles o de manera genèrica, i el món juridicoreal, que requereix necessàriament la individualització dels béns. L'article 531-3 CCCat descriu aquest pas: «La tradició, feta com a conseqüència de determinats contractes, comporta la transmissió i l'adquisició de la propietat i dels altres drets reals possessoris». Tanmateix, això no exclou que, abans de la transmissió projectada i de la tradició, el bé, encara en el patrimoni del transmissent, tingué en aquest una consideració individual: el transmissent era encara el seu propietari i el seu posseïdor.

En definitiva, qualsevol bé, amb independència de la seva mida i del seu valor, és considerat sempre en la seva individualitat com a objecte de propietat, de drets reals o de possessió. Ara bé, aquesta consideració individual no és incompatible amb una valoració genèrica (fungibilitat, pertinença a un gènere) en relació amb les vicissituds d'aquest bé en l'àmbit de les relacions obligatòries.

3. APLICACIÓ DELS ARGUMENTS ANTERIORS AL CAS DELS DINERS: ELS DINERS COM A OBJECTE DE POSSESIÓ

Sens dubte, el principal exponent d'un bé que normalment es considera com a fungible i es descriu per la seva pertinença a un gènere és el dels diners, tant en la seva consideració abstracta com si ens referim als signes materials —els bitllets i les monedes— que els representen. En aquest sentit, excepte l'interès numismàtic que pugui tenir una moneda encunyada en un any determinat, o un bitllet pel seu número de sèrie especial, en general monedes i bitllets són perfectament fungibles i substituïbles entre ells, per la qual cosa l'interès per un signe monetari concret no és un interès jurídicament mereixedor de protecció; així, jo no puc exigir que del preu que vaig pagar em donin el canvi en monedes d'euro encunyades a Itàlia, ni puc rebutjar les encunyades a França. D'altra banda, és obvi que, en el cas dels diners electrònics, la seva fungibilitat queda fora de dubte, atès que manquen de manifestació material.

Tampoc en el cas dels diners la fungibilitat i la pertinença a un gènere exclouen l'aplicació de les categories juridicoreals. Així, jo soc propietari dels diners que tinc en el meu poder físicament, representats per una sèrie de bitllets de banc; a més, soc posseïdor d'aquests diners, com posa de manifest el contacte físic amb els bitllets. Així

mateix, també soc propietari dels diners —immaterials, virtuals o electrònics— que tinc en el meu compte corrent, l'administració del qual he encomanat al banc. També en aquest cas soc posseïdor (mediat), perquè actuo com a titular dels diners (art. 521-1 CCCat) i tinc el control sobre ells, perquè jo decideixo quan els recupero⁸ i, encara que es tracta d'una situació improbable, podria exercitar accions possessòries en cas de pertorbació de la meua possessió (art. 522-7 CCCat).

En definitiva, que els diners, fins i tot desmaterialitzats, es considerin una cosa fungible i es descriguin com a pertanyents a un gènere, no els exclou de les categories juridicoreals, com el dret de propietat o la possessió;⁹ tampoc no els exclou de les categories pròpies del compliment de l'obligació, com la necessària especificació o individualització. En aquest sentit, podem observar que la simple activitat econòmica d'efectuar una transferència de diners des del nostre telèfon mòbil reflecteix els mateixos passos jurídics que la tradició de la cosa venuda. Així, en iniciar el procés de la transferència, jo, propietari d'una suma de diners (virtuals o electrònics), individualitzo una part d'aquesta, una certa quantitat, de la qual vull desposseir-me i deixar de ser-ne el titular. L'acceptació de l'operació comptable que reflecteix la pantalla del meu dispositiu mòbil transmet la propietat i la possessió (control) d'aquests diners a les mans del receptor. No obstant això, aquests diners, diluïts ara en el patrimoni del receptor, no perden la referència del seu origen i poden estar subjectes a vicissituds que depenguin de circumstàncies que afectin el transmissor. Així, si la transferència obeeix a una donació d'aquesta suma de diners, tal donació està subjecta a causes de revocació, cas en què el donatari haurà de restituir la suma rebuda si conserva aquests diners en el seu patrimoni; i si els va gastar, haurà de restituir la mateixa suma (valor), que obtindrà de la realització de béns del seu patrimoni (art. 531-15 CCCat, esp. ap. 5è).

En el CCCat trobem alguns exemples de diners com a objecte de possessió; en concret, com a objecte de drets reals possessoris. Els dos exemples més clars de drets reals amb contingut possessorí que recauen sobre diners són la penyora i l'usdefruit.

a) El CCCat reconeix la possibilitat de pignorar els diners i de posseir-los ja des del moment mateix en què defineix el dret de penyora; l'article 569-12 CCCat és explícit i inequívoc en aquest sentit: «El dret de penyora, que es pot constituir sobre béns mobles, valors, drets de crèdit o diners en garantia del compliment de qualsevol obligació, faculta el creditor a posseir-los, per ell mateix o per una tercera persona si s'ha pactat, i, en cas d'incompliment de l'obligació garantida, a sol·licitar-ne la realit-

8. Això, respectant els terminis i les condicions que determina la relació contractual acordada amb el banc, de conformitat amb la mena de producte financer contractat.

9. A això es refereix també Lacruz a José Luis LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de derecho civil*, t. I, vol. 3, p. 40: «El dinero es una cosa que existe en el tráfico y es objeto de propiedad por las personas: generalmente con simultánea posesión».

zació del valor». També fa referència a la penyora de diners, en relació amb l'execució de la garantia, l'article 569-20.5 CCCat. No podia ser d'una altra manera, ja que el fet que els diners siguin susceptibles de possessió és imprescindible per a constituir la penyora, atès que aquest dret requereix necessàriament «[l]a transmissió de la possessió dels béns als creditors o a terceres persones, d'acord amb els pignorants, per qualsevol mitjà admès per aquest codi» (art. 569-13.1a CCCat). Per exemple, la possessió dels diners, fins i tot dels virtuals o electrònics, pot transmetre's mitjançant el simple acord de voluntats que permet l'article 531-4.2 CCCat en els seus apartats *b* i *d*. En aquest sentit, l'ingrés d'una quantitat en el compte corrent del creditor, o la immobilització d'una part del saldo del compte del deutor, són supòsits de lliurament de la possessió dels diners i susceptibles de donar lloc al dret real de penyora.

b) El CCCat també reconeix explícitament la possibilitat que els diners siguin objecte del dret d'usdefruit i regula alguns dels seus efectes específics (art. 561-5.2, 561-32 i 561-33 CCCat).¹⁰ D'altra banda, el dret d'usdefruit —també el de diners— té contingut possessori, com deixa clar l'article 561-2.2 CCCat, que, quan exposa el concepte d'*usdefruit*, assenyala que «[e]ls usufructuaris tenen dret a posseir els béns objecte de l'usdefruit». Per a això no és obstacle que els diners siguin un bé consumible; si efectivament els diners són consumits, en concloure l'usdefruit l'usufructuari haurà de retornar «béns de la mateixa quantitat i qualitat o, si això no és possible, llur valor en el moment de l'extinció del dret» (art. 561-5.1 CCCat).

4. REFUTACIÓ DELS ARGUMENTS DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DE 12 DE JULIOL DE 2018

4.1. PLANTEJAMENT

La STSJC de 12 de juliol de 2018 nega la possibilitat d'adquirir els diners per usucapió al·legant que, pel seu caràcter fungible, sobre ells no pot recaure un dret susceptible de possessió (fonament jurídic [FJ] 3r). Aquesta sentència va estimar íntegrament el recurs de cassació interposat contra la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Barcelona (Secció 19a) de 12 de maig de 2017, sentència que havia confirmat la del Jutjat de Primera Instància Número 5 de Barcelona de 8 de juny de 2015.

10. Sobre l'usdefruit de diners en el CCCat, vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6a ed., Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 404.

En resum, els antecedents exposats en el fonament jurídic primer de la STSJC són els següents. El 1991 mor la causant sense haver atorgat testament. L'any 1999 es declara la Generalitat de Catalunya hereva universal abintestada de la causant. L'any 2000 la Generalitat pren possessió dels béns de l'herència, formada exclusivament per un dipòsit de diners, i durant l'any 2001 destina «la major part» d'aquests diners a subvencions a terceres persones, físiques i jurídiques. El 2014 l'actor i recurrent, nebot de la causant, presenta una demanda contra la Generalitat de Catalunya en la qual sol·licita que es declari la seva qualitat d'hereu i la restitució de la suma dinerària que aquella va heretar de la causant. La Generalitat es va oposar a l'estimació de la demanda al·legant la usucapió dels béns de l'herència, consumada l'any 2003, en haver transcorregut tres anys de possessió, de conformitat amb l'article 531-27.1 CCCat; subsidiàriament, la reclamada demana que s'estimi l'excepció de falta de legitimació passiva, ja que l'acció s'ha de dirigir contra qui posseeix els béns, tal com estableix l'article 465-1.1 CCCat, i que la reclamada els ha lliurat a tercers mitjançant subvencions. La sentència de primera instància desestima la demanda i reconeix la usucapió dels diners per la Generalitat, en haver transcorregut amb escreix el termini de tres anys des que va prendre possessió de l'herència fins que l'actor presenta la reclamació. Apel·lada aquesta decisió, la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 19a) de 12 de maig de 2017 confirma la d'instància i estima la usucapió de la Generalitat de Catalunya. Aquesta sentència és recorreguda en cassació i dona lloc a la STSJC de 12 de juliol de 2018.

4.2. ELS ARGUMENTS DE LES PARTS, EN EL RECURS DE CASSACIÓ, I LA NOSTRA REFLEXIÓ CRÍTICA

4.2.1. *Els arguments de la part recurrent*

En el motiu únic del recurs de cassació es denuncia la infracció dels articles 121-2, 531-26 i 531-27 CCCat, i en la formulació del motiu s'afegeix l'article 465-1.3 CCCat. S'argumenta que la usucapió de la Generalitat no s'ha consumat, ja que quan va traspassar els diners als tercers no havia transcorregut el termini de tres anys que estableix l'article 531-27.1 CCCat; d'altra banda, s'afegeix que els diners no es poden usucapir i, finalment, que l'acció de petició d'herència és imprescriptible. De les tres afirmacions que conformen l'argumentari de la part recurrent, només compartim la primera, en relació amb el cas concret i pels motius que exposarem tot seguit.

a) El repàs de les dates en què s'esdevenen els fets revela que la Generalitat de Catalunya va ser declarada hereva de la causant el 23 de novembre de 1999, però no va prendre possessió dels béns fins al 22 d'agost de 2000. L'any 2001 —ni la STSJC ni la SAP de Barcelona de 12 de maig de 2017, objecte del recurs de cassació, indiquen la data concreta— la Generalitat va disposar dels diners, «en la major part per a despeses

per a subvencions a terceres persones físiques i jurídiques» (FJ 1.1e STSJ). Recordem que, segons l'article 411-6 CCCat, «[l]'hereu que accepta l'herència solament en té la possessió si la pren, i s'entén que continua la del causant sense interrupció». És a dir, fins i tot l'hereu ha de prendre possessió de l'herència per a adquirir-la. D'altra banda, en tot cas, la presumpció de continuació de la possessió del causant beneficia l'hereu real, no l'aparent, ja que aquest no pot ser considerat continuador de la personalitat del causant. La possessió de l'hereu aparent és, en tal cas, una possessió *ad usucapionem* que s'inicia quan adquireix la possessió, moment en què subjecta la cosa o el dret a l'àmbit del seu poder (art. 521-2a CCCat). A partir d'aquest moment és quan s'inicia el còmput del termini per a completar la usucapció. D'aquesta manera, la Generalitat hauria usucapit el 22 d'agost de 2003, sempre que hagués mantingut aquesta possessió de manera ininterrompuda, però, com resta acreditat, l'any 2001, quan havia transcorregut com a màxim un any i mig, la Generalitat va lliurar els diners a diverses persones físiques i jurídiques, donant així destinació als béns rebuts com a hereva intestada, com preveu l'article 442-13.1 CCCat. Per tant, la Generalitat no havia completat el temps per a usucapir els béns de l'herència. Qui sí que s'hauria beneficiat del temps durant el qual la Generalitat va posseir els béns serien els seus destinataris (art. 521-6 CCCat), els quals haurien unit la seva possessió a la de la Generalitat. En aquest cas, atès que el demandant, hereu real, no va interposar l'acció de petició d'herència fins al 16 d'abril de 2014 i que no consta que abans hagués interromput la usucapció per cap dels mitjans que estableix l'article 531-25 CCCat, en aquell moment havien transcorregut un total de gairebé catorze anys, de manera que els adquirents dels diners n'haurien completat ja la usucapció.

b) Respecte de l'argument de la impossibilitat d'usucapir els diners, ens remetem a l'argumentació que desenvoluparem en l'apartat següent, quan comentarem els arguments de la sentència objecte d'anàlisi.

c) La tercera de les al·legacions efectuades pel recurrent es refereix a la imprescriptibilitat de l'acció de petició d'herència, sobre la base del que estableix l'article 465-1.3 CCCat. Segons aquesta argumentació, atès que la Generalitat no havia adquirit els béns per usucapció, no esqueia l'excepció que considera el precepte i hauríem d'aplicar la regla general, això és, el caràcter imprescriptible de l'acció de petició d'herència. Si bé l'article 465-1.3 CCCat estableix, efectivament, que l'acció de petició d'herència no prescriu, no hem d'oblidar que la successió que ocasiona el litigi es va obrir el 12 de maig de 1991, mentre era vigent la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC). La regulació de l'acció de petició d'herència es trobava en l'article 275 CDCC i l'incís final establia un termini de prescripció de trenta anys. Aquest termini va ser també recollit, posteriorment, per l'article 64 del Codi de successions per causa de mort de Catalunya (CS). La disposició transitòria primera del CS establia la seva aplicació a les successions obertes amb posterioritat a l'entrada en vigor del mateix codi (21 d'abril de 1992, *ex* disposició final 4a). D'altra banda, la DT 8.1 de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, disposa:

Els terminis que establia la legislació anterior s'apliquen a les successions obertes abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei, llevat que els terminis que estableix el llibre quart del Codi civil siguin més curts. En aquest darrer cas, la prescripció o la caducitat es consuma quan fineix el nou termini, que comença a comptar a partir de l'entrada en vigor d'aquesta llei. Tanmateix, si el termini que establia la legislació anterior, tot i ésser més llarg, fineix abans que el termini que estableix el llibre quart, s'aplica aquell termini.

És clar que, en el moment de l'obertura de la successió, l'acció de petició d'herència prescrivía al cap de trenta anys, no tenia caràcter imprescriptible. És cert que, en relació amb el termini d'exercici, aquesta precisió no afecta el cas present, ja que no s'hauria esgotat el termini de prescripció; però, realment, l'argument esgrimit per la part recurrent no hauria pogut ser admès a causa del règim de transitorietat establert.¹¹

4.2.2. *Els arguments de la Generalitat de Catalunya*

L'argument essencial de la Generalitat de Catalunya en el seu escrit d'oposició és que s'ha usucapit pel transcurs de tres anys, en aplicació dels articles 531-27.1 i 465-1 CCCat, ja que si bé l'acció de petició d'herència és imprescriptible, s'exclouen d'ella els béns singulars (en el cas de les actuacions, els diners) que, com a bé moble, són susceptibles d'usucapció per la possessió de tres anys. A més, la Generalitat reitera la seva falta de legitimació passiva com a al·legació subsidiària per al cas de considerar que no havia completat la usucapció, ja que havia lliurat els diners a tercers i aquests serien els legitimats passius de l'acció.

Ens remetem al que ja hem dit en l'apartat anterior pel que fa a la compleció del temps per a usucapir i a la imprescriptibilitat de l'acció de petició d'herència. Ens ocuparem ara només de l'excepció de falta de legitimació passiva.

En relació amb l'exercici de l'acció de petició d'herència, hem de recordar que en el moment d'esdevenir-se els fets era d'aplicació la regulació continguda en l'article 275 CDCC, que conduïa l'hereu real inexorablement a l'exercici de l'acció reivindicatòria quan l'hereu aparent havia disposat dels béns hereditaris a títol gratuït a favor de terceres persones.¹² Així doncs, l'al·legació de falta de legitimació passiva per

11. En aquest mateix sentit, vegeu la SAP de Barcelona (Secció 14a) núm. 566/2017, de 13 de novembre de 2017, FJ 2n (CENDOJ Roj: SAP B 9544/2017).

12. En aquest sentit, vegeu Lúdia ARNAU RAVENTÓS, «L'acció de petició d'herència en el llibre IV CCCat», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El nou dret successor del Codi civil de Catalunya*, Girona, Documenta Universitaria, 2009, p. 547-560, esp. p. 553, que si bé ho predica de l'art. 64 CS, és traslladable perfectament a la interpretació de l'art. 275 CDCC: «Al nostre entendre, en el context de l'article 64 CS prevalen els arguments per defensar que, en cas de disposició de béns singulars

part de la Generalitat de Catalunya estaria, des del nostre punt de vista, ben fonamentada. L'hereu real, en el nostre cas, hauria de plantejar tantes accions reivindicatòries com posseïdors dels diners hi hagués —béns singulars, ja que en cap cas es tracta de donacions que tinguin per objecte quotes de l'herència, únic cas en què es tractaria d'un títol universal— (la Sentència només parla de diverses persones físiques i jurídiques, sense determinar-ne el nombre concret). Ara bé, també es podria explorar la possibilitat d'entendre que aquestes donacions no són oposables a l'hereu aparent, tal com apunta Arnau, en un intent de salvar la finalitat de l'acció de petició d'herència com a acció universal.¹³

per l'hereu aparent de bona fe, l'hereu real era lliure de triar entre reivindicar-los als tercers adquirents o limitar-se a interposar l'acció de petició d'herència conformant-se, pel que fa als esmentats béns (encara que fossin reivindicables), amb la contraprestació obtinguda per l'alienant. Altrament dit, el benefici de la subrogació real no quedava restringit als supòsits d'irreivindicabilitat. Ni ho imposava la lletra de l'article 64 CS ni esdevenia l'única interpretació possible. La tria entre l'acció reivindicatòria o la reclamació del bé per la via de l'acció de petició d'herència i subrogació real només podia fer-se efectiva, però, en cas de disposició onerosa a favor de tercers de mala fe: de ser-ho de bona fe, l'única opció era la subrogació, atès el caràcter irreivindicable del bé. Si ho era a títol gratuït, la subrogació, per definició, no hi tenia cabuda atesa la inexistència de contraprestació». De la mateixa autora i en el mateix sentit, vegeu també el comentari als art. 465-1 i 465-2 CCCat a Joan EGEA I FERNÁNDEZ i Josep FERRER I RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1672-1681.

13. Vegeu la interpretació que de l'art. 465-2.2 CCCat fa Lúcia ARNAU, «L'acció de petició d'herència en el llibre IV CCCat», p. 556, quan afirma que «[e]ls [béns] que sí que "s'exclouen de la restitució [...]" són els adquirits per tercers de mala fe o gratuïtament. En exercici d'una acció de petició d'herència no se n'obtindrà res i caldrà adreçar-se (reivindicant) a l'adquirent. [...] Si només s'exclouen de la restitució els béns adquirits a títol oneros per tercers de bona fe, no deu ser que els béns adquirits d'una altra manera (gratuïtament o de mala fe) no en queden exclosos i s'han de restituir? L'expedient podria ser el de la inoposabilitat de les esmentades alienacions a l'hereu real: aquests béns se li haurien de restituir perquè, per a ell, aquestes disposicions s'entendrien no fetes. Salvaríem d'aquesta manera la virtualitat principal de l'acció de petició d'herència com a acció universal: l'hereu real ho podria reclamar tot amb una sola acció i se li hauria de restituir tot, directament (així, béns que encara conservi l'hereu aparent o dels quals hagi disposat gratuïtament o a favor de tercers de mala fe) o, en l'apartat 2 de l'article 465-2 CCCat, per la via de la subrogació real». Malgrat la interessant interpretació que ens ofereix l'autora, considerem que el supòsit considerat per l'art. 531-14 CCCat —que estableix aquesta inoposabilitat als creditors del donant en cas de perjudici del seu crèdit— no es pot traslladar a l'exercici d'una acció de petició d'herència perquè el pressupòsit fàctic és ben divers, ja que el donant, amb independència de la seva bona o mala fe, és conexedor —o ho hauria de ser— de l'existència del deute, mentre que l'hereu aparent de bona fe precisament ignora que no és efectivament l'hereu i que es pot veure subjecte a l'obligació de restituir. En relació amb la inoposabilitat de les donacions als creditors sobre la base del seu caràcter inherentment perjudicial per al crèdit, amb independència de la bona o mala fe de donant i donatari (art. 531-14 CCCat), i amb la possibilitat de travar directament l'embargament sobre els béns del donatari en virtut de la inoposabilitat de la donació, vegeu Gemma RUBIO, «De la rescisión a la inoponibilidad de donaciones y actos "en fraude" del acreedor (a propósito del art. 531-14 del Código civil de Cataluña)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10 (2006), p. 1057-1082, esp. p. 1066 i seg.

Per a cloure aquest apartat, volem destacar que crida l'atenció que la Generalitat no hagi ni tan sols esmentat com a argument —o almenys no consta en la Sentència— el que li proporciona l'article 4.6 del Decret 145/2017, de 26 de setembre, de les actuacions administratives i de la gestió del règim d'autonomia econòmica de la successió intestada a favor de la Generalitat de Catalunya, segons el qual «[e]n el supòsit que la Generalitat de Catalunya hagi estat declarada hereva intestada i hi hagi hereus amb millor dret, només se'ls restituïran els béns de l'herència respecte dels que la Generalitat de Catalunya en conservi la titularitat en el moment que s'hagi tingut coneixement, mitjançant qualsevol document admès en dret, de l'existència d'aquest millor dret, un cop descomptades les despeses que s'hagin efectuat en els béns hereditaris, d'acord amb el règim de l'hereu aparent establert en la corresponent normativa civil». Certament, es tracta d'una norma de caràcter administratiu, però el contingut de l'article incideix en aspectes civils i, si més no, hauria estat plausible la seva al·legació com a element de reforç dels arguments d'oposició a l'acció exercitada.

4.3. ELS ARGUMENTS DE LA SENTÈNCIA I LA SEVA REFUTACIÓ

Com hem apuntat, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en estimar íntegrament el recurs, manté una posició contrària no sols a la de l'Audiència Provincial de Barcelona, sinó també a la del Jutjat de Primera Instància, el criteri del qual va ser secundat per l'Audiència. El mateix TSJC és conscient de com és de controvertida la seva decisió, ja que no imposa les costes «atesos els dubtes de dret que plantejava la qüestió controvertida i no existir jurisprudència de la Sala» (FJ 3r). L'argumentació de la Sentència per a justificar l'estimació del recurs de cassació queda resumida en els dos paràgrafs següents (FJ 2n, ap. 3r):

La Sentència objecte de recurs, en haver estimat la usucapció dels diners pel transcurs de tres anys perquè declara que ha posseït el numerari heretat, ha infringit els articles 531-23.1 i 531-27.1 del CCCat, en establir que ha existit una situació concreta possessòria de la suma heretada pel mer transcurs de tres anys, quan ni ha existit possessió per la naturalesa fungible dels diners que es consumeix amb el seu ús ni pot recaure un dret real susceptible de possessió, rebutjant l'excepció d'usucapció oposada per la Generalitat de Catalunya. També s'ha vulnerat l'article 465-1.3 del CCCat quan s'estableix que, per bé que l'acció de petició d'herència és imprescriptible, se n'exceptua la usucapció pel que fa a béns singulars. Però si els diners no són susceptibles de ser usucapits, tampoc no cal aplicar aquesta excepció argumentada pel recurrent.

Al nostre entendre, aquesta conclusió de la Sentència ha de ser rebutjada no sols pels arguments exposats en els epígrafs anteriors, que justifiquen la possibilitat

d'usucapir els diners, sinó també perquè és possible rebatre els diferents arguments concrets sobre els quals es basa la decisió final. Tots ells es troben en el tercer apartat del fonament jurídic segon de la Sentència. Ho veurem a continuació.

— La Sentència parteix de l'equiparació dels béns fungibles amb els béns consumibles; ho fa sobre la base de la literalitat de l'article 337 CC, assenyalant que aquest precepte «diferencia els béns mobles entre coses fungibles i no fungibles; pertanyen a la primera espècie (fungible) aquells dels quals no pot fer-se l'ús adequat a la seva naturalesa sense que es consumeixin». No obstant això, la identificació que fa aquest precepte ha estat criticada repetidament per la doctrina.¹⁴ En efecte, encara que moltes coses fungibles són també consumibles (per exemple, un pastís, que desapareix amb el seu ús normal, això és, quan és menjat), unes altres no ho són (com ara l'exemplar d'un llibre o un disc de música, que continuen existint després de ser llegits o escoltats). I, en canvi, hi ha coses que, encara que en si mateixes són consumibles, no poden considerar-se fungibles (com ara la mona de Pasqua elaborada per un pastisser de renom, que constitueix un exemplar únic).

— A continuació, la Sentència incorre en l'error de considerar els diners com una cosa consumible: «[...] es tracta d'un bé fungible per excel·lència i jurídicament consumible». Aquesta afirmació no ens sembla correcta: els diners no són una cosa consumible, perquè el seu ús no comporta la seva extinció, sinó el pas d'un patrimoni a un altre. Així, els diners amb els quals jo pago el preu de la cosa que he comprat no es destrueixen, sinó que, simplement, deixen de formar part del meu patrimoni i s'integren en el del venedor.

— Tampoc no podem estar d'acord amb la conseqüència que la Sentència extreu de la seva afirmació anterior: que els diners «no tenen la consideració legal de bé moble susceptible de possessió»¹⁵ ja que es tracta d'un bé fungible per excel·lència i jurídicament consumible». Com hem assenyalat en l'apartat anterior, els béns fungibles són perfectament susceptibles de possessió. També ho són els béns consumibles mentre existeixen, és a dir, fins que desapareguin per la seva consumició; prova d'això és l'admissió de l'usdefruit —dret real possessori— sobre béns consumibles, com preveu l'article 561-5 CCCat sota el títol «Quasiusdefruit». Observem que, en realitat, aquest argument és aplicable a qualsevol bé, tant si és consumible com si no ho és: mentre existeix, és susceptible de possessió. El mateix succeeix amb els diners, amb l'afegit que no sols no es consumeixen —només canvien de titular—, sinó que, a més, rarament es destrueixen; perquè els diners només deixen d'existir amb la destrucció

14. Així, Manuel ALBALADEJO, *Derecho civil*, vol. I, 15a ed., Barcelona, Librería Bosch SL, 2002, p. 524-527; José Luis LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de derecho civil*, t. I, vol. 3, p. 39; Luis Díez-PICAZO i Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. I, 11a ed. (reimpr.), Madrid, Tecnos, 2004, p. 405-406.

15. Destacat en negreta en l'original.

física dels bitllets o les monedes, o bé amb la retirada dels diners del mercat per decisió del banc emissor de la moneda.

D'altra banda, la Sentència es contradiu quant al caràcter consumible dels diners, atès que més endavant assenyala el següent:

I el seu ús i consum no implica destrucció material, ja que es troba destinat a la despesa, al canvi de titularitat. En aquest sentit, quan a la Generalitat de Catalunya li van ser transferits els diners des del compte de la Sra. [...] es va produir un ingrés mitjançant un apunt comptable en el seu haver, sense que això impliqués possessió, ja que es *consumeix*¹⁶ amb l'ús i posteriorment amb la sortida per a despesa, que no comporta cap pèrdua, sinó subvenció a tercer, en el cas litigiós, d'una quantitat dinerària del seu patrimoni.

— En qualsevol cas, la Sentència vacil·la sobre aquest argument en matisar que els diners són un bé que «no pot ser susceptible de possessió de forma ininterrompuda», cosa que justifica amb el fet que es tracta d'una cosa fungible i que es consumeix en un sol ús. La conseqüència lògica d'aquest argument és que els diners no són susceptibles d'usucapió:

Els diners no poden ser usucapits atès que no són susceptibles de ser posseïts en concepte de propietari i de manera ininterrompuda, que són, entre altres, els requisits necessaris perquè operi la possessió per usucapir.

No obstant això, com hem apuntat abans, els diners sí que poden ser objecte de possessió, i si aquesta possessió és ininterrompuda, permetrà la seva adquisició per usucapió. En això, els diners no constitueixen una excepció: qualsevol bé, mentre sigui posseït de manera ininterrompuda, pot ser adquirit per usucapió.

— Tampoc no compartim l'afirmació que, com que els diners no poden ser «posseït[s] jurídicament»,¹⁷ sobre ells no pot recaure un dret real perquè els diners que es transmeten es confonen amb la resta de diners que tenia el perceptor. En concret:

Cal notar que sobre els diners, és a dir, una prestació dinerària sense especificació de peces o monedes, no pot recaure un dret real ja que no pot ser posseït jurídicament, encara que físicament ho sigui i menys encara de manera ininterrompuda. La particularitat de la naturalesa dels diners com a bé ultrafungible, o amb fungibilitat absoluta, és la seva liquiditat jurídica amb capacitat de substitu-

16. L'original hauria de dir «consumeix».

17. Sí que admet la possibilitat que els diners siguin posseïts «físicament», en allò que la mateixa Sentència qualifica després com una «possessió com a tinença».

ció absoluta, i quan ha de tornar-se qui resulta obligat no ho és amb els mateixos diners rebuts sinó uns altres de la mateixa espècie, qualitat i quantitat, com declara la jurisprudència, ja que, per bé que el numerari s'ha transferit i ingressat en el seu patrimoni, es confon amb les altres sumes dineràries que tingués la Generalitat de Catalunya, en el cas examinat.

No és correcte vincular el dret real a la possessió, i l'ordenament brinda molts exemples de drets reals no possessoris, com ara la hipoteca, el dret d'opció o la penyor sense desplaçament de la possessió (vegeu els art. 104 LH, 568-12.1 CCCat i 1 LHM, entre d'altres).¹⁸

— El caràcter immaterial d'un bé no exclou la seva possessió; ni tan sols la seva tinença. És per això que, encara que els diners puguin tenir un «aspecte immaterial», això no els converteix en res «aliè a la possessió com a tinença» (vegeu el paràgraf transcrit abans). I és per això que la possessió dels diners pot reconèixer-se i transmetre's mitjançant una anotació comptable, a diferència del que s'indica en aquest paràgraf transcrit. Prova d'això és la possibilitat de pignorar accions i altres títols complint el requisit del lliurament de la possessió mitjançant una simple anotació en el registre informatitzat (art. 12 LMV i 8.2a RDL 5/2005).¹⁹

— Finalment, resta efectuar un breu apunt relatiu al tractament que fa la Sentència de la qüestió de la manca de legitimació passiva al·legada per la Generalitat de Catalunya. La fonamentació de l'excepció es basa en la realització de subvencions a favor de terceres persones, de manera que la Generalitat ha deixat de posseir els diners i, en conseqüència, no es compleix un dels requisits de la legitimació passiva. No obstant això, cal destacar que la Sentència vincula la no susceptibilitat dels diners de ser objecte de possessió, a la conservació de la legitimació passiva de la Generalitat. En aquest sentit, en una reiteració dels arguments esgrimits al llarg de tota la fonamentació de la Sentència es manifesta:

No obstant això, amb aquesta argumentació desconeix que la prestació dinerària rebuda per transferència, sense especificació de peces o monedes, funciona com a cosa fungible per excel·lència i jurídicament consumible, i la seva despesa no implica transferència possessòria perquè anteriorment ja no s'ha tingut i, per tant, un cop ingressats en el seu patrimoni, en cas de reclamació, a causa d'haver

18. LH: Llei hipotecària, de 8 de febrer de 1946. LHM: Llei d'hipoteca mobiliària i penyor sense desplaçament de possessió, de 16 de desembre de 1954.

19. LMV: Reial decret legislatiu 4/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei del mercat de valors. RDL 5/2005: Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública.

decaigut el seu inicial dret han de tornar-se no els mateixos diners, sinó el mateix de la mateixa espècie, qualitat i quantitat.

Per aquest mateix motiu, la Sentència considera que la sortida dels diners del patrimoni de la Generalitat no implica la seva pèrdua a l'efecte de la liquidació possessòria, sinó una despesa:

Al·legava [la Generalitat] en l'escrit d'oposició al recurs que, sent posseïdora de bona fe, no respon de la pèrdua de la cosa conforme s'estableix en l'article 522-5 del CCCat. Tanmateix, com hem assenyalat, la sortida del seu patrimoni ha estat per a subvenció a tercers i la seva detracció no comporta cap pèrdua, sinó despesa per a subvencions a tercers, per la qual cosa decau aquest motiu tant perquè no era posseïdora, com perquè no existeix tal pèrdua, sinó despesa en satisfer unes subvencions.

Des del nostre punt de vista, el concepte de *despesa* no és equiparable amb el de *destinació dels béns rebuts per via successòria*. Sense ànim d'aprofundir en la legislació financera de la Generalitat de Catalunya i posant ara el punt d'atenció en la matèria que ens ocupa, volem apuntar només que el Decret 145/2017, de 26 de setembre, de les actuacions administratives i de la gestió del règim d'autonomia econòmica de la successió intestada a favor de la Generalitat de Catalunya, permet diferenciar clarament ambdós conceptes. En relació amb les despeses, l'article 16.2 del Decret considera que «són despeses procedents d'herències intestades les de qualsevol caràcter que derivin de la tramitació, la gestió, l'administració, la conservació o el manteniment dels béns que integren aquestes herències». I, en relació amb les destinacions, l'article 14 del Decret les vincula a la consecució de les finalitats previstes legalment, per la qual cosa estableix un règim de control i seguiment en garantia d'aquesta finalitat. Concretament, l'apartat 3 estableix que «cada departament de la Generalitat de Catalunya ha de donar compte i justificar davant la Junta d'Herències la destinació dels fons rebuts i també que s'han adequat a la finalitat prevista a la normativa civil catalana que regula les herències intestades».

Així doncs, en cap cas les subvencions atorgades mereixen la consideració de despeses a càrrec de la Generalitat, sinó la de cessió gratuïta dels béns per a l'assoliment de les finalitats que estableix l'article 442-13 CCCat.

EL HERMANAMIENTO O PACTO DE MITAD POR MITAD

Guillem Izquierdo Grau
Doctor en derecho

Resumen

Este artículo tiene por objeto el estudio del artículo 232-28 del Código civil de Cataluña (CCCat), sobre el régimen económico matrimonial del hermanamiento o pacto de mitad por mitad propio del derecho de Tortosa. El hermanamiento o pacto de mitad por mitad constituye una variante local del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes propio de Tortosa. El estudio ofrece soluciones prácticas ante problemas que puede plantear la escasa regulación de este régimen económico matrimonial en el Código civil de Cataluña.

Palabras clave: hermanamiento, pacto de mitad por mitad, derecho de Tortosa, Costumbres de Tortosa, regímenes económicos matrimoniales catalanes, régimen de comunidad de bienes.

L'AGERMANAMENT O PACTE DE MIG PER MIG

Resum

Aquest article se centra en l'estudi de l'article 232-28 CCCat, sobre el règim econòmic matrimonial de l'agermanament o pacte de mig per mig propi del dret de Tortosa. L'agermanament o pacte de mig per mig constitueix una variant local del règim econòmic matrimonial de comunitat de béns propi de Tortosa. Aquest estudi ofereix solucions pràctiques sobre els problemes que pot plantejar l'escassa regulació d'aquest règim econòmic matrimonial en el Codi civil de Catalunya.

Paraules clau: agermanament, pacte de mig per mig, dret de Tortosa, Costums de Tortosa, règims econòmics matrimoniales catalans, règim de comunitat de béns.

THE AGERMANAMENT OR PACTE DE MIG PER MIG

Abstract

This paper is focused on the article 232-28 CCCat referred to the matrimonial property regime in Tortosa, the *agermanament* or *pacte de mig per mig*. This matrimonial property regime is a local variant of the system of common property regime in Tortosa. The paper offers practical solutions to problems that may arise from the low-regulation of this matrimonial property regime in the Catalan Civil Code.

Keywords: *agermanament*, *pacte de mig per mig*, Tortosa law, Costums de Tortosa, Catalan matrimonial property regime, common property regime.

1. CONCEPTO

El hermanamiento es un régimen económico matrimonial que se regula en el artículo 232-28 CCCat. Se trata de un régimen económico matrimonial local o comarcal que es regulado de forma independiente de los otros regímenes económicos matrimoniales que regula el Código civil de Cataluña.¹

El mencionado precepto recoge los rasgos fundamentales de este régimen económico matrimonial que se encontraba regulado en el Código de las Costumbres de Tortosa. Es lo que dicho código denominaba «matrimoni que es fa mig per mig».²

1. Nuria Díez ONTAÑÓN, «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras, de hermanamiento o pacto de mitad por mitad, de “pacte de convenença” o “mitja guanyeria” y de comunidad de bienes», en Alfonso HERNÁNDEZ-MORENO y José María MARTINELL GISPert-SAÚCH (dir.), *Persona y familia: Estudios de derecho civil catalán*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad SA, 2014, p. 187. Judith SOLÉ RESINA, «XI. El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias», en María del Carmen GETE-ALONSO CALERA, María YSÀS SOLANES y Judith SOLÉ RESINA (coord.), *Derecho de familia vigente en Cataluña*, 3a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 231-232. Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Capítol 30: els règims econòmics matrimonials», en Ferran BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 483. Sergio NASARRE AZNAR, «Los regímenes económicos locales en Cataluña», en Francisco LLEDÓ YAGÜE y María del Pilar FERRER VENDRELL (dir.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 499. Antoni ISAC AGUILAR, «El régimen económico matrimonial en la Comunidad Autónoma de Cataluña», en Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y Enrique RAJOY BREY (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones: Derecho común, foral y especial*, t. I, Pamplona, Civitas, 2008, p. 242-243.

2. José FOGUET I MARSAL, *Código de las Costumbres escritas de Tortosa*, Tortosa, 1912, p. 272-274.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 232-28 CCCat dice que el pacto de mitad por mitad es originario del derecho de Tortosa. Así pues, el artículo se limita a determinar el origen del *agermanament* o hermanamiento, sin que con esto quiera decirse que únicamente se podrá pactar este régimen económico matrimonial en matrimonios de aquella zona, pues dicho régimen puede pactarse en cualquier matrimonio independientemente de su ámbito geográfico, de acuerdo con el artículo 231-10.1 CCCat.³

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

De acuerdo con la tradición jurídica catalana y de conformidad con el artículo 231-10 CCCat, el *agermanament* o pacto de mitad por mitad no ha sido nunca el régimen económico matrimonial supletorio en los territorios donde regían las Costumbres de Tortosa, sino que, para que rigiera económicamente, tenía que pactarse expresamente en los capítulos matrimoniales de los futuros cónyuges.⁴

A diferencia de los regímenes económicos matrimoniales de la asociación a compras y mejoras y de la *mitja guanyeria*, desde la vigencia del Código de las Costumbres de Tortosa este régimen tenía que pactarse antes de la celebración del matrimonio, toda vez que dicho código preveía que el *pacte de mig per mig* o pacto de mitad por mitad se hiciera «en temps de les nupcies». Esto se mantuvo a lo largo de los diferentes proyectos de compilación del derecho civil catalán.⁵

3. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. xxvii, vol. 2, Madrid, Edersa, 1978, p. 52. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Article 60 CDCC», en Anna CASANOVAS MUSSONS, Joan EGEA FERNÁNDEZ, María del Carmen GETE-ALONSO CALERA y Antoni MIRAMBELL ABANCÓ (coord.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 378. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentari als articles 55, 58 i 59 CDCC», en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*, t. i, Barcelona, Bosch, 1987, p. 501.

4. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 52. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1983, p. 441. Nuria Díez ONTAÑÓN, «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras», p. 187. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 484. Santiago ESPIAU ESPIAU, «L'agermanament o pacte de mig per mig», en Joan EGEA FERNÁNDEZ y Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 328. Adolfo LUCAS ESTEVE, «L'agermanament», en *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 10 (2009), p. 158.

5. Artículo 96 del Proyecto de Compilación de 1955: «El agermanament o pacto de mitad por mitad, que se usa en la comarca de Tortosa, deberá convenirse antes de la celebración del matrimonio y es incompatible con el régimen dotal». Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 52-56. Una crítica sobre el momento en que podía pactarse el régimen económico matrimo-

Por el artículo 14 de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del derecho civil de Cataluña,⁶ el legislador catalán dejó de exigir que el pacto de mitad por mitad se pactara antes de la celebración del matrimonio, al mismo tiempo que la Ley cambió la regulación de las donaciones hechas entre cónyuges durante el matrimonio, pues dejaban de ser nulas y pasaban a ser revocables. Actualmente, el artículo 232-28 CCCat no exige que el *agermanament* se pacte antes del otorgamiento de los capítulos matrimoniales.

En definitiva, de la misma forma que los otros regímenes matrimoniales locales, como la asociación a compras y mejoras y la *mitja guadanyeria*, el *agermanament* puede pactarse en cualquier momento, es decir, antes, durante o después del matrimonio.⁷

4. RÉGIMEN JURÍDICO

En primer lugar, el artículo 232-28.2 CCCat dice que la primera fuente de regulación del régimen económico matrimonial del *agermanament* es lo previsto y pactado por los cónyuges en el título de constitución; es decir, que la autonomía de la voluntad es la primera fuente de regulación del hermanamiento.

nial del *agermanament* puede encontrarse en la obra de Puig Ferriol. El consenso que había entre los juristas catalanes sobre la previa celebración del matrimonio antes del pacto del *agermanament* fue adoptado por la Resolución de 27 de noviembre de 1900, que declaró que este régimen económico matrimonial implicaba una donación entre cónyuges que era prohibida por el derecho romano si se pactaba constando matrimonio. La posición de que las donaciones entre cónyuges constando matrimonio eran nulas se mantuvo a lo largo de toda la codificación civil catalana hasta la modificación de la Compilación por la Ley 13/1984, de 20 de marzo. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 439 y 441. Guillem Maria de BROCA I DE MONTAGUT y Joan AMELL LLOPIS, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, 2a ed., Barcelona, Imprenta Barcelonesa, 1886, p. 362. Artur CORBELLÀ PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, Reus, Imprenta Viuda Vidiella y Pablo Casas, 1906, p. 695. Antoni BORRELL SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. iv, Barcelona, Mancomunitat de Catalunya, Oficina d'Estudis Jurídics, 1923, p. 342. Santiago ESPIAU ESPIAU, «L'agermanament o pacte de mig per mig», p. 328.

6. Artículo 14 de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del derecho civil de Cataluña. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentari als articles 55, 58 i 59 CDCC», p. 496: «Artículo 58. El “agermanament” o pacto de mitad por mitad, propio de la comarca de Tortosa, deberá convenirse en capitulaciones matrimoniales, antes o después de la celebración del matrimonio, y será incompatible con el régimen dotal». El principal motivo por el cual el *agermanament* solo se podía pactar constando matrimonio era evitar donaciones entre cónyuges fuera de los capítulos matrimoniales.

7. Sobre el cambio de régimen económico matrimonial y la oponibilidad de este ante terceros, véase Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentari als articles 55, 58 i 59 CDCC», p. 497-498. El autor defiende que, en caso de constitución del *agermanament* constando matrimonio, los bienes privativos de cada cónyuge siguen teniendo esta consideración y, por tanto, quedan a salvo de la ejecución de los bienes de la comunidad por los acreedores.

En segundo lugar, en todo lo no previsto en los capítulos matrimoniales por los cónyuges, se estará a lo dispuesto en el propio artículo 232-28 CCCat. Las diferentes normas de los apartados del artículo 232-28 CCCat no son imperativas, por lo que no habrá ningún inconveniente si las partes, al amparo de la autonomía privada, regulan de forma distinta estos extremos.⁸

En tercer lugar, en todo lo no previsto en las dos primeras fuentes de regulación del *agermanament*, resulta de aplicación la costumbre propia del lugar. Gran parte de la regulación consuetudinaria del pacto de mitad por mitad fue recogida por el Código de las Costumbres de Tortosa, con lo que la doctrina destaca que esto facilita la prueba de dicha costumbre.⁹ Además, tendrán que tenerse en cuenta costumbres que hubieran surgido con posterioridad al referido código, que en todo caso tendrán que probarse de acuerdo con el artículo 111-1 CCCat.

En cuarto lugar, el artículo 232-28.2 CCCat establece que, finalmente, resultan de aplicación las normas del régimen económico matrimonial de comunidad de bienes, siempre que las normas de este régimen no sean incompatibles con las del hermanamiento.¹⁰ Se trata de una previsión que ya regía desde la entrada en vigor de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Anteriormente, la reforma de la Compilación de derecho civil catalán realizada por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, en el artículo 64, relativo al pacto de mitad por mitad, no preveía la aplicación subsidiaria de las normas de ningún otro régimen económico matrimonial catalán,¹¹ mientras que la reforma realizada por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, se remitía, en su artículo 59, a las normas de la asociación a compras y mejoras del campo de Tarra-gona, en cuanto lo permitiera su naturaleza.

Una vez realizada esta precisión en cuanto a la aplicación supletoria de las normas de otros regímenes económicos matrimoniales, la actual remisión del artículo 232-28.2 CCCat al régimen de comunidad de bienes se entiende en referencia a lo dispuesto entre los artículos 232-30 y 232-38 CCCat.

8. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 57.

9. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 57. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentari als articles 55, 58 i 59 CDCC», p. 500-501. El problema se plantea cuando el *agermanament* se pacta en una comarca cuyas costumbres no son las del derecho de Tortosa. En este caso, Espiau descarta la aplicación del régimen de la asociación a compras y mejoras porque es incompatible con la naturaleza del *agermanament* y la aplicación del Código civil general.

10. Adolfo LUCAS ESTEVE, «L’agermanament», p. 170. Para este autor, son incompatibles con el hermanamiento las normas del régimen de comunidad de bienes sobre la naturaleza jurídica del patrimonio común y el pasivo de la comunidad.

11. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Article 60 CDCC», p. 377.

5. NATURALEZA JURÍDICA

El *agermanament* o pacto de mitad por mitad implica que los bienes que antes de pactarse este régimen económico matrimonial eran de titularidad exclusiva de cada cónyuge, pasen a formar parte de una comunidad universal integrada por todos los bienes que adquieran los cónyuges, con las posibles excepciones que se verán más adelante. Pero esta conversión de los bienes privativos de cada uno de los cónyuges en un patrimonio común no significa que se trate de una sucesión universal *inter vivos*, porque esto implicaría la subrogación de un sujeto en la posición que otro ocupaba, hecho que no se da en el pacto de mitad por mitad, sino que lo que realmente se produce es una comunicación de bienes entre ambos cónyuges, de manera que si con anterioridad al pacto de mitad por mitad el cónyuge tenía el dominio exclusivo sobre su patrimonio, ahora su titularidad se comunica con la del otro cónyuge.¹²

6. SUJETOS

El artículo 232-28 CCCat configura el *agermanament* como un régimen económico matrimonial porque en ninguno de sus apartados se habla de los ascendientes de los cónyuges como integrantes de la comunidad, como sí sucede en la asociación a compras y mejoras propia del campo de Tarragona, o de parientes y extraños, como contempla el artículo 232-29 CCCat respecto del régimen de la *mitja guanyeria*, propio del valle de Arán.¹³

Por tanto, los únicos integrantes del *agermanament* son los cónyuges y, en consecuencia, el *agermanament* o pacto de mitad por mitad es un régimen económico familiar, sin que quepa la posibilidad de configurarse como una comunidad familiar.

12. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 61: «Fruto de esta comunicación es, [...], el establecimiento de una comunidad sobre tal patrimonio, del que pasan ahora a ser los cotitulares ambos cónyuges, pero sin que ello quiera decir que esta comunidad atribuya a cada uno de los cónyuges una cuota igual sobre cada uno de los bienes así comunicados, porque sólo al disolverse la comunidad es posible concretar la participación de cada uno de los cónyuges en tal patrimonio; [...] esta comunicación de bienes dará origen a una comunidad en mano común o sin cuotas». Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 442-443. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 484-485. Santiago ESPIAU ESPIAU, «L’agermanament o pacte de mig per mig», p. 329. Espiau Espiau niega que, de acuerdo con la aplicación supletoria del régimen de comunidad de bienes, pueda haber bienes privativos en el *agermanament*.

13. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 52 y 59. El artículo de Puig Ferriol revela la posibilidad de que, en su origen, el *agermanament* pudiera abarcar también a otras personas, toda vez que la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa decía que «es fa mig per mig lo qual matrimoni es comparat a companya», como si se diferenciase los supuestos según si el régimen abarcara solo a los cónyuges o también a otros asociados.

7. OBJETO

El artículo 232-28.3 CCCat deja pocas dudas en cuanto al objeto del pacto de mitad por mitad. Se establece que «[l]a comunidad incluye todos los bienes que tengan los cónyuges al casarse o en el momento de convenir el pacto de agermanament, los que adquieran por cualquier título y las ganancias o lucros de todo tipo mientras subsista el régimen».

Por tanto, forman parte del *agermanament* todos los bienes que los cónyuges tuvieran en el momento de pactar este régimen económico matrimonial y los que adquieran con posterioridad a la celebración del matrimonio.¹⁴

La doctrina¹⁵ ha distinguido entre la constitución de una comunidad romana en relación con los bienes que forman parte de la comunidad, y una comunidad germánica en consideración a todo el patrimonio común, pues en el Código de las Costumbres de Tortosa se preveía que cada cónyuge podía disponer libremente de su participación en los bienes comunes, hecho que diferencia claramente el hermanamiento de los regímenes económicos matrimoniales de comunidad.

Aunque el artículo 232-28.3 CCCat establezca con toda rotundidad que el *agermanament* crea una comunidad absoluta de bienes entre los cónyuges, la doctrina ha destacado que hay una serie de bienes que están excluidos de la comunidad. En primer lugar, los bienes o ganancias que procedan de actividades ilícitas de cualquiera de los

14. Artur CORBELLÀ PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, p. 695: «[...] todo cuanto tengan y puedan tener y ganar por cualquier título y en cualquier tiempo marido y mujer, mientras el matrimonio subsista, sin mirarse quién aporta más y quién menos, antes ni después de contraído el matrimonio, por mucho que el uno aporte y por poco que el otro traiga, y todo ganancia que uno de los cónyuges haga por cualquier causa, como también lo que adquiera uno de ellos por sucesión testamentaria ó intestada, ó por donación entre vivos durante el matrimonio». Antoni BORRELL SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 342. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 439. Nuria Díez ONTAÑÓN, «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras», p. 187. Judith SOLÉ RESINA, «XI. El régimen económico matrimonial», p. 232. Antoni MIRABELL ABANCÓ, «Capítol 30: els règims econòmics matrimoniales», p. 483. Sergio NASARRE AZNAR, «Los regímenes económicos locales en Cataluña», p. 499-500.

15. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 442: «[...] este proceso de comunicación da lugar, naturalmente, a la constitución de una comunidad del tipo de la denominada *societas omnium bonorum* en derecho romano, o sea, una comunidad universal, aunque no en régimen de mancomún, o sea, del propio de la comunidad germánica, por cuanto el proceso comunicador que se produce por efecto del “agermanament” tortosino implica la configuración de cuotas patrimoniales a favor de cada uno de los cónyuges [...] tales cuotas no resultan negociables constante matrimonio [...] no creemos que esto se halle en oposición con lo que el Código de Tortosa establece en su libro 5º, rúbrica 1ª, Costumbre 21, al expresar en el inciso último que “cada uno (de los cónyuges) puede disponer libremente y a su voluntad de su parte, en todos los tiempos sin contraste y oposición de persona alguna”, pues hay que entender que esta libre disposición se circunscribe al tiempo posterior a la extinción del “agermanament”. Véase también Adolfo LUCAS ESTEVE, «L’agermanament», p. 160.

cónyuges, de conformidad con la Costumbre 3, rúbrica cuarta, del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa, de acuerdo con la función interpretativa de este texto de las disposiciones vigentes del artículo 232-28 CCCat. En segundo lugar, según la doctrina se excluyen de la comunidad de bienes los derechos personalísimos de cualquiera de los cónyuges y los bienes adquiridos por alguno de los cónyuges por donación o herencia, cuando el disponente haya ordenado que no formen parte de la comunidad.¹⁶

En la redacción actual del artículo 232-28 CCCat se ha suprimido la disposición del artículo 64.4 del Código de familia sobre la inscripción de los bienes adquiridos por uno de los cónyuges a favor del *agermanament*: «Cualquiera de los cónyuges puede exigir siempre que en la inscripción de los bienes o derechos adquiridos por el otro se haga constar que forman parte del “agermanament”». Dicha norma fue introducida por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, pero con anterioridad a la reforma de la Compilación hecha por esta ley dicha facultad solo se reconocía a la mujer que podía solicitar la inscripción en nombre del *agermanament* de los bienes adquiridos por el marido.

8. LA ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES COMUNES

El artículo 232-28.4 CCCat dice que la administración de la comunidad corresponde a ambos cónyuges, aunque nada impide que en los capítulos se pacte una cosa distinta. Este precepto también fue objeto de modificación por la Ley 13/1984, de 20

16. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 60. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 484. Adolfo LUCAS ESTEVE, «L'agermanament», p. 175: «Personalment, no estic d'acord amb aquesta posició, ja que la relació de les fonts que regeixen l'agermanament des de l'any 1960 és de tipus jeràrquic i el primer lloc està ocupat pels pactes de constitució del règim. Per tant, els pactes establerts pels cònjuges tenen preferència sobre la regulació legal o la de qualsevol de les altres fonts supletòries. Aquesta idea es reitera en l'article 15 CF, que considera que en els capítols matrimonials hom pot determinar el règim econòmic matrimonial i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients. En conseqüència, seria vàlid un acord dels cònjuges que establís béns privatis».

»Aquesta posició s'ha vist reforçada pel Codi civil de Catalunya, que estableix que “les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut” (art. 111-6 CCCat).

»A aquesta reflexió, s'hi pot afegir la redacció de l'article 64.6 CF, que disposa que “la liquidació de l'agermanament s'ha de fer adjudicant per meitat els béns que inclogui entre els cònjuges [...]”. Amb aquesta expressió el legislador no ha reiterat la fórmula de l'article 64.3 CF “inclou tots els béns”, sinó que ha utilitzat una formulació molt menys categòrica que permet suposar que hi ha béns que no estan inclosos en l'agermanament i que, per tant, són privatis».

de marzo, toda vez que con anterioridad a la misma la Compilación preveía que solo el marido podía administrar la comunidad.¹⁷

Ambos cónyuges pueden contraer obligaciones con cargo a la comunidad, adquirir bienes o derechos para la comunidad, así como ejercer las acciones judiciales que correspondan para la defensa de los intereses de la comunidad.¹⁸

Lo anterior resulta aplicable a los actos dispositivos realizados por los cónyuges; es decir, ambos pueden disponer onerosamente y gratuitamente de los bienes que forman la comunidad, pero para estos actos de gestión y dispositivos es necesario el consentimiento de ambos cónyuges o el de uno de ellos cuando éste actúe con el consentimiento expreso o tácito del otro.¹⁹

9. OBLIGACIONES Y CARGAS

Esta cuestión no aparece regulada en los diferentes apartados del artículo 232-28 CCCat, por lo que tendrá que tenerse en cuenta en este punto lo prevenido en el Código de las Costumbres de Tortosa, que dedica algunos párrafos a esta materia en contraposición a la inexistente regulación sobre este extremo en el artículo 232-28 CCCat.²⁰

Del párrafo segundo de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa se deduce que serán a cargo de la comunidad las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en interés de la propia comunidad. Según el Código de las Costumbres de Tortosa, eran deudas contraídas en interés de la propia comunidad: *a)* las que consentían el marido y su esposa; *b)* las

17. Artículo 59 de la Compilación de derecho civil de Cataluña: «La administración de la comunidad corresponderá al marido, quien, durante el matrimonio, podrá disponer a título oneroso, con su única intervención, de los bienes de la misma».

18. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 65. Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Capítol 30: els règims econòmics matrimonials», p. 483. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 485. Santiago ESPIAU ESPIAU, «L'agermanament o pacte de mig per mig», p. 329.

19. Nuria Díez ONTAÑÓN, «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras», p. 188: «Como quiera que la participación de cada uno de los cónyuges en la comunidad conyugal es consustancial a su condición de cónyuge, en ningún caso pueden enajenar la cuota que sobre la totalidad del patrimonio ostentan a un tercero, pudiendo, en cambio, enajenar la participación que sobre un bien concreto ostentan, en cuyo caso y salvo la existencia de un pacto en la escritura de capitulaciones que disponga cosa distinta, se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges». Judith SOLÉ RESINA, «XI. El régimen económico matrimonial», p. 232. Sergio NASARRE AZNAR, «Los regímenes económicos locales en Cataluña», p. 500. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 485. Adolfo LUCAS ESTEVE, «L'agermanament», p. 172.

20. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 63. Nuria Díez ONTAÑÓN, «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras», p. 187.

que el marido hubiera contraído por sí mismo; c) las que hubiera contraído la esposa para atender las necesidades de la casa y de la familia cuando su esposo estaba ausente o cuando, estando presente, se negaba a satisfacerlas, y d) las contraídas en el seno del negocio familiar cuando la esposa se dedicaba a ello con el consentimiento de su marido.²¹

El Código de las Costumbres de Tortosa también regulaba el régimen de las deudas privativas, es decir, las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges que no se contraían en interés del patrimonio común. Estas eran: a) las contraídas por el marido con terceros sin el consentimiento de su esposa; b) las obligaciones y deudas contraídas por la esposa fuera de la administración de la casa o el negocio familiar, y c) las donaciones realizadas por el marido por dote o por cualquier otro motivo a favor de los hijos o de otra persona.²²

El Código de las Costumbres de Tortosa también regulaba el régimen de responsabilidad de los cónyuges por las deudas antes descritas, en función de su consideración como deuda en interés de la comunidad o como deuda privativa.

Respecto de las deudas contraídas en interés de la comunidad, los acreedores podían exigir su pago antes de la liquidación del régimen y dirigirse contra todos los bienes, independientemente de si con anterioridad a la constitución del hermanamiento eran del marido o de la esposa.

Por lo que se refiere a las deudas contraídas por el marido, el párrafo tercero de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa establecía que tales deudas no gravaban el patrimonio común, sino que tenían que pagarse a cargo de la mitad del patrimonio común que correspondía al marido. Pero, dada la posición preeminente que ostentaba el marido en la gestión de la comunidad, se reconocía el derecho de los terceros acreedores a dirigirse contra todo el patrimonio común, sin perjuicio del derecho de la mujer a instar la disolución de la comunidad y de que se le adjudicasen bienes por el importe pagado por el marido.²³

21. Véase el párrafo segundo de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa: «Les coses aqueles que son entreyls e deuen esser mig per mig: son aqueles que pagats tots los deutes que amduy ensemps auran manleuats; ne en que amduyse serán obligats o quel marit per si meteyx aura manleuats, o que la muller en necessaries de si, o de son alberc aura manleuats quel marit no yc sia; o si ya es o y era e no volra fer les necessaries a ella ne a son alberc; o si ella será mercadera o tenera consentiment son marit aura se manleuat o comprat, remedran ne feran en comu, o a eyls pertanyen o deuen pertanyer, per alguna rao; e han e deuen auer: pagats tots aquests deutes sobredits: mig per mig». ARTUR CORBELLA PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, p. 695. ANTONI BORRELL SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 343.

22. SERGIO NASARRE AZNAR, «Los regímenes económicos locales en Cataluña», p. 500. Nasarre Aznar defiende la aplicación de los preceptos del Código civil de Cataluña relativos al embargo de bienes comunes por los acreedores en lugar de acudir a lo dispuesto en el Código de las Costumbres de Tortosa. SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, «L'agermanament o pacte de mig per mig», p. 329.

23. LLUÍS PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 64. RAMON MARIA

En lo que se refiere a las deudas contraídas por la mujer en su propio interés o en el de terceros, se establecía la no afectación de tales deudas a la cuota del *agermanament* que correspondía al marido, pero los acreedores no podrían exigir el importe de sus créditos hasta que no se disolviera la comunidad.²⁴

10. EXTINCIÓN

Según el artículo 232-28.5 CCCat parece que el Código civil de Cataluña solo se ocupe de la extinción del *agermanament* por la muerte de uno de los cónyuges, puesto que el mencionado precepto habla de liquidar el patrimonio común entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto.

Pero la doctrina²⁵ ha defendido que, con base en la aplicación supletoria de las normas del régimen de comunidad de bienes, el pacto de mitad por mitad se extinguiría por las causas que establece el artículo 232-36 CCCat; esto es, por las causas previstas en los capítulos matrimoniales, por nulidad, disolución o separación judicial o de hecho de los cónyuges por un período superior a seis meses, además del incumplimiento grave o reiterado del deber de informar al otro cónyuge de sus activi-

ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 445. Artur CORBELLÀ PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, p. 696. Antoni BORRELL SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 343. Véase el párrafo tercero de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa: «[...] mas si per aventura lo marit sobligara per altre la part de la muller no deu metre ne pagar re: en ayant com eyl per altre sobliga; e totes hores que eyl pac re per altre: ne pot en deu sa muller atrestant leuar, en lo qual altrestant: lo marit no ha part alguna, ne re que ayl deja daquel altrestant nos deu pagar; ne res obligat en re si doncs ella no ha fermat».

24. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 64. Artur CORBELLÀ PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, p. 696. Antoni BORRELL SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 343.

Véase el párrafo cuarto de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa: «[...] atressi si la muller per altra sobligara, ne manleuara re sino en aqueles sobredites, la part del marit non es en reobligada ans la leuara lo marit, o sos hereus; quant lo matrimoni sia solt per mort o per altra rao entrells; ne dementre lo matrimoni dur lo marit ne la muller no poden esser forçats ni destrets, ne o deuen esser que sen paguen de re en que la muller se sia obligada per altre: ni de re que manleu, sino en les coses des nomenats mas solt lo matrimoni ella es tenguda de pagar e obligada de la sua part tansolament o de la sua meytat».

25. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 66-67. Artur CORBELLÀ PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, p. 696. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Article 60 CDCC», p. 377-378. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 445. Nuria Díez ONTAÑÓN, «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras», p. 188. Judith SOLÉ RESINA, «XI. El régimen económico matrimonial», p. 232. Sergio NASARRE AZNAR, «Los regímenes económicos locales en Cataluña», p. 500. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 485. Santiago ESPIAU ESPIAU, «L’agermanament o pacte de mig per mig», p. 330.

dades económicas, por la gestión patrimonial irregular del patrimonio común por parte de uno de los cónyuges o por el embargo de bienes comunes.

11. LIQUIDACIÓN

Una vez que el régimen del *agermanament* se extinga por una de las causas anteriores, el artículo 232-28.5 CCCat dice que «[l]a liquidación del *agermanament* debe hacerse adjudicando a partes iguales los bienes que incluya entre los cónyuges o entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto».

Está fuera de toda discusión que las adjudicaciones se hagan por mitades, pues el propio régimen es conocido por esta característica y lleva el nombre de «pacto de mitad por mitad» o el de «matrimoni que es fa mig per mig» por este motivo. Sin embargo, la doctrina se ha preguntado, y contestado de forma afirmativa, si en los capítulos matrimoniales los cónyuges pueden pactar una proporción distinta en cuanto a la adjudicación de los bienes comunes de forma desigual.²⁶

Respecto a la extinción del régimen y de acuerdo con el régimen consuetudinario del pacto de mitad por mitad, el Código de las Costumbres de Tortosa establece que, transcurridos nueve días desde la muerte del marido, la viuda tiene que alimentarse exclusivamente con la participación que le corresponda de la comunidad, por lo que no podrá exigir el beneficio del año de viudedad o de luto.²⁷

De acuerdo con el párrafo sexto de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa, el efecto de la liquidación es atribuir a cada uno de los cónyuges la propiedad exclusiva de los bienes que formaban parte del patrimonio común.²⁸

26. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 67.

27. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 67.

Véase el párrafo sexto de la Costumbre 20 de la rúbrica primera del libro quinto del Código de las Costumbres de Tortosa: «Solt empero lo matrimoni sobredit per mort o per altra rao, cascú ha la sua meytat a tota la sua voluntat que la un si que laltre sia mort, o que abduy sien vius mas lo matrimoni sia solt no pot ne deu menjar ne vestir ne usar la part de laltre. E si lo marit morra ans que la muller de IX dies enant deu viura la muller de la sua part propia e el marit atressi tempradament e couinent».

Antoni BORRELL SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 342. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 446.

28. Lluís PUIG FERRIOL, «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad», p. 68. Ramon Maria ROCA SASTRE, *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*, p. 446. Artur CORBELLÀ PASCUAL, *Manual de derecho catalán*, p. 696. Judith SOLÉ RESINA, «XI. El régimen económico matrimonial», p. 232. Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Capítol 30: els règims econòmics matrimonials», p. 483. Sergio NASARRE AZNAR, «Los regímenes económicos locales en Cataluña», p. 500. Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, p. 485.

La doctrina²⁹ ha señalado que el valor de los bienes aportados al matrimonio difícilmente va a coincidir con el valor de los bienes obtenidos por la extinción del régimen y la adjudicación de los bienes. En el hermanamiento no se contempla ninguna compensación por la diferencia entre el valor de los bienes aportados y el valor de los bienes adjudicados con la extinción y liquidación del régimen, por lo que la adjudicación por mitades no puede considerarse un enriquecimiento injusto.

BIBLIOGRAFÍA

- BORRELL SOLER, Antoni. *Dret civil vigent a Catalunya*. Vol. IV. Barcelona: Mancomunitat de Catalunya. Oficina d'Estudis Jurídics, 1923, p. 342.
- CORBELLA PASCUAL, Artur. *Manual de derecho catalán*. Reus: Imprenta Viuda Vidie-lla y Pablo Casas, 1906, p. 695.
- BROCA DE MONTAGUT, Guillem Maria de; AMELL LLOPIS, Joan. *Instituciones del derecho civil catalán vigente*. 2a ed. Barcelona: Imprenta Barcelonesa, 1886, p. 362.
- DÍEZ ONTAÑÓN, Nuria. «3. Regímenes económicos matrimoniales de asociación de compras y mejoras, de hermanamiento o pacto de mitad por mitad, de “pacte de convinença” o “mitja guanyeria” y de comunidad de bienes». En: HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso; MARTINELL GISPERT-SAÚCH, José María (dir.). *Persona y familia: Estudios de derecho civil catalán*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad SA, 2014, p. 182-197.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago. «Article 60 CDCC». En: CASANOVAS MUSSONS, Anna; EGEA FERNÁNDEZ, Joan; GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen; MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni (coord.). *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995, p. 375-379.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago. «L'agermanament o pacte de mig per mig». En: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (dir.). *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 328-330.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago. «Comentari als articles 55, 58 i 59 CDCC». En: *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1987, p. 477-513.
- ISAC AGUILAR, Antoni. «El régimen económico matrimonial en la Comunidad Autónoma de Cataluña». En: GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis; RAJOY BREY, Enrique (coord.). *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones: Derecho común, foral y especial*. Tomo I. Pamplona: Civitas, 2008, p. 213-247.

29. Adolfo LUCAS ESTEVE, «L'agermanament», p. 172.

- LUCAS ESTEVE, Adolfo. «L'agermanament». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 10 (2009), p. 157-179.
- MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni. «Capítol 30: els règims econòmics matrimonials». En: BADOSA COLL, Ferran (dir.). *Manual de dret civil català*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 471-487.
- NASARRE AZNAR, Sergio. «Los regímenes económicos locales en Cataluña». En: LLEDÓ YAGÜE, Francisco; FERRER VENDRELL, María del Pilar (dir.). *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 493-503.
- PUIG FERRIOL, Lluís. «Del “agermanament” o pacto de mitad por mitad». En: ALBALADEJO GARCÍA, A. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tomo XXVII, vol. 2. Madrid: Edersa, 1978, p. 51-68.
- PUIG FERRIOL, Lluís; ROCA TRIAS, Encarna. *Institucions del dret civil de Catalunya*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 484-485.
- ROCA SASTRE, Ramon Maria. *Estudios de derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 1983.
- SOLÉ RESINA, Judith. «XI. El régimen económico matrimonial de participación en las ganancias». En: GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen; YSÀS SOLANES, Maria; SOLÉ RESINA, Judith (coord.). *Derecho de familia vigente en Cataluña*. 3a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 213-225.

CONSIDERACIONS AL VOLTANT DEL PROCEDIMENT DE RECUPERACIÓ IMMEDIATA DE LA POSSESSIÓ D'HABITATGES¹

Lluís Caballol i Angelats

Professor titular de dret processal

Universitat de Barcelona

Resum

L'article estudia els principals aspectes del procediment de recuperació immediata de la possessió d'habitatges, introduït per la Llei 5/2018, d'11 de gener, de modificació de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC), en relació amb l'ocupació il·legal d'habitatges.

Aporta una perspectiva de conjunt d'aquest procediment que permet apreciar el contingut de la tutela que es dispensa i aprofundeix en els criteris d'adequació del procediment i en les especialitats processals que incorpora la reforma legal.

S'aporten idees i es pren posició respecte a aspectes conceptuals del procediment. També es valora l'impacte que produirà aquest nou procediment en el conjunt de modalitats de tutela civil de recuperació de la possessió vigents en l'ordenament jurídic espanyol.

Paraules clau: ocupació il·legal, recuperació immediata de la possessió d'habitatges, especialitats procedimentals.

CONSIDERACIONES ALREDEDOR DEL PROCEDIMIENTO DE RECUPERACIÓN INMEDIATA DE LA POSESIÓN DE VIVIENDAS

Resumen

El artículo estudia los principales aspectos del procedimiento de recuperación inmediata de la posesión de viviendas, introducido por la Ley 5/2018, de 11 de enero, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

1. Aquest treball s'ha elaborat en el marc de la vinculació de l'autor al projecte de recerca finançat pel Ministeri d'Economia i Competitivitat «El derecho de bienes en la sociedad digital europea: mecanismos de adquisición, transmisión y gravamen» (DER2017-82129-P).

Aporta una perspectiva de conjunto de este procedimiento que permite apreciar el contenido de la tutela que se dispensa y profundiza en los criterios de adecuación del procedimiento y en las especialidades procesales que incorpora la reforma legal.

Aporta ideas y se posiciona sobre aspectos conceptuales del procedimiento. También se valora el impacto que producirá este nuevo procedimiento en el conjunto de modalidades de tutela civil de recuperación de la posesión vigentes en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: ocupación ilegal, recuperación inmediata de la posesión de viviendas, especialidades procedimentales.

CONSIDERATIONS ABOUT THE PROCEDURE FOR THE IMMEDIATE RECOVERY OF THE HOUSING POSSESSION

Abstract

The article studies the main aspects of the procedure for the immediate recovery of the housing possession, introduced by the Law 5/2018 of January 11, amendment of the Law 1/2000, of 7 January, of Civil Enforcement, in relation to the illegal occupation of dwellings.

It provides a whole perspective of the of the procedural process that allows us to appreciate the content of the protection that is dispensed with and deepens in the criterion of adequacy of the procedure and in the process specialties that the legal reform incorporates.

It provides ideas and takes sides on conceptual aspects of the procedure. It also values the impact that this new procedure will produce in the set of modalities of recovery of the possession in the Spanish legal order.

Keywords: illegal occupation, immediate recovery of the housing possession, procedural specialties.

INTRODUCCIÓ

El gaudi, en les seves diferents modalitats, és l'expressió més genuïna de qual-sevol dret que es té sobre una cosa. Així, la privació de la cosa equival *de facto* a la privació del dret sobre la cosa. Aquest efecte explica que, produïda la desposseïció d'un bé, l'afectat aspiri a recuperar la cosa de la manera més immediata possible.

Històricament, l'ordenament jurídic, davant el conflicte generat per la desposseïció d'una cosa, ha respost prohibint l'autotutela i articulant modalitats d'heterotutela orientades a restablir el gaudi del bé a l'afectat amb una certa agilitat.

En les darreres dècades s'està produint el fenomen que grups de persones accedeixen a diferents tipus d'immobles que no solen ser objecte d'un ús immediat, sense intenció de discutir-ne la titularitat i amb el propòsit de gaudir-ne, ja sigui únicament per a satisfer necessitats personals, ja sigui per a donar a l'immoble una transcendència envers la col·lectivitat. En aquest moviment s'aprecia una vocació de protesta i de denúncia sobre el possible excés que significa el no ús del bé.

Més recentment, arran de la punxada de l'anomenada *bombolla immobiliària* i de la crisi econòmica subsegüent, s'ha incrementat el nombre de persones sense recursos i sense habitatge i, paral·lelament, ha augmentat el nombre d'immobles adequats per a satisfer les necessitats d'habitatge que resten buits sense que els seus titulars els utilitzin. Aquest fet, unit a la manca de recursos públics per a fer front a la situació, ha afavorit que el fenomen de l'ocupació hagi agafat una dimensió quantitativa i qualitativa que no havia tingut fins a aquest moment i que s'hagi arribat a generar un «mercado de l'ocupació» que fa de la possibilitat d'ocupar, una activitat organitzada.

Davant de tot plegat, la lenta resposta dels mecanismes institucionals fa que la situació de fet es prolongui en el temps. Això propicia que l'ocupació aparegui com una alternativa que calgui considerar, atesa la utilitat que aporta a qui la duu a terme, i alhora fa que (de manera més intensa si s'ocupen immobles efectivament utilitzats pels seus titulars) sembli que es transigeix amb actes de desposseïció flagrants que són desesperadament intolerables.

Des d'un altre punt de vista, el fet que en força casos, un cop recuperat l'immoble, aquest resti buit, sense expectatives de ser utilitzat, i que els qui l'ocupaven continuïn sense tenir una alternativa per a atendre les seves necessitats, per mínima que sigui, genera un rebuig que tampoc no havia tingut lloc amb tanta intensitat en altres moments.

Del conjunt de l'ordenament jurídic es desprèn que ser titular d'un dret sobre un bé que doni dret a posseir-lo, ha de permetre poder recuperar-lo si algú se n'apropia, encara que no tingui intenció d'utilitzar-lo. En aquest mateix marc jurídic, la vulnerabilitat de la persona desallotjada, si bé a hores d'ara no té l'abast d'obstar a la recuperació de la cosa, sí que es pren en consideració per tal de mirar de cercar i d'oferir alternatives. La gestió d'aquesta situació sí que pot arribar a retardar temporalment el desallotjament. No es preveu cap mena de compensació per al titular afectat en aquests casos.

En aquest context, la prolongació indefinida de la situació de fet que significa l'ocupació no és una solució que es pugui valorar com a satisfactòria per al titular del bé, però tampoc no ho és per a qui l'ocupa per necessitat.

La necessitat d'intervenir a curt termini ha fet que s'hagin considerat opcions com ara l'establiment obligatori d'un lloguer social i la limitació del preu del lloguer; o l'adquisició o l'obtenció de la cessió de l'ús de l'habitatge per part dels poders públics per a destinar-lo a habitatge social. Limitacions de caràcter jurídic han frustrat, per ara, la primera opció, i la segona està molt limitada pels recursos disponibles.²

La Llei 5/2018, d'11 de gener, de modificació de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, en relació amb l'ocupació il·legal d'habitatges mira de fer front a la situació en l'àmbit civil incidint en un dels seus elements: aconseguir que el titular del bé recuperi la possessió amb celeritat. Justifica la iniciativa la necessitat de fer alguna cosa que sigui més eficaç que les modalitats de tutela civil vigents fins a aquest moment.

L'objecte d'aquest article és propiciar la reflexió sobre la nova regulació i, en general, sobre el sistema espanyol de tutela civil de la possessió.

1. DESCRIPCIÓ BREU DE LA MODALITAT DE PROCEDIMENT

La Llei 5/2018, d'11 de juny, de modificació de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, en relació amb l'ocupació il·legal d'habitatges (d'ara endavant, Llei 5/2018), regula una modalitat de recuperació de la possessió per als casos en què el bé s'ha ocupat sense el consentiment d'aquells que se'n veuen privats, sempre que el bé sigui un habitatge i que qui el vulgui recuperar sigui una persona física, una entitat sense ànim de lucre o una entitat pública propietària o posseïdora d'habitatge social, i tingui un títol que li doni dret a posseir (art. 250.1.4 LEC).

Aquesta modalitat de tutela se substancia pels tràmits del judici verbal i es fonamenta en l'acreditació documental del dret a posseir del reclamant, el qual preceptivament ha d'adjuntar a la demanda el títol del dret a posseir. Es considera expressament la possibilitat que la demanda es pugui adreçar als ocupants ignorats de l'habitatge (art. 437.3 bis LEC).

2. La necessitat de garantir l'accés a l'habitatge ha inspirat, en diferents moments de la història, polítiques vinculades a la industrialització de la societat que per una raó o altra han anat desapareixent quan aquest canvi s'havia produït i semblava consolidat. Actualment, les polítiques d'habitatge s'han de vincular al concepte de *persona* i, si més no per ara, no estan relacionades amb la necessitat d'apuntalar processos de creació de riquesa econòmica. Això fa que des d'alguns sectors es percebin com a frens o impediments per al manteniment d'una dinàmica empresarial mínima.

Una de les innovacions més destacades de la reforma és que, instada la recuperació immediata de l'habitatge, es requereix als demandats que aportin el títol en què fonamenten la seva situació possessòria en el termini de cinc dies, amb l'avertència que si no ho fan, seran desallotjats del bé (art. 441.1 bis LEC).

A més, si els demandats no contesten la demanda, es procedeix a dictar sentència immediatament. Si, per contra, s'hi oposen, la seva defensa en principi s'ha de circumscriure a invocar i acreditar un títol que doni dret a posseir o bé la manca de títol per part del demandant. De manera que el debat en el procediment s'haurà de centrar a examinar els títols aportats i a determinar quin de tots ells ha de prevaldre (art. 444.1 bis LEC).

La sentència que estima la demanda permet al reclamant instar el despatx de l'execució sense haver d'esperar els vint dies establerts amb caràcter general (art. 444.1 bis LEC).

2. NATURALES DEL PROCEDIMENT DE RECUPERACIÓ IMMEDIATA DE LA POSSESSIÓ D'HABITATGES

La Llei configura la recuperació de la possessió d'habitatges fonamentada en un títol com un procediment verbal per raó de la matèria (art. 250.1.4 LEC). És, per tant, un procediment que només es pot seguir en el cas previst específicament i en el qual no es pot dilucidar cap altra qüestió que no sigui la que fa que el procediment sigui adequat (art. 73.1.2 i 3 i 437.4 LEC).

Al voltant d'aquesta modalitat de tutela han sorgit alguns dubtes de caràcter conceptual que poden tenir incidència en la resolució d'algunes qüestions pràctiques. Aquests dubtes són: si es tracta d'una variant de la recuperació de la possessió o bé és una modalitat diferent; i, a resultes d'aquest debat, si el procediment està sotmès al termini de caducitat d'un any des de la desposseïció i si té caràcter plenari o sumari. Les analitzarem tot seguit.

2.1. ÉS UNA VARIANT DE L'INTERDICTE DE RETENIR I RECUPERAR LA POSSESSIÓ, O BÉ ÉS UNA MODALITAT DE TUTELA DIFERENT?

La primera impressió que s'extreu de la Llei 5/2018 és que incorpora una variant en el que queda en la LEC de l'històric interdicte de recobrar la possessió i que ara s'anomena *procés de tutela sumària de la possessió*. En favor d'aquesta conclusió s'invoca, per una banda, que el paràgraf tretzè del preàmbul de la mateixa reforma afirma que «[...] es planteja aquesta reforma en què s'adequa i actualitza el tradicional interdicte de recobrar la possessió per a una recuperació immediata de l'habitatge ocupat il·legalment»; per l'altra, s'invoca que la reforma es concreta amb l'addició a l'arti-

cle 250.1.4 LEC d'un paràgraf on es determina el procediment adequat per a substantiar les pretensions de tutela sumària de la tinença o de la possessió d'una cosa o un dret per qui ha estat desposseït o pertorbat en el seu gaudi.³

Això no obstant, abans de donar per definitiva aquesta conclusió, caldria considerar el contingut i la sistemàtica de la norma i el fonament de la tutela que es regula.

Pel que fa al contingut i la sistemàtica de la norma, es pot apreciar que cap dels paràgrafs introduïts per la Llei 5/2018 no és aplicable a la tutela sumària de la possessió, atès que tot ells es refereixen a la recuperació immediata de la possessió d'habitatges. De fet, l'interdicte de retenir i recobrar la possessió tradicional manté exactament la mateixa regulació que abans de la reforma. A més, ambdues modalitats de procediment estan regulades en paràgrafs separats. I, finalment, els requisits que ha d'acomplir el demandant en els dos casos són també diferents.

El fonament de la modalitat de tutela introduïda també és diferent. L'interdicte en qüestió tutela la situació de fet de posseir la cosa (el *ius possessionis*), és a dir, la posició que s'ostenta sobre un objecte pel mer fet de tenir-hi accés immediat encara que sigui sense títol; mentre que l'anomenada *recuperació immediata de la possessió d'habitatges* tutela el dret a tenir la cosa que es fonamenta en la posició jurídica (títol) que té qui reclama i que li dona dret a tenir la cosa (*ius possidendi*), independentment que hi tingui accés immediat.

Certament, ambdós aspectes de la possessió no són incompatibles perquè qui té dret a posseir una cosa pot ser que, a més, la posseeixi. Però també pot ser que no la posseeixi, sinó que ho faci una altra persona. Per tant, pretendre reclamar la tutela del *ius possessionis* amb fonament en el *ius possidendi* és possible, però pot no ser suficient per a aconseguir recuperar la possessió d'un bé perquè el debat pot no centrar-se en el dret a posseir, sinó en el fet de la possessió: tinença efectiva de la cosa, transcurs del termini d'un any, etcètera. I, en aquest aspecte, el demandat que posseeix pot tenir una posició predominant sobre el reclamant que té dret a posseir.

En la recuperació immediata de la possessió d'habitatges, el fonament de l'acció és el dret de les parts a posseir, i això fa que, a diferència del que succeeix en la tutela sumària de la possessió, el *ius possessionis* no tingui opcions en aquesta modalitat de tutela.

Per acabar, mentre que la tutela sumària de la possessió està concebuda per a fer front tant a meres pertorbacions de la possessió com a desposseessions efectives, la recuperació immediata de la possessió només es considera adequada per als casos en què s'ha perdut la possessió totalment o parcialment.

3. Vicente PÉREZ DAUDÍ i Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), núm. 9008 (26 juny 2017), «Sección Documento On-line», p. 6, assenyalen que no es crea un procediment *ex novo*, si bé també raonen que no és una variant de cap dels procediments que es fan servir actualment perquè ens trobem davant d'una necessitat nova per a l'ordenament jurídic.

Tot plegat ens porta a considerar seriosament la possibilitat que no ens trobem davant d'una modificació o una adequació del tradicional interdicte de recobrar la possessió, ni tampoc davant de l'ampliació del seu objecte, sinó davant d'una modalitat de tutela nova.⁴

2.2. REGEIX EL TERMINI DE CADUCITAT D'UN ANY DE L'ARTICLE 439.1 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL?

La qüestió relacionada amb el fonament d'aquesta recuperació immediata de la possessió és si se li aplica el termini de caducitat d'un any previst per a l'anomenat *interdicte de retenir i recobrar la possessió* (art. 439.1 LEC⁵ i 521-8e del Codi civil de Catalunya⁶ [CCCat]).⁷

La protecció que l'ordenament jurídic dispensa al mer posseïdor (*ius possessionis*) davant la pertorbació o despossessió del bé, té una durada limitada en el temps d'un any. Passat aquest temps, la defensa del bé només es pot substantiar amb fonament en el dret a posseir la cosa (*ius possidendi*). Com ja s'ha indicat, el procediment sumari de tutela de la possessió se centra en la tutela del *ius possessionis*, raó per la qual la seva viabilitat se subordina al fet que la demanda s'hagi presentat dintre de l'any des que va tenir lloc la pertorbació o la despossessió. Si la demanda s'interposa un cop transcorregut el termini esmentat, la LEC disposa la seva no admissió (art. 439.1 LEC).

Per contra, qui té dret a posseir pot pretendre recuperar la cosa mentre el dret en què es fonamenta el seu interès tingui vigència. Per aquesta raó, atès que la recuperació immediata de la possessió introduïda es fonamenta en el dret a posseir de qui reclama i en el fet que la mera tinença no té virtualitat, no sembla que li hagi de ser aplicable el termini d'un any de caducitat.

4. El paràgraf 9 del fonament jurídic (FJ) segon de la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 32/2019, de 28 de febrer (ECLI:ES:TC:2019:32), en un *obiter dicta* qualifica la recuperació immediata de la possessió com un «nuevo proceso especial». Frederic ADÁN DOMÈNECH, «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 (2019), p. 137: «La solución encontrada por el legislador se concreta en la creación de un nuevo proceso judicial».

5. Art. 439 LEC: «1. No se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo».

6. Art. 521-8 CCCat: «La possessió es perd per les causes següents: [...] e) La possessió per una altra persona, fins i tot adquirida contra la voluntat dels anteriors posseïdors, si la nova possessió dura més d'un any».

7. Frederic ADÁN DOMÈNECH, «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», p. 146: «[...] deberá especificarse en la demanda que en la fecha de su presentación no ha transcurrido el plazo de 1 año desde que se adquiere conocimiento de la ocupación de la vivienda».

2.3. TÉ CARÀCTER SUMARI O PLENARI?

Un altre dels temes de debat al voltant de la naturalesa jurídica de la recuperació immediata de la possessió és si aquesta té caràcter sumari⁸ o plenari.

El primer que s'ha de fer notar és que no hi ha cap previsió legal que es pronunciï d'una manera clara i concloent sobre el caràcter sumari o no de la recuperació immediata de la possessió d'habitatges.

L'apartat 2 de l'article 447 LEC disposa que «no produiran efectes de cosa jutjada les sentències que posin fi als processos verbals de tutela sumària de la possessió».⁹ Cal considerar incloses dintre de l'expressió *tutela sumària de la possessió* les modalitats de tutela en què la mateixa LEC empra el qualificatiu *sumari*: la retenció i recuperació de la possessió (art. 447.1.4 LEC), la suspensió de l'obra nova (art. 447.1.4 LEC) i l'interdicte d'obra ruïnosa (art. 447.1.6 LEC).

Si es considerés que la recuperació immediata de la possessió d'un habitatge és una variant de l'interdicte de retenir i recobrar la possessió, es podria sostenir que aquest procediment té caràcter sumari.¹⁰ Abonaria aquesta conclusió la ubicació dels criteris d'adequació d'aquesta modalitat de tutela en un paràgraf nou de l'arti-

8. El caràcter sumari d'una modalitat de tutela implica que el possible debat i els efectes del procediment se circumscriuen a allò que és objecte concret de la tutela, de manera que els altres fets i arguments jurídics en què es podria fonamentar la mateixa pretensió queden, per exigència legal, al marge del procediment: no es discuteixen ni tampoc es resol sobre ells. La impossibilitat de deduir, discutir i resoldre sobre aquestes qüestions en els procediments sumaris (la doctrina s'hi refereix amb l'expressió «cognició limitada») porta que, conclòs el procediment sumari, subsisteixi oberta la possibilitat d'invocar les qüestions que han pogut quedar pendents en un procediment diferent i posterior, ara sí, plenari. Per contra, els anomenats *processos plenaris* es caracteritzen pel fet que el seu contingut possible es refereix tant als fets i fonaments de dret que efectivament s'han al·legat, com als que s'haguessin pogut al·legar per a obtenir la tutela sol·licitada (art. 400 LEC), cosa que tanca qualsevol debat posterior sobre la pretensió que se'n dedueix. És per això que es diu que els processos plenaris tenen efecte de cosa jutjada (en referència a l'efecte negatiu) i que els sumaris no el tenen; si bé es tendeix a entendre que, més que no pas absència de cosa jutjada, en les modalitats sumàries el que succeeix és que la cosa jutjada només abasta les qüestions que són l'objecte possible de la modalitat de procediment. Cal evitar associar la tutela sumària a la idea de provisionalitat o interinitat. La tutela sumària és una tutela definitiva en relació amb la qüestió que pot ser objecte del procediment. També s'ha d'evitar assimilar-la a la idea de tutela precipitada o atabalada, que assumeix un elevat risc d'error o que es dispensa amb la xarxa de seguretat que atorga la possibilitat d'acudir a un procés ordinari posterior perquè, per imperatiu constitucional, la prohibició de causar indefensió és exigible de manera efectiva en totes les modalitats de tutela judicial, tant les que tenen caràcter definitiu com les que tenen caràcter interí o provisional. La tutela sumària no empara ni convalida la indefensió.

9. Certament, la manera d'identificar la modalitat de tutela que és objecte de la mesura no és gaire afortunada. De fet, la frase incorre en una petició de principi en fer servir el terme *sumari* per a mirar d'identificar els processos de tutela de la possessió que no produeixen efecte de cosa jutjada.

10. La STC 32/2019, de 28 febrer, qualifica el procediment de recuperació de la possessió com a sumari més de vint vegades i sense donar cap més explicació. L'argumentació de la Sentència fa pivotar la constitucionalitat d'aquesta modalitat de tutela en el seu caràcter sumari.

cle 250.1.4 LEC, que originàriament només al·ludia a la tutela sumària de la possessió.

Però, simultàniament, el criteri sistemàtic també continua deixant el dubte sense resoldre, perquè precisament la recuperació immediata de la possessió es regula en un paràgraf separat i perquè, a diferència del que succeeix en el paràgraf primer del mateix supòsit, no fa cap esment del caràcter sumari de la modalitat de procediment.

A més, si s'accepta la proposta que la recuperació immediata de la possessió d'habitatges és una modalitat de tutela diferent de la tradicional dels interdictes de retenir i recobrar la possessió, es reforça la idea que no es pot mantenir de manera automàtica el seu caràcter sumari.

El *quid* de la qüestió rau en el fonament i l'abast de la tutela dispensada en aquesta modalitat de procediment, perquè és precisament a partir de l'objecte possible de debat que s'ha de determinar si s'estan deixant de banda de manera deliberada, perquè la limitació de la cognició ho impedeix, altres aspectes que considerats aïlladament podrien tenir l'efecte de conduir a la recuperació de l'habitatge.

A favor del caràcter plenari d'aquesta modalitat de procediment hi ha l'argument que, un cop substanciada l'acció fonamentada en el dret a posseir, no hi ha una altra manera de plantejar jurídicament el dret a recuperar la possessió, cosa que fa que el debat sobre el dret a posseir s'esgoti i, mentre tinguin vigència els títols invocats, no es pugui tornar a plantejar el debat entre les parts que han participat en el procediment. Per tant, un procés ulterior tindria exactament el mateix contingut, cosa que caldria evitar.¹¹

A més, cal tenir en compte que fins a la Llei 5/2018 tots els processos de tutela del dret a posseir que no tenien cap altra restricció, inclosa la recuperació de la finca cedida en precari, tenien caràcter plenari.

En contra del que es podria pensar, l'argument que la defensa possible del reclamant només es pot centrar en el seu dret a posseir (art. 444.1 bis LEC) reforça la idea que el procediment té caràcter plenari,¹² perquè circumscriure el debat al dret a posseir no significa una limitació de les possibilitats de defensa, atès que no hi ha una línia de defensa alternativa davant la demanda fonamentada en el dret a posseir. La impossibilitat de basar la defensa en el *ius possessionis* no es pot considerar a aquest efecte perquè sempre és claudicant enfront del *ius possidendi*. Per tant, és una defensa que no seria efectiva. Així, doncs, la limitació analitzada és més aparent que real, atès

11. El desnonament per manca de pagament o per extinció del termini (art. 447.2 LEC) i el procediment de protecció dels drets reals inscrits (art. 447.3 LEC) són modalitats de tutela del dret a posseir de caràcter sumari perquè en aquests procediments l'objecte de debat només es refereix a l'aspecte que dona nom a la modalitat concreta de tutela (la manca de pagament, l'extinció del termini o el dret real inscrit).

12. Vicente PÉREZ DAUDÍ i Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», p. 6, assenyalen que la defensa del demandat es limita a l'al·legació i acreditació de l'existència d'un títol legítim com a determinant del caràcter sumari del procediment.

que en un procés configurat d'aquesta manera el debat sobre el dret a posseir queda esgotat.

Es podria també considerar que la demanda se centra en el fet que l'accés al bé s'ha dut a terme de manera il·legal: sense el consentiment del titular, podria ser determinant del caràcter sumari del procediment. Certament, l'objecte de debat aquí és precisament la manca de títol en el moment d'accedir al bé, però també és cert que en relació amb aquest aspecte les possibilitats de defensa del demandat fins i tot són més àmplies que les que serien rellevants en un litigi sobre el dret a posseir. En aquesta recuperació immediata són possibles i eficaces totes les defenses basades en el fet que la possessió del bé s'ha obtingut amb el consentiment del titular. Es podrien arribar a invocar eficaçment títols viciats de nul·litat o d'anul·labilitat, o vàlids que han perdut la vigència o que són claudicants en el moment de la presentació de la demanda, perquè acreditarien que s'ha accedit al bé amb el consentiment del demandant. I això ens porta a considerar que les opcions del demandat són plenes.

Des del punt de vista del demandant, el fet que la pretensió de recuperació es fonamenti en l'ocupació il·legal fa possible que, tot i concórrer circumstàncies que fan que el dret a posseir invocat sigui adequat per a recuperar la cosa, la pretensió s'hagi de desestimar perquè s'acredita que s'ha accedit al bé legalment. Es podria veure en aquest aspecte una limitació de la cognició que podria portar a considerar que el procediment és sumari perquè, tot i la desestimació de la demanda, el demandant conservaria la possibilitat de recuperar el bé en un procés posterior. De tota manera, abans de donar per bona aquesta conclusió caldria discernir si aquesta possibilitat obeeix al caràcter sumari del procediment o si, per contra, obeeix als propis límits de la cosa jutjada. La darrera opció seria la bona perquè en aquest procediment la raó petitòria se circumscriu a fets que determinen que l'ocupació pugui ser considerada il·legal, i sobre aquest particular el debat s'esgota en aquesta modalitat de procediment. Un eventual procés ulterior per a recuperar la cosa no es podria fonamentar en el fet que la possessió s'ha obtingut il·legalment. I això ens porta a considerar que la tutela dispensada seria plenària.

3. CRITERIS D'ADEQUACIÓ AL PROCEDIMENT

La Llei 5/2018 té un doble mecanisme per a determinar els supòsits en què és adequada la recuperació immediata de la possessió. Un mecanisme objectiu: limita la tutela a la recuperació d'habitatges ocupats il·legalment. I un mecanisme subjectiu: limita la legitimació activa a les persones físiques i a determinades persones jurídiques que tinguin un títol que els atorgui el dret a posseir l'immoble.

Tot seguit analitzarem per separat els dos elements.

3.1. CRITERIS RELATIUS A L'OBJECTE DEL PROCEDIMENT

Com ja s'ha dit, la recuperació immediata de la possessió és una modalitat de procediment que es considera adequada per a recuperar la possessió d'habitatges ocupats il·legalment. Per a fer l'anàlisi, aquest criteri permet distingir dos elements: per una banda, l'objecte de la pretensió, que és la recuperació de la possessió d'habitatges; per l'altra, l'origen de la situació possessòria del reclamant, que és l'ocupació il·legal. Els estudiarem per separat.

3.1.1. *Recuperació de la possessió*

La modalitat de procediment que analitzem és adequada per a recuperar la possessió del bé, cosa que implica que l'eventual demandant es trobava en possessió del bé en el moment en què el demandat hi accedí. No en va, la modalitat de procediment s'anomena recuperació immediata de la possessió.¹³

La tutela dispensada no es limita a qui té la possessió immediata del bé. Com que es fonamenta en el dret a posseir, també pot tutelar-se per aquesta via la possessió mediata de la cosa (art. 521-1 CCCat); i, per tant, tots els títols que acrediten el dret a posseir que poden arribar a conviure simultàniament. En conseqüència, en el cas que el bé ocupat estigués arrendat o només cedit, el procediment seria adequat enfront de tercers tant si es fes valer el títol que dona dret a posseir a l'arrendatari o al cessionari desposseït mentre tingui vigència, com si es fes valer el títol del cedent o arrendador.

L'exigència que s'hagi privat de la possessió podria fer pensar que no seria suficient esgrimir un títol que dona dret a posseir. Caldria, a més, que el reclamant el tingués en el moment en què el reclamant va començar a posseir el bé. Per tant, la recuperació immediata de la possessió no seria adequada per a substanciar pretensions de condemna a lliurar el bé si anteriorment no es tenia dret a posseir-lo.

Hi ha qui, desenvolupant l'exigència que s'hagi estat privat de la possessió, sosté que no compliria aquest requisit l'acció de l'adquirent d'un habitatge ocupat abans de la seva transmissió.¹⁴ Sens perjudici que el transmissor té el deure de lliurar la cosa i que si aquesta està ocupada l'adquirent li pot exigir que la recuperi i la hi lliuri, als efectes que aquí ens interessen es pot sostenir que en aquests casos hi ha una continuï-

13. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española defineix *recuperar* com «volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía». I el *Diccionari de la llengua catalana* de l'Institut d'Estudis Catalans el defineix així: «Algú, tornar a tenir, a posseir (alguna cosa que havia perdut)».

14. En aquest sentit, vegeu Josep Maria ESPINET ASENSIO, «Pot una persona compradora d'un habitatge ocupat valer-se de la nova especialitat de desnonament?», *Espinet Advocats* (en línia), 3 de juliol de 2018, <<https://espinetadvocats.cat/ca/noticies/pot-una-persona-compradora-dun-habitatge-ocupat-valer-se-de-la-nova-especialitat-de-desnonament/>> (consulta: 23 març 2021).

tat de la situació possessòria del causant semblant a la que preveu l'article 531-24.4 CCCat. I aquesta identitat jurídica hauria de ser suficient per a considerar adequada la modalitat de procediment.

3.1.2. *El bé que s'ha de recuperar ha de ser un habitatge*

La modalitat de protecció que dissenya la Llei 5/2018 se centra únicament en la recuperació total o parcial d'habitatges.

Des del punt de vista del dret a posseir, sembla poc justificat que la tutela dispensada es limiti a un tipus de bé i, especialment, que la resta de béns en quedin al marge. De fet, el fenomen de l'ocupació enfront del qual es vol reaccionar, afecta tot tipus d'immoble i la problemàtica jurídica i fàctica plantejada en tots els casos és idèntica.

El preàmbul de la Llei tampoc no aclareix la raó per la qual aquesta recuperació immediata de la possessió només s'activa en relació amb els habitatges i no és aplicable a la resta de béns immobles. De fet, es podria arribar a considerar arbitrari que el dret a posseir tingui vies de protecció diferents en funció del tipus de bé immoble; no tant per la tutela que dispensa als habitatges, sinó per la tutela que no s'ofereix per als altres béns.

El terme *habitatge* té un sentit concret i definit,¹⁵ però cal delimitar-ne els contorns.

Inicialment, es pot donar per fet que l'habitatge és un bé immoble. Però dintre del concepte d'*habitatge* també queden incloses les caravanes i els vehicles adaptats com a habitatge.

La sola noció d'*habitatge* no especifica si es tracta només de béns construïts per a ser habitatge o bé utilitzats efectivament com a habitatge. El dubte és si poden ser objecte d'aquesta modalitat de tutela els locals de negoci, les oficines, els magatzems o les naus industrials que s'usen *de facto* com a habitatge; o si en quedarien exclosos els béns concebuts inicialment com a habitatges però que s'utilitzen com a oficina, local de negoci o magatzem. El que sí que sembla és que el destí d'habitatge l'hauria d'haver donat el titular que s'ha vist privat del bé, i no la persona o les persones que l'ocupen.

Perquè l'immoble pugui ser considerat habitatge no és necessari que el demanant desposseït el faci servir per a satisfer les seves necessitats d'habitatge com a domicili, segona o tercera residència. I, com ja s'ha dit, tampoc no es té en compte l'ús

15. El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española defineix *vivienda* com un «[l]ugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas». El *Diccionari de la llengua catalana* de l'Institut d'Estudis Catalans defineix *habitatge* com una «[c]asa, part de la casa o pis, apta per a habitar-hi» i *casa* com un «[e]difici destinat a servir d'habitació humana».

que li dona el posseïdor demandat. És indiferent que el destini a residència, a oficina, a local de negoci o a magatzem.

Cal entendre que la previsió legal s'estén a la part de l'immoble que no es destina a habitatge —com ara jardins, garatges, etcètera— però que conforma amb l'habitatge una unitat funcional. En conseqüència, la recuperació de la possessió d'un habitatge ubicat en una finca amb terreny implica la recuperació de la totalitat de la finca.

Es fa difícil donar un significat precís a l'expressió «recuperació parcial de l'habitatge» de l'article 250.1.4 LEC. És poc probable que es puguin produir situacions en què l'ocupació tingui lloc mentre el titular ocupa de manera efectiva el bé. A més, si l'ocupant només utilitza una part del bé, sense coincidir amb el titular, pròpiament no hi ha diferència amb l'ocupació total. Es pot sostenir que l'ocupació parcial no es refereix a una concreta unitat o apartament, sinó als casos en què el títol que s'aporta fa referència a un conjunt habitatges però només un o alguns d'aquests han estat ocupats. Per exemple, quan el títol es refereix a la totalitat d'una edificació conformada per diferents unitats o apartaments, però no s'ha procedit a fer la divisió de la propietat horitzontal, o quan el títol es refereix a diferents edificacions d'una finca i només una o algunes d'elles han estat ocupades. La recuperació de la possessió amb fonament en aquest títol es podrà referir a qualsevol dels apartaments o unitats de l'edifici o de la finca.

Una qüestió pràctica és determinar la manera com l'actor ha de justificar el caràcter d'habitatge de la cosa i els efectes que produeix la manca d'acreditació, ni que sigui com a principi de prova d'aquest extrem. La referència al caràcter d'habitatge de l'immoble o el destí a aquesta finalitat en el títol que s'aporta per a justificar el dret a posseir, hauria de ser suficient per a determinar l'adequació d'aquesta modalitat de tutela. No hauria de ser necessari aportar cap altre tipus de document, com ara la cèdula d'habitabilitat. Això no obstant, aquesta cèdula o qualsevol altre tipus d'evidència on consti la destinació del bé, poden ajudar a acreditar-la, especialment en els casos en què el títol que s'aporta per a justificar el dret a posseir no en fa esment.

3.1.3. *Ocupació*¹⁶ *il·legal*?

Aquesta modalitat de tutela només és adequada per als casos en què la pretensió de recuperació de la cosa s'aconsegueix sense tenir el consentiment de qui té dret a posseir. De fet, aquesta és la idea central d'aquesta recuperació immediata de la possessió.

16. Aquí el terme *ocupació* fa referència al mode d'accés a la possessió d'habitatge. No es pot confondre amb l'ocupació el títol d'adquisició de drets reals dels art. 542-20 i seg. CCCat perquè la cosa no està abandonada.

Fins a la reforma, la legislació civil no havia qualificat la situació possessòria de qui és demandat per mitjà d'un interdicte de retenir i recobrar la possessió.¹⁷ Ara tampoc no ho fa, si bé el títol de la Llei 5/2018 i el seu preàmbul sí que qualifiquen l'accés al bé com a il·legal.

El títol de la Llei 5/2018 especifica que el seu objecte és l'ocupació il·legal d'habitatges. També el preàmbul de la norma insisteix en la idea d'ocupació il·legal en els paràgrafs 2, 4, 5, 6, 9, 11, 13 i 14, i defineix l'ocupació il·legal com la no consentida ni tolerada.

El text de l'articulat, però, no fa esment de l'ocupació il·legal en cap cas. Segons el segon paràgraf de l'article 250.1.4 LEC, perquè aquesta modalitat de tutela sigui procedent és determinant que qui exerceixi l'acció s'hagi vist privat de la possessió sense el seu consentiment.

Mentre que el preàmbul es refereix a l'accés no consentit ni tolerat, el text de l'articulat només es refereix a l'accés a l'habitatge sense el consentiment del reclamant. Cal entendre que s'està referint tant al consentiment exprés com al tàcit.

L'exigència que l'accés a la possessió no hagi estat consentit fa que aquesta modalitat de procediment no sigui adequada per a posar fi a situacions possessòries iniciades tenint el consentiment del titular. Aquest és el cas de l'ús del bé cedit en precari, del bé arrendat o del bé usufructuat, entre altres supòsits i encara que ja hagi finalitzat la vigència del títol que donava dret a posseir o, fins i tot, encara que es qüestionï la validesa d'aquest títol. Tots aquests supòsits no encaixen en el terme *ocupació il·legal* de la Llei 5/2018. En aquests casos, possiblement el demandant tindrà dret a recuperar la cosa, perquè el dret a posseir que fa valer li dona dret a tenir-la, però l'efectivitat del seu dret no es podrà reclamar per aquest procediment i haurà d'acudir a altres modalitats de procediment per a aconseguir que el bé li sigui lliurat.

El consentiment pot haver-se atorgat de manera expressa (oralment o per escrit) o de manera tàcita. El consentiment tàcit és sempre posterior a l'accés al bé i es concreta en els actes del titular equivalents a l'atorgament del consentiment. La mera passivitat no s'hi pot assimilar i tampoc no resulta del mer transcurs del temps. La circumstància de l'eventual tolerància del titular del dret a posseir ha de ser apreciada pel tribunal a partir de les evidències que se li aporten, i pot fer que la inadequació del procediment s'aprecii en el moment de dictar sentència.

17. Cal fer notar que en aquest aspecte el procés de tutela sumària de la possessió no es diferencia en res de la recuperació immediata de la possessió que estem analitzant.

3.2. CRITERIS RELATIUS ALS SUBJECTES QUE PRETENEN LA RECUPERACIÓ DE LA POSSESSIÓ

La Llei només atorga la possibilitat de fer valer la recuperació immediata de la possessió a les persones físiques, a les entitats sense ànim de lucre i a les entitats públiques en relació amb l'habitatge social que tenen en propietat o del qual són posseïdores. De manera que no tots els qui tenen dret a posseir un immoble destinat a habitatge poden aspirar a aquesta modalitat de tutela.

No ens trobem aquí amb una qüestió relativa a la legitimació activa, sinó davant una delimitació subjectiva de l'adequació del procediment. La limitació no obeeix al fet que no es té dret a posseir, sinó al fet que no es pot fer valer aquesta modalitat de tutela. La Llei 5/2018 no crea un nou dret, sinó que només regula una modalitat de procediment, i restringeix la seva adequació al promogut per determinats tipus de subjectes.

Es consideren incloses dintre del terme *persones físiques* les situacions de comunitat en què tots els titulars són persones físiques. I també les que es constitueixen, a efectes de gestió i fiscals, en comunitat de béns. De la mateixa manera, l'herència jacent també podria instar la recuperació de la possessió. Sorgeix el dubte de si les comunitats integrades per persones físiques i per persones jurídiques també hi estarien incloses.

La reforma no fa esment de la comunitat de propietaris en règim de propietat horitzontal per a recuperar la possessió d'unitats que tenen caràcter comunitari.

També les entitats sense afany de guany poden fer valer la recuperació immediata de la possessió. Per tant, en queden al marge les persones jurídiques tenidores d'habitatge que tenen afany de lucre. L'exclusió no es fonamenta en el fet que l'eventual demandant pretengui dedicar l'immoble a satisfer les seves necessitats d'habitatge, sinó només en la voluntat de no donar accés a una via més ràpida per a recuperar la cosa. Aquesta és una delimitació força imprecisa que acaba provocant que situacions equivalents tinguin tractaments diferents.

No s'exigeix cap altre requisit a les entitats sense afany de lucre. Això fa que no calgui que els habitatges que són titularitat d'aquestes entitats es destinin a finalitats socials per a ser mereixedors de la tutela que dispensa la recuperació immediata de la possessió.

Les administracions només hi poden acudir en relació amb habitatges socials dels quals siguin titulars o bé en tinguin cedida la gestió. La recuperació de la possessió de qualsevol altre bé de caràcter patrimonial no es podrà fer valer per aquesta via.

Amb aquests criteris d'adequació del procediment pot passar que, en un mateix edifici, un habitatge ocupat sense el consentiment del seu titular pugui ser recuperat a través de la recuperació immediata de la possessió, i d'altres, no.

El legislador ha seleccionat uns tenidors als quals, tot i reconèixer-los i tutelar-los el dret a posseir, barra el pas a aquesta modalitat de tutela. Aquests posseïdors hauran de continuar fent valer els seus drets d'acord amb les modalitats de tutela civil tradicionals o per la via penal.

Aquesta delimitació subjectiva no s'ha qüestionat jurídicament, si bé és evident que es fonamenta en raons d'oportunitat. Des del punt de vista del dret a posseir i pel fet que la possessió s'ha obtingut sense el consentiment del titular, la distinció no sembla justificada i podria arribar a considerar-se arbitrària. En qualsevol cas, tot apunta que si la tècnica implementada és operativa, més aviat o més tard hauran de poder accedir a la recuperació tots els titulars del dret a posseir, independentment de la seva condició subjectiva o de l'activitat a la qual es dediquin.

3.3. TRACTAMENT PROCESSAL

La Llei 5/2018 no regula una nova acció o un nou dret: només estableix una via processal especial i la dota d'unes eines per a fer més efectiva la tutela que ofereix. Els criteris d'adequació d'aquesta modalitat són força complexos, però no estableixen la procedència de la pretensió ni la legitimació dels subjectes en relació amb l'exercici del dret a posseir, sinó únicament l'adequació del procediment.

S'ha de reconèixer, però, una certa ambivalència del requisit que la possessió del reclamant s'hagi obtingut sense tenir el consentiment del reclamant, és a dir, que l'ocupació sigui il·legal. Perquè és alhora criteri d'adequació del procediment i fet constitutiu de la pretensió que se substancia en el procediment. I això pot fer dubtar sobre el moment en què s'ha de valorar la concurrència de l'ocupació il·legal i els efectes de fer-ho. Han de ser les circumstàncies les que portin a determinar la manera de fer.

És per això que la presentació de la demanda de recuperació immediata de la possessió d'habitatge basada en el dret a posseir en un supòsit diferent dels previstos per la LEC, no implica que s'hagi de desestimar la demanda, sinó que només pot permetre apreciar la inadequació del procediment per raó de la matèria.

La principal conseqüència que s'aprecii la inadequació del procediment és que no seran aplicables les especialitats previstes per a la recuperació immediata de la possessió. En particular, destaca la impossibilitat de requerir l'aportació urgent del títol en què el demandat fonamenta la seva situació possessòria i d'aplicar les conseqüències previstes en cas que no s'aporti.

És per això que el lletrat de l'Administració de justícia haurà de tenir una cura especial en l'apreciació de la concurrència de l'ocupació il·legal abans d'admetre a tràmit la demanda.

També és possible que la inadequació del procediment no es posi en relleu fins al moment en què el reclamant contesti la demanda, cosa que comportarà haver d'analitzar i de resoldre sobre aquest particular a l'inici del judici.

Apreciada la inadequació del procediment, escau sobreseure'l llevat que se li pugui donar la tramitació adequada sense generar indefensió al reclamant (art. 423 LEC).

4. REQUISITS DE LA DEMANDA

La recuperació immediata de la possessió de l'habitatge concentra una part important de les mesures per aconseguir la seva efectivitat en la fase inicial del procediment i, més concretament, en la demanda i els efectes de la seva admissió. Amb aquesta finalitat, incorpora especialitats com ara l'aportació del títol amb la demanda o la possibilitat d'adreçar aquesta darrera als ocupants ignorats. Tot seguit les analitzarem.

4.1. L'APORTACIÓ DEL TÍTOL AMB LA DEMANDA

La recuperació immediata de la possessió és un procediment de base documental: es fonamenta en l'acreditació documental del dret a posseir del reclamant juntament amb la demanda. És per aquesta raó que l'article 437.3 bis LEC exigeix que el demandant adjunti a la demanda el títol en què fonamenta el seu dret a posseir.

Si el dret a posseir del demandant no està documentat, no podrà tramitar la seva reclamació per mitjà d'aquesta modalitat de procediment.

La LEC no determina de manera expressa les conseqüències de la manca d'aportació del títol amb la demanda. En particular, no indica si té alguna incidència en la seva admissió a tràmit o no.

L'eventual omissió no hauria de tractar-se processalment com una mera no aportació de les fonts de prova que cal adjuntar a la demanda i no hauria de tenir com a conseqüència, només, donar per preclosa la possibilitat d'aportar-los. L'aportació del títol és determinant de la modalitat de procediment i és alhora el fonament de les mesures que s'adopten.

L'aportació del títol amb la demanda és preceptiva (art. 437.3 bis LEC). La previsió de l'article 444.1 LEC, segons la qual el demandat pot al·legar l'excepció de la manca de títol per part de l'actor en contestar a la demanda, no hauria de fer trontollar aquesta conclusió, perquè aquesta menció no té a veure amb la no aportació del document, sinó amb aspectes de fons apreciables malgrat la constància del document en la causa, com ara la seva pèrdua de vigència o la manca de legitimació.

La constància documental del dret a posseir és el fonament que la recuperació immediata de la possessió tingui un inici incisiu.¹⁸ Sense ella, el requeriment d'exhibició urgent al reclamant del títol en què fonamenta la seva possessió podria arribar a considerar-se un excés.

18. Si se segueix la tramitació del procediment sense que el títol consti en el procés, tal com està configurada aquesta modalitat de tutela, la possibilitat que la pretensió s'estimi és remota. Això fa que aquesta opció sigui, a més, contrària a l'economia processal.

Per tant, la manca d'aportació hauria d'afrontar-se com una manca d'acreditació dels pressupòsits d'aquest procediment, i això farà que, un cop concedida l'oportunitat d'esmena (art. 231 LEC), si l'omissió es manté, calgui procedir a la no admissió a tràmit de la demanda (art. 403.2 LEC).

En conseqüència, en aquestes condicions no sembla procedent que ni tan sols es doni trasllat de la demanda al demandat. Si el vici es detecta un cop admesa a tràmit la demanda, caldrà procedir al sobreseïment del procés (2n par. art. 423.3 LEC).

Com ja s'ha indicat, les previsions fetes amb caràcter general en la LEC porten a aquest desenllaç. Això no obstant, no seria sobrer que s'establís la no admissió expressament.

4.2. POSSIBILITAT D'ADREÇAR LA DEMANDA ALS OCUPANTS IGNORATS O DESCONEGUTS

En el cas de l'ocupació és freqüent que el demandant no conegui els ocupants o no els pugui identificar. A més, la rotació de les persones que ocupen l'habitatge també acostuma a ser molt elevada. Aquesta rotació pot obeir a la pròpia situació o estil de vida de l'ocupant concret, però també a la posada en pràctica d'estratègies destinades a mantenir-se en l'ús de l'habitatge.

Davant d'aquesta realitat, la reforma introduïda preveu expressament que la demanda es pugui adreçar a les persones que ocupen l'habitatge encara que no estiguin identificades. En concret, els articles 437.3 bis i 441 bis LEC estableixen que la demanda pot adreçar-se genèricament contra els ocupants desconeguts o ignorats.

Pròpiament, la incorporació d'aquesta possibilitat no significa una innovació en la pràctica dels tribunals.¹⁹ De fet, l'article 399 LEC admet que la demanda ha de contenir les dades i circumstàncies d'identificació del demandat i del lloc on pugui ser notificat. I la pràctica judicial, amb fonament en aquesta previsió, ha donat carta de naturalesa a demandes adreçades als ocupants ignorats d'un bé. L'alternativa d'impedir presentar la demanda fins que no s'hagin identificat els ocupants també pot comportar la indefensió del demandant.²⁰

19. Per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem (STS) 484/2010, de 16 de febrer (ECLI:ES:TS:2010:4294), i la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 61/2018, de 29 de març (ECLI:ES:APB:2018:1317).

20. STC 32/2019, FJ 4t: «[...] no cabe imponer al propietario o titular legítimo del derecho a poseer la vivienda, de la que ha sido desposeído por un acto violento o clandestino y que por ello se ve obligado a acudir a la vía judicial para obtener la recuperación de la posesión, la carga a todas luces desproporcionada de llevar a cabo una labor investigadora para la identificación de los ocupantes ilegales; tarea que, por otra parte, no solo pudiera resultar infructuosa, sino incluso vedada por el juego de los derechos fundamentales

Aquesta modalitat d'individualització dels destinataris de la demanda és viable perquè, com que es fa per relació amb la cosa que és objecte del procediment i es refereix a la relació immediata que tenen els possibles reclamants amb aquesta cosa, això la fa adequada per a fer possible l'exercici del dret de defensa.²¹

La possibilitat que els afectats per la resolució no hagin tingut coneixement efectiu de l'existència del procediment s'ha d'afrontar fent correctament la notificació i mitjançant els mecanismes que ofereix: nul·litat d'actuacions, protecció del litigant condemnat en rebel·lia i revisió de les sentències.²² Igual com es fa en la resta de procediments.

L'article 441.1 bis LEC estableix que, admesa a tràmit la demanda, la notificació es farà a qui es trobi a l'habitatge i es procedirà a identificar els ocupants.^{23,24} La notificació feta d'aquesta manera s'ha de considerar que és una notificació no personal.

Formular la demanda adreçant-la als ocupants ignorats subjecta el procediment i el seu resultat tant als ocupants en el moment d'interposar la demanda com als que accedeixin al bé posteriorment.

4.3. TRASLLAT DE LA CAUSA ALS SERVEIS SOCIALS UN COP OBTINGUT EL CONSENTIMENT DELS INTERESSATS

L'article 441.1 bis LEC estableix que el lletrat de l'Administració de justícia traslladarà la causa als serveis socials perquè puguin avaluar la situació i adoptar mesures, i subordina aquest trasllat al fet que prèviament s'hagin identificat els ocupants i s'hagi obtingut el seu consentiment.

En comparació amb el que estableix l'article 150.4 LEC, pot semblar que l'article 441.1 bis LEC anticipi a la notificació de la demanda el moment en què cal donar trasllat de la causa als serveis socials. Però pròpiament no és així, perquè en la recupera-

a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), con el consiguiente perjuicio para quien necesita obtener pronta tutela judicial frente al despojo del que ha sido víctima».

21. STC 32/2019, FJ 4t: «Por otra parte, esos ocupantes desconocidos lo serán en cuanto a su identidad personal, pero no en cuanto a su paradero, ya que en todo caso pueden ser hallados precisamente en la vivienda ocupada, en la que ha de practicarse la notificación de la demanda y el emplazamiento al demandado, para que pueda en su caso aportar título que justifique su situación posesoria y contestar la demanda, conforme a lo dispuesto en los arts. 437.3 bis i 441.1 bis LEC».

22. La STS 814/1995, de 24 de juliol (ECLI:ES:TS:1995:4409), estima una demanda de revisió d'una sentència ferma dictada en primera instància a partir d'una demanda adreçada contra els familiars ignorats i els ocupants desconeguts d'un habitatge, i aprecia que concorre una maquinació fraudulenta.

23. No és sobre que la Llei faci esment expressament de la possibilitat que l'encarregat de fer la notificació es faci acompanyar dels agents de l'autoritat.

24. No és infreqüent que les sentències indiquin que en el moment de fer la notificació no s'ha aconseguit identificar cap persona o que no hi havia ningú a l'habitatge.

ció immediata de la possessió la notificació de la demanda implica el requeriment que s'aportin dels títols en què es fonamenta la possessió, amb l'avertència que si no s'aporten, es procedirà immediatament al desallotjament. De manera que la previsió de l'article 441.1 bis LEC és una concreció del que disposa amb caràcter general l'article 150.4 LEC.

5. EL REQUERIMENT D'APORTACIÓ URGENT DEL TÍTOL QUE JUSTIFICA EL DRET A POSSEIR DE L'ARTICLE 441.1 BIS DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL

L'aspecte més destacable de la nova recuperació immediata de la possessió d'habitatges fonamentada en el dret a posseir és l'incident que s'obre en admetre a tràmit la demanda i que s'inicia amb el requeriment al demandat perquè porti amb urgència (cinc dies) el títol en què fonamenta la seva situació possessòria (2n par. art. 441.1 bis LEC), amb l'avertència que si no ho fa, es procedirà immediatament al desallotjament.

Aquesta és una especialitat particularment incisiva que troba la seva raó de ser en el fet que la recuperació immediata de la possessió vol fer front als accessos a l'habitatge duts a terme sense cap títol que els justifiqui. De manera que si realment es dona el supòsit per al qual està dissenyat el procediment, permet la seva ràpida comprovació i la subsegüent recuperació de la possessió. I fa pràcticament innecessàries la contestació a la demanda, el judici i la sentència.

La regulació del requeriment és tan expeditiva com parca. Es limita a la realització del requeriment i la regulació de les conseqüències per al cas que no s'aporti el títol: el desallotjament. Però deixa per resoldre moltes qüestions que poden tenir repercussió pràctica.

5.1. ÉS NECESSÀRIA LA SOL·LICITUD DE LA PART O ES DECRETA D'OFICI?

La primera qüestió és si la realització del requeriment necessita una sol·licitud prèvia de la part o bé si, per contra, s'adopta d'ofici pel tribunal en admetre a tràmit la demanda.

La manera com està redactat l'incís inicial del segon paràgraf de l'article 441.1 bis LEC²⁵ afavoreix el dubte, perquè no és concloent sobre si es refereix a una petició

25. «Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria [...]»

expressa de la part feta en la demanda, o bé a la modalitat concreta de procediment triada pel reclamant.

En el primer supòsit, el requeriment de lliurament urgent del títol del reclamat seria optatiu per al reclamant.²⁶ En el segon supòsit, sempre que es presentés una demanda de recuperació immediata de la possessió, caldria fer el requeriment esmentat.

A favor que cal una petició expressa de la part es pot raonar que el paràgraf en què es regula el requeriment està ubicat en un apartat (art. 441.1 bis LEC) que es refereix, tot ell, a la recuperació immediata de la possessió. Això fa que les alternatives hipotètiques que inclou la redacció del paràgraf en el seu incís inicial s'hagin de considerar fetes un cop la modalitat de procediment ja ha estat escollida.

Per contra, en favor que el requeriment es decreti d'ofici es pot argumentar que l'expressió «immediata entrega de la possessió» a què es refereix l'incís inicial del segon paràgraf de l'apartat 1 bis de l'article 441 LEC és sinònima de la d'«immediata recuperació de la possessió», que és el nom que la Llei dona a aquesta modalitat de procediment. Per tant, també es pot sostenir que l'incís inicial del precepte s'està referint a la modalitat de procediment que ha triat el demandant, i no a una petició addicional de la demanda d'aquest procediment.

Des d'un altre punt de vista, també es pot considerar que la principal especialitat d'aquesta modalitat de procediment que justifica que es pugui qualificar com a immediata és el requeriment d'aportació urgent del títol, i les conseqüències que se'n deriven si no s'aporta. És per això que hauria de prevaldre la idea que el requeriment d'aportació urgent del títol és inherent a la modalitat de procediment. I, en conseqüència, el requeriment s'hauria de decretar automàticament amb fonament en l'impuls d'ofici de les actuacions, encara que la part no l'hagi sol·licitat expressament.

Tant si és un requisit com si no, la part actora hauria de sol·licitar en la demanda que es faci el requeriment. No sembla que es pugui sol·licitar i acordar en un moment posterior.

5.2. EL REQUERIMENT

El requeriment s'ha de decretar amb l'admissió a tràmit de la demanda.

Per a emetre el decret, el lletrat de l'Administració de justícia haurà d'examinar *prima facie* que el document aportat pel demandant que li atorga dret a posseir té vigència; en cas contrari, escauria apreciar una possible inadequació del procediment.

El requeriment ha de consistir a instar l'aportació urgent del títol o la justificació de la situació possessòria en el termini de cinc dies, amb l'advertència que si

26. Frederic ADÁN DOMÈNECH, «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», p. 146.

no s'atén, es procedirà a recuperar l'habitatge enfront de qualsevol persona que s'hi trobi.

El requeriment s'ha de notificar amb la demanda. I s'ha de notificar a la persona que en la demanda apareix com a reclamada, o a les persones que rebin la notificació si aquesta s'ha adreçat als ocupants ignorats. També és possible que no s'aconsegueixi fer una notificació personal i s'hagi de fer per edictes.

El requerit pot impugnar la legalitat del decret que disposa el requeriment basant-se en el fet que no concorren les circumstàncies exigides per a determinar l'adequació del procediment, atès que en aquests casos el mateix requeriment i els seus efectes són improcedents. La interposició del recurs no suspèn el termini per a atendre el requeriment.

El requeriment no suspèn el termini de deu dies que es concedeix per a contestar a la demanda. Cal fer notar el desajust que hi ha entre la tramitació del requeriment i la contestació a la demanda. Tant si s'acompleix el requeriment com si no, el reclamat té l'opció de contestar a la demanda en el termini que resta. I si no es contesta a la demanda, el tribunal s'haurà de pronunciar sobre la procedència de la recuperació de la possessió. Aquest disseny fa duplicar els esforços: el reclamat ha d'aportar el títol en cinc dies i posteriorment haurà de contestar a la demanda. I si no el té, però té alguna defensa viable en aquesta modalitat de procediment, haurà d'invocar-la en intentar atendre el requeriment i en el moment de contestar a la demanda, tot i haver-se iniciat amb tota probabilitat l'execució per a desallotjar-lo del bé.

5.3. ALTERNATIVES DEL DEMANDAT DAVANT EL REQUERIMENT

Fet el requeriment, pot succeir que el reclamat no faci res, miri d'impugnar-ne la procedència o procuri fer el que se li ha requerit.

Deixarem de banda la possibilitat d'impugnar el requeriment.

5.3.1. *Desatendre el requeriment*

El reclamat té l'opció de mantenir una actitud passiva davant el requeriment i no atendre'l. La inacció del requerit pot ser deguda al desconeixement del requeriment, a una elecció deliberada per la impossibilitat d'atendre'l o a la manca de recursos i d'informació per a actuar.

Si realment concorren les circumstàncies que determinen l'adequació del procediment i, en particular, si el reclamat ha ocupat l'habitatge sense el consentiment del titular, cal esperar que no s'aporti el títol.

La desatenció del requeriment implica que es dicti una interlocutòria que ordeni el desallotjament immediat de l'habitatge enfront de qualsevol ocupant del bé. Si

s'ha obtingut el consentiment per a fer-ho, s'ha de traslladar la resolució als serveis socials.

El paràgraf segon de l'article 441.1bis LEC disposa que abans que es dicti la interlocutòria que ordeni el desallotjament immediat s'ha de comprovar que el títol aportat pel demandant li dona dret a posseir l'habitatge en qüestió. De tota manera, cal assenyalar que aquesta comprovació ja s'hauria d'haver fet en un moment processal anterior —en admetre a tràmit la demanda—, atès que l'aportació d'un títol que dona dret a posseir és un requisit legal d'adequació del procediment que determina la possibilitat de fer el mateix requeriment. En qualsevol cas, si en aquest moment processal es detecta que el títol aportat no acredita el dret del demandant a posseir, caldrà deixar-lo sense efecte. Però també caldrà sobreseure el procediment.

Contra la interlocutòria que acorda el desallotjament immediat no es pot interposar cap recurs.

La inacció del requerit no comporta que el procés principal finalitzi. Ans al contrari, el demandat continua havent de contestar a la demanda.

5.3.2. *Atendre el requeriment*

El demandat també té l'opció de mirar d'atendre el requeriment i aportar el títol que justifiqui el seu dret a posseir la cosa.

S'aprecia un desajust entre el que cal fer per a acomplir el requeriment (aportar el títol que justifiqui la situació possessòria) i les possibilitats de defensa que té el demandat. Si es compara el contingut del requeriment amb les possibilitats d'oposició del reclamat en contestar a la demanda, es pot apreciar que aquestes són més àmplies (art. 444.1 bis LEC). Mentre que el requeriment es refereix a l'aportació del «títol que justifiqui la situació possessòria» (art. 441.1 bis LEC), l'oposició a la demanda es pot fonamentar «en l'existència d'un títol suficient davant l'actor per posseir l'habitatge o en la falta de títol per part de l'actor» (art. 444.1 bis LEC). De manera que hi ha opcions de defensa del demandat que podrien donar lloc a la desestimació de la demanda i que no es consideren com a viables a l'hora de donar per satisfet el requeriment.

Així, per exemple, en aquesta modalitat de procediment el dret a posseir del demandat no només es pot acreditar documentalment; també podria ser que el demandat, en lloc d'aportar el títol, aportés altres evidències que intentin justificar la situació possessòria (com ara rebuts de subministraments al seu nom).

Per altra banda, hi ha possibilitats de defensa del demandat que tenen a veure amb el dret a posseir del reclamant: per exemple, totes les excepcions o defenses fonamentades en la vigència o la idoneïtat del títol presentat pel demandant per a accedir a aquesta modalitat de tutela.

El desajust indicat porta a preguntar-se si es poden invocar aquestes circumstàncies enfront del requeriment i, si escau, a determinar com caldrà actuar. La resposta

a la primera qüestió ha de ser afirmativa i la de la segona és que el tribunal haurà de valorar-les a l'hora de donar per acomplert o no el requeriment. En favor d'aquesta interpretació es pot assenyalar que el mateix paràgraf segon de l'article 441.1 bis LEC subordina l'ordre de lliurament immediat de la possessió al fet que s'aporti una «justificació suficient», i no només al fet que s'aporti el títol. A més, procedir al desallotjament de l'habitatge tot i haver-se posat de manifest aquestes circumstàncies pot arribar a considerar-se precipitat i implica assumir un risc elevat de generar la indefensió del requerit.

El requerit pot invocar, en aquest moment processal, la inadequació del procediment, atès que si no concorren les circumstàncies del paràgraf segon del supòsit quart de l'apartat 1 de l'article 250 LEC, el requeriment és improcedent.

La Llei no regula la manera de procedir en el cas que s'aporti el títol o s'intenti una justificació suficient de la situació possessòria diferent, possiblement perquè el procediment està dissenyat donant per fet que això no succeirà.

Així, per exemple, no es preveu que s'hagi de traslladar al demandant allò que el requerit pugui aportar o al·legar, si bé cal entendre que l'audiència serà preceptiva. Tampoc no es considera la pràctica de la prova, ni l'intent de celebrar una vista.

El tribunal ha de valorar si amb la documentació aportada i les al·legacions fetes s'ha donat compliment al requeriment. La comprovació ha de consistir a determinar si el requerit ha aportat evidències que justifiquin la seva situació possessòria. En aquest moment processal l'apreciació s'ha de fer sense entrar a valorar la validesa del títol aportat o si preval o no sobre el que el demandant ha adjuntat a la demanda, perquè, en principi, aquesta qüestió és l'objecte de debat del procés principal. De tota manera, sí que caldrà apreciar *prima facie* si la documentació aportada permet demostrar que no ens trobem davant d'una situació possessòria assolida sense el consentiment del titular o que deriva d'una situació d'aquest tipus. És freqüent que les persones que es troben a l'habitatge aportin un títol (contracte) atorgat per algú que no té cap mena de legitimació sobre el bé, de manera que el requerit es presenta com una possible víctima d'un engany perpetrat per aquell que ha desposseït el reclamant. En aquesta mena de casos, si la manca de legitimació de l'atorgant és notòria, es podrà apreciar que el títol aportat no justifica la situació possessòria i es podrà declarar incomplet el requeriment.

La Llei no fixa cap termini per a resoldre sobre el compliment del requeriment, si bé el qualificatiu *immediat* que dona nom a la modalitat de procediment porta a pensar que es farà sense demora.

Si el tribunal estima suficient la justificació aportada, donarà per acomplert el requeriment. En cas contrari, dictarà una interlocutòria en què ordenarà el desallotjament immediat. Enfront d'aquesta resolució no es pot interposar cap recurs.

5.4. CONSIDERACIONS CRÍTIQUES

Des d'un punt de vista teòric, es fa complex mirar de qualificar jurídicament aquesta mesura. Costa qualificar-la com una mesura cautelar,²⁷ tot i que s'hi assembla, perquè en relació amb els béns immobles, i més si són habitatges, no se solen concedir mesures cautelars que satisfacin interinament la pretensió. Per altra banda, tampoc no encaixa en el que podríem qualificar de tècnica monitòria, perquè es desenvolupa de manera paral·lela al procés de declaració i perquè la desatenció del requeriment no serveix per a evitar-lo. A més, com ja s'ha indicat, el requeriment consisteix a exigir l'aportació del títol, no pas pròpiament a formular l'oposició.

En el conjunt de la regulació predomina l'interès pràctic. El legislador té en ment el supòsit que el demandat ha accedit al bé sense el consentiment del titular, i prescindir de la resta d'hipòtesis que conformen l'àmbit objectiu del procediment. Aquesta regulació només es pot considerar coherent si es pressuposa que el demandat no té títol i que la selecció del procediment feta pel demandant sempre és adequada.

El reclamat que vol continuar usant la cosa, malgrat no tenir títol, encara té al seu abast la possibilitat de sol·licitar el reconeixement del dret d'assistència jurídica gratuïta, iniciativa que amb tota seguretat portarà el lletrat de l'Administració de justícia a haver de suspendre el termini per a acomplir el requeriment (art. 16 Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta).

En definitiva, sembla oportuna una reconsideració general d'aquest requeriment urgent d'aportació del títol per a mirar de fer-lo més ordenat, menys esbiaixat i igualment operatiu.

6. LA DEFENSA POSSIBLE DE L'OCUPANT DAVANT LA DEMANDA DE RECUPERACIÓ IMMEDIATA DE LA POSSESSIÓ

Després d'haver fet front al requeriment, el demandat ha de contestar a la demanda. I ha d'oposar-se a la demanda perquè escaigui el judici. La no compareixença i no contestació del demandat porta a qui jutja a dictar immediatament sentència (art. 444.1 bis LEC). Per tant, l'estimació de la demanda no és automàtica.

En cas de formular l'oposició, la defensa del demandat s'ha de limitar a oposar que té un títol que li dona dret a posseir, o a al·legar la manca de títol del demandant (444.1 bis LEC).

És suficient que el títol que justifica el dret del demandat estigui vigent en el moment d'accedir al bé, encara que en iniciar-se el procés aquesta vigència pugui estar en

27. Vicente PÉREZ DAUDÍ i Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble», p. 6, la qualifica com una mesura cautelar específica.

qüestió (extinció del termini d'arrendament o manca de pagament), perquè en aquest cas la possessió s'ha obtingut tenint el consentiment del reclamant i, en conseqüència, no té l'origen o deriva d'una «ocupació il·legal» del bé.

No s'exigeix que el demandat aporti el títol en què basa el seu dret a posseir juntament amb la contestació, cosa que permet justificar-lo per altres vies.

La manca de títol del demandant pot significar que l'aportat no té relació amb la cosa, que l'aportat no atorga el dret a posseir o que el títol no té vigència.

L'aparent limitació de les opcions de defensa del demandant es refereix a la possibilitat d'al·legar excepcions materials, però no a les defenses de caràcter processal, perquè en aquesta modalitat de procediment aquestes s'han de poder denunciar també en la contestació a la demanda.

Presentada la contestació, l'eventual celebració del judici s'ha de determinar d'acord amb les regles generals del judici verbal (art. 438.4 LEC).

7. LA SENTÈNCIA

En el moment de dictar sentència, el tribunal ha de valorar si queda acreditat el dret del demandant a posseir l'habitatge i si estava vigent en el moment de presentar la demanda.

Finalment, ha de valorar si el reclamant justifica la seva situació possessòria i si aquesta deriva d'alguna persona legitimada.

Si el títol invocat pel reclamant no té vigència, o se'n qüestiona la vigència o la validesa, s'haurà de valorar si la situació possessòria actual del reclamat és continuació de la situació possessòria assolida amb fonament en el títol que s'aporta. Es tracta de determinar si ens trobem davant d'un accés al bé no consentit pel titular.

Tot i que es pot esperar que les qüestions relacionades amb l'adequació del procediment s'hagin resolt amb caràcter previ en el mateix acte del judici (art. 443.2 LEC), també és possible que algunes de les circumstàncies que determinen l'adequació del procediment només quedin paleses en el moment de dictar sentència.

La desestimació de la demanda ha de tenir l'efecte de suspendre l'execució del desallotjament que s'estigui duent a terme per la desatenció del requeriment d'aportació urgent del títol.

8. L'EXECUCIÓ DE LA RECUPERACIÓ DE LA COSA

L'execució de la recuperació del bé es duu a terme pels tràmits generals de l'execució de les sentències, tenint en compte el que disposen els articles 703 i 704 LEC per a l'execució de les obligacions de lliurar béns immobles.

La Llei 5/2018 fa previsions específiques en relació amb l'execució del desallotjament i la subsegüent recuperació de la cosa, tant en el supòsit que no s'atengui el requeriment d'aportació urgent del títol executiu (art. 441.1 bis LEC), com en el supòsit que es dicti una sentència que estimi la pretensió del demandat (art. 444.1 bis LEC). Tot i que la regulació dels supòsits no és coincident, el règim d'execució del pronunciament ha de ser el mateix en ambdós supòsits.

Aquestes previsions són la possibilitat de despatxar l'execució immediatament després de la fermesa de la sentència, la possibilitat de fer efectiva la sentència enfront de qualsevol ocupant i la possibilitat que el tribunal no hagi de donar trasllat de les resolucions que fixen la data del desallotjament als serveis socials.

8.1. POSSIBILITAT DE DESPATXAR L'EXECUCIÓ IMMEDIATAMENT DESPRÉS QUE LA SENTÈNCIA ESDEVINGUI FERMA

L'execució de la sentència requereix una instància prèvia de la part interessada (art. 444.1 bis LEC).

Per al cas de l'execució de la interlocutòria dictada arran de la desatenció del requeriment d'aportació urgent del títol en què es fonamenta la possessió (art. 441.1 bis LEC), la LEC estableix que s'ordenarà el lliurament immediat de la possessió. Malgrat el qualificatiu *immediat*, cal entendre que l'execució forçosa de la mesura continua requerint la instància de la part interessada.

La innovació en aquest àmbit permet despatxar l'execució de la sentència sense haver d'esperar que transcorrin els vint dies que amb caràcter general estableix la LEC en l'article 548²⁸ a comptar del moment que la sentència esdevé ferma (art. 444.1 bis LEC). Cal entendre, però, que l'exempció d'aquest termini també s'aplica a l'execució de la interlocutòria que ordena la recuperació immediata de la possessió (art. 441.1 bis LEC).

28. S'ha qualificat de *període de cortesia* perquè pretén donar un termini *ex lege* dintre del qual l'obligat per la resolució pugui acomplir voluntàriament el pronunciament judicial.

Aquesta és una mesura legal qüestionable, sobretot si es té en compte que en molts supòsits la sentència declara drets i imposa conductes en relació amb una situació existent en el moment de presentar la demanda. De manera que qui ha obtingut un pronunciament favorable, ja fa força temps que està esperant l'efectivitat del seu dret. Però, a més, perquè l'eventual executat sempre té la possibilitat d'adreçar-se a qui ha obtingut un pronunciament favorable per a mirar d'afrontar les qüestions relacionades amb el compliment voluntari de la resolució.

Cal fer notar que el precepte s'adreça al tribunal perquè limita la possibilitat de despatxar l'execució, però no la possibilitat de presentar la demanda executiva i d'instar el despatx de l'execució. Així doncs, el marge de vint dies només té virtualitat en els casos en què els tribunals aconsegueixen tramitar la demanda executiva en un període inferior al determinat pel límit establert legalment. De tota manera, si el demandat lliura el bé voluntàriament abans dels vint dies, la presentació de la demanda serà sobrerera.

Per a valorar l'abast d'aquesta especialitat, cal diferenciar si la resolució és recurrible o bé si és ferma en el moment de notificar-la. Si no és ferma, el despatx requerirà esperar que transcorri el termini previst legalment per a interposar el recurs. Un cop sigui ferma, se'n podrà instar l'execució (art. 444.1.bis LEC) i no caldrà esperar vint dies per a despatxar-la.

Quan es tracta de recuperar l'habitatge habitual del demandant, després de despatxar-se l'execució es requereix a qui l'ocupa que el desallotgi voluntàriament en el termini de trenta dies i se l'informa que si això no es produeix, el desallotjament forçós tindrà lloc en la mateixa data que assenyala la resolució (art. 704 LEC).²⁹ De manera que, en aquests casos, la innovació estalvia un temps d'espera que, de fet, ja s'atorga després del despatx de l'execució.³⁰

S'ha de tenir en compte, però, que, pel que fa a l'execució de la sentència, si ja s'ha iniciat o dut a terme el desallotjament, arran de la desatenció del requeriment d'aportació urgent del títol, no caldrà ni instar-la, ni despatxar-la un altre cop, i continuarà en el moment processal en què es trobi.

8.2. POSSIBILITAT DE FER EFECTIU EL LLANÇAMENT ENFRONT DE QUALSEVOL DELS OCUPANTS DE LA FINCA SENSE TRAMITAR L'INCIDENT DE TERCERS OCUPANTS

Una de les incidències que es poden produir en el moment de fer efectiva la recuperació de la finca és que apareguin terceres persones ocupant l'habitatge. I s'entén per *terceres persones* les que no apareixen o no es designen en el títol executiu. Aquesta incidència obliga a suspendre l'execució i a dilucidar si aquestes terceres persones tenen dret a continuar ocupant el bé que s'ha de lliurar a l'executant.

En l'ocupació dels habitatges és freqüent l'elevada rotació dels ocupants, però també es donen casos en què aquesta rotació obeeix a la posada en pràctica d'una estratègia orientada a demorar el desallotjament.

En previsió que es pugui produir aquesta incidència en l'execució de la recuperació immediata de la possessió, el segon paràgraf de l'article 441.1 bis LEC disposa

29. Des de l'entrada en vigor de la LEC s'han introduït diverses reformes en l'àmbit de la recuperació de la possessió dels béns immobles centrades a establir excepcions als vint dies de cortesia (art. 549.4 LEC), una de les quals consisteix a assenyalar en la mateixa sentència el dia en què tindrà lloc el desallotjament i l'altra és que el demandant insti l'execució en presentar la demanda (art. 437.3 i 549.3 i 4 LEC).

30. Frederic ADÁN DOMÈNECH, «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas», p. 155: «Esta norma plantea dudas respecto de su aplicación, pues, de concederse, se mantendría en el tiempo una situación antijurídica, por lo que, lejos de poner fin a la misma, se prolongaría la misma pudiéndose utilizar esta posibilidad con abuso de derecho, extremo prohibido en las normas 247.2 LEC, 7.2CC y 11.2 LOIPJ».

que es procedirà a la recuperació de l'habitatge enfront de qualsevol dels ocupants de la finca. El precepte no precisa si aquesta mesura s'aplica en tots els casos o només en aquells en què la demanda s'ha interposat enfront dels ignorats i desconeguts ocupants de l'habitatge. I si bé es pot interpretar que el dret a la defensa exigeix que la previsió no sigui aplicable en el casos en què la demanda s'ha adreçat contra persones concretes, també es pot sostenir que la situació dels tercers ocupants en ambdós casos és la mateixa, independentment de la manera com s'hagi configurat la demanda.

Per contra, el text legal no fa cap previsió en el mateix sentit quan es refereix a l'execució de la sentència definitiva. Possiblement perquè considera que si el demanant ha triat correctament la modalitat de procediment, el desallotjament es realitzarà arran de la interlocutòria dictada després de la desatenció del requeriment d'aportació urgent del títol, i no pas després de la sentència.

La circumstància que és possible que el desallotjament s'iniciï amb motiu de la desatenció del requeriment d'aportar urgentment el títol que justifica el dret a posseir i que es finalitzi després de dictada la sentència, porta a concloure que l'execució s'ha de regir en ambdós casos per les mateixes regles.

És desitjable que els tribunals, a partir de l'experiència, facin una aplicació prudent d'aquesta mesura.

8.3. ES CONDICIONA EL TRASLLAT DE LA RESOLUCIÓ DE DESALLOTJAMENT ALS SERVEIS SOCIALS, AL FET QUE L'OCUPANT HI DONI EL SEU CONSENTIMENT

Una darrera mesura que introdueix la Llei 5/2018 és que se subordina el trasllat als serveis socials de la resolució que fixa la data per a procedir al desallotjament, al fet que els ocupants identificats hi hagin donat el consentiment. La reforma arriba a insistir fins a tres vegades en aquesta idea (art. 150.4 i par. 1 i 3 art. 441.1 bis LEC).

El trasllat als serveis socials es regula amb caràcter general en l'article 150.4 LEC i es refereix a tot tipus d'execució consistent a aconseguir el lliurament d'un habitatge. En matèria del procediment de recuperació immediata de la possessió, la norma preveu dos moments en els quals s'ha de demanar el consentiment per a comunicar els fets als serveis socials: quan es notifica la demanda i també quan es notifica la resolució que ordena el desallotjament dels ocupants.

El trasllat previst pretén donar a conèixer la situació i afavorir una resposta adequada de les administracions, per tal que puguin detectar i atendre situacions de vulnerabilitat. Força sovint, la intervenció dels serveis socials implica una petició d'ajornament del llançament mentre no es trobi una solució alternativa per als ocupants.

La novetat pròpiament dita és que el trasllat previst se subordina a l'obtenció del consentiment dels ocupants identificats. Si no s'obté aquest consentiment, el trasllat no es pot fer.³¹

És qüestionable que es condicioni el trasllat als serveis socials per part dels jutjats al fet que l'ocupant hi hagi donat el seu consentiment.

En primer lloc, perquè si en el moment de fer la notificació no s'aconsegueix identificar ningú o no hi ha ningú a l'immoble, no es pot fer el trasllat.

En segon lloc, perquè l'agent judicial no té com a missió detectar situacions de vulnerabilitat, sinó només obtenir el consentiment.

En tercer lloc, perquè el consentiment es presta en abstracte, per la qual cosa se centra en la possibilitat dels serveis socials d'intervenir. No considera, per tant, l'ajuda concreta que aquests serveis puguin oferir.

I, finalment, no es té en compte que si bé l'ajuda que es pot arribar a oferir pot ser rebutjada per l'afectat, l'intent d'intervenció dels serveis socials no depèn del consentiment dels interessats. A més, hi ha situacions de vulnerabilitat que, un cop detectades, fan que el deure de protecció de l'Administració s'imposi a la voluntat de la persona a qui s'ofereix l'ajuda.

És un deure dels poders públics detectar i avaluar les possibles situacions de vulnerabilitat. L'exigència de tenir el consentiment per a donar el trasllat només provoca que els serveis socials no tinguin coneixement de la situació per mitjà d'un organisme oficial que hi entra en contacte. Per tant, no sembla una mesura coherent amb el paper dels poders públics davant les situacions de vulnerabilitat. La regulació hauria hagut de ser molt més matisada i, en tot cas, no s'hauria hagut de centrar a obtenir un consentiment.

La LEC apressa els serveis socials, que tenen set dies per a adoptar mesures de protecció (3r par. art. 441.1 bis LEC) quan se'ls ha donat el trasllat de la resolució de desallotjament. La intervenció dels serveis socials no hauria de ser un factor addicional de dilació del desallotjament. I, per descomptat, no hauria de ser una eina per a prolongar la situació de fet injustificadament. Per això no sembla desencaminat que es fixi un termini perquè els serveis socials facin la seva tasca, tot i que aquests serveis no estan pas menys saturats que els tribunals de justícia.

No valorarem si el termini de set dies per a adoptar mesures que fixa l'article 444.1.bis LEC és suficient, però sí que apreciem que el termini hauria de ser fins a la data del desallotjament i que aquesta data s'hauria de fixar donant un marge de temps perquè els serveis socials puguin fer la seva funció.

L'article 441.1 bis LEC no té en compte que la intervenció dels serveis socials no es limita a l'adopció de mesures de protecció. La detecció de situacions de vulnerabilitat i fins i tot l'acceptació de la intervenció dels serveis socials requereixen una

31. Res no impedeix que si els serveis socials tenen coneixement del cas per altres vies, puguin igualment intervenir.

labor preliminar dels mateixos serveis socials, orientada a contextualitzar la situació i a obrir canals de comunicació amb els afectats. És per això que el trasllat s'hauria de fer al més aviat possible.

La disposició addicional de la Llei 5/2018 identifica correctament la necessitat de prevenir situacions d'exclusió residencial i de donar una resposta adequada i tan immediata com sigui possible a les situacions de vulnerabilitat que es detectin. També assenyalava que la manera de fer-ho és mitjançant la coordinació i la cooperació. Però la regulació del trasllat de la resolució per part del tribunal als serveis socials tracta la seva intervenció com un obstacle per a la recuperació ràpida de la possessió de l'habitatge, i no com una eina que permet a les institucions públiques acomplir les seves funcions d'una manera més matisada.

9. LA RECUPERACIÓ IMMEDIATA DE LA POSSESSIÓ D'HABITATGES EN EL SISTEMA CIVIL DE TUTELA DEL DRET A POSSEIR

Entenem per *sistema processal de recuperació de la possessió* el conjunt de modalitats de tutela vigents en l'ordenament que tenen com a finalitat o efecte la tutela de la mera tinença de la cosa i del dret a posseir-la en els casos de desposseïció.

En l'ordenament jurídic espanyol aquest sistema es caracteritza per tenir simultàniament modalitats de tutela civil i modalitats de tutela penal. Deixem de banda, per ara, la resposta penal,³² perquè si bé és cert que concorre amb la civil, també ho és que la via civil aspira a oferir una tutela completa i adequada davant de les situacions de desposseïció.

La LEC regula diverses modalitats de tutela per a recuperar la possessió o aconseguir el lliurament d'una cosa: l'anomenat *interdicte de retenir i recobrar la possessió* (art. 250.1.4 LEC), la recuperació d'una finca arrendada per manca de pagament o per extinció del termini (art. 250.1.1 LEC), la recuperació de la posició d'una finca cedida en precari (art. 250.1.2 LEC), el procés de tutela dels drets reals inscrits (art. 250.1.7 LEC) i el procés declaratiu ordinari (art. 249 i 250 LEC). En matèria del procés d'execució, encara trobem una darrera modalitat de recuperació de la possessió per al cas que l'immoble estigui ocupat de fet o amb un títol insuficient per persones no designades en el títol executiu (art. 704 .2 LEC).

32. Mentre que la resposta penal se centra de manera principal en la sanció de la conducta, i la recuperació de la possessió n'és només un aspecte accessori, la resposta civil se centra únicament i exclusiva a recuperar la possessió.

Això no obstant, des del punt de vista penal, la possibilitat de procedir a una restitució ràpida de la cosa s'ha de vincular a la cessació de la conducta infractora, que sense cap mena de dubte és i ha de ser el primer efecte de tota resposta institucional davant de qualsevol il·lícit.

Llevat del procediment de recuperació sumària de la possessió, que tutela el fet d'estar posseint una cosa, la resta de modalitats específiques que tutel·len el dret a posseir fonamenten la pretensió de recuperació o lliurament de la cosa en circumstàncies concretes sobre les quals es veu viable centrar el debat i posar en pràctica mesures que permetin fer la tutela més incisiva i eficaç.

L'interdicte de retenir i recobrar la possessió tutela la possessió de la cosa pel fet de tenir-la i sempre que la restitució es reclami dintre del termini d'un any des que es va perdre. En aquesta modalitat de procediment, si l'actor té, a més, el dret a posseir, es veu forçat a deixar-lo de banda i a haver de fonamentar la seva reclamació en la seva situació de fet, cosa que li requereix un esforç probatori major i més insegur, que, a efectes pràctics, acaba anivellant o equiparant la seva situació amb la de qui li ha arravatat la possessió.

La tutela sumària dels drets reals inscrits (art. 250.1.7 LEC) és una modalitat de procediment que només és adequada per a recuperar la possessió si aquesta es fonamenta en un dret real inscrit que dona dret a posseir. De manera que, per a la finalitat que aquí ens interessa, només cobreix una part dels supòsits en què el reclamant desposseït té dret a posseir. Aquesta modalitat de procediment no té les limitacions objectives o subjectives que sí que té la recuperació immediata de la possessió i es presenta com una modalitat de tutela expeditiva,³³ si bé el seu punt feble és l'exigència de caució per a poder oposar-se a la demanda.³⁴

La recuperació de la finca cedida en precari va ser concebuda originàriament³⁵ per a retornar amb celeritat la possessió del bé a qui el cedia sense percebre cap renda en compensació, amb el benentès que quan el reclamés se li hauria de retornar. Aquest disseny inicial, feia el procediment inadequat per a fer front a la desposseïció perquè en el precari el reclamat accedeix al bé tenint el consentiment del titular.

Això no obstant, la jurisprudència ha acabat incorporant el precari al menú de modalitats de tutela en situacions de desposseïció i ha ampliat substancialment els supòsits en què es considera adequat.³⁶

33. Entre les especialitats previstes per a fer-la més incisiva trobem: l'exigència de caució per a oposar-se a la demanda (art. 440.2 i 444.2 LEC), l'estimació de la demanda en cas que no es contesti (art. 440.2 LEC) i la limitació dels motius d'oposició (art. 444.2 LEC).

34. L'exigència de prestar caució per a poder oposar-se a la demanda, atesa la situació precària de les persones que opten per ocupar, acaba (art. 19 LOPJ) desplaçant el debat processal al voltant de la caució i la indefensió subsegüent.

35. L'art. 1565.3 LEC del 1881 establia que esqueia el desnonament «[c]ontra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe».

36. La STS 134/2017, de 28 de febrer, precisa: «Esta sala ha definido el precario como una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos

L'acomodació jurisprudencial de la figura s'explica, per una banda, per la manca d'una modalitat de tutela general del dret a posseir equivalent a la tutela de què disposa el mer posseïdor i, per l'altra, per la necessitat d'evitar que, un cop reclamada la restitució de la cosa per mitjà d'un precari en els casos de desposseïció, el demandat tingui un marge de defensa que li permeti aconseguir continuar posseint el bé, bo i reconèixer que tenia la cosa sense títol i que hi havia accedit sense tenir el consentiment del reclamant.

Amb l'ampliació dels supòsits en què és adequat el precari, la jurisprudència ha atès un dèficit del sistema de protecció civil de la possessió que implica reconèixer la necessitat de simplificar i atorgar una tutela àgil o, si més no, equivalent a la que s'atorga al fet de posseir.

La solució jurisprudencial fa concórrer la recuperació de la cosa cedida en precari amb la resta de modalitats de recuperació de la possessió, i fins i tot arriba a desplaçar-les. De manera que, a efectes pràctics, actualment el precari és la modalitat de tutela del dret a posseir per excel·lència.

La tria del legislador del judici verbal per a tots els supòsits enumerats anteriorment obeeix al fet que aquest judici té una estructura més simplificada, però no fa per si sola que la tutela que es dispensi sigui més satisfactòria en termes de temps. La limitació de la cognició, en alguns casos, centra l'atenció en les qüestions que es donen més freqüentment i evita que el debat processal es dispersi, cosa que ajuda a facilitar la labor de qui jutja i de les parts (més l'actora que la demandada). Però el que fa que la modalitat de tutela pugui ser efectiva o àgil i, en definitiva, satisfactòria en els casos de desposseïció, no és tant el tipus de procediment, sinó les especialitats processals que preveu el legislador específicament en cada modalitat de tutela i els recursos que poden destinar el tribunals per a mirar d'atendre amb prioritat aquestes peticions de tutela.

A l'actor desposseït encara li queda la possibilitat d'acudir a un procediment ordinari de declaració en què la demanda es fonamenti en el seu dret a posseir la cosa. És una modalitat de tutela que segueix els tràmits generals i no té especialitats orientades a aconseguir un recuperació més àgil de la cosa. Per als casos de desposseïció, el procediment ordinari està concebut com a subsidiari i complementari de l'interdicte de retenir i recobrar la possessió, però a la pràctica aquesta posició ha quedat desactivada per l'amplitud que la jurisprudència ha conferit al precari.

Finalment, en matèria del procés d'execució, la LEC regula un incident de caràcter sumari per a determinar si terceres persones (no designades en el títol executiu) ocupants del bé que és objecte de l'execució tenen dret a romandre-hi (art. 704.2 i

otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre)».

675.3 i 4 LEC).³⁷ Aquí no estem pròpiament davant d'una recuperació de la possessió, sinó davant de la necessitat de dilucidar l'oposabilitat del títol executiu a la situació del tercer. Ja hem vist que la Llei 5/2017 obvia la seva aplicació en els casos d'ocupació il·legal d'habitatges.

En aquest context, la Llei 5/2018 regula una nova modalitat de tutela del dret a posseir que, si bé té un àmbit de vigència limitat, també incorpora especialitats per a mirar de fer-la més incisiva. La reforma legal no esmena la jurisprudència sobre l'abast del precari. Per tant, en els supòsits en què no és procedent fer valer el dret a posseir a través de la recuperació immediata de la possessió, es pot fer servir el precari per a evitar haver d'acudir al procediment ordinari.

La Llei 5/2018 ha posat un pedaç a la situació. En el conjunt de modalitats de tutela s'aprecien solapaments i diferències en els requisits i en les especialitats difícils de justificar que porten a concloure que, més que un sistema de tutela de la possessió, en l'ordenament jurídic espanyol hi ha un conglomerat de modalitats de tutela poc ajustades.

La situació actual hauria de portar a replantejar en el seu conjunt les maneres com es dispensa la tutela judicial civil del dret a posseir.

BIBLIOGRAFIA

- ADÁN DOMÈNECH, Frederic. «Tratamiento procesal del proceso de ocupación ilegal de viviendas». *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 (2019), p. 129-156.
- ADÁN DOMÈNECH, Frederic. «Constitucionalidad y problemas procesales del proceso de ocupación ilegal de viviendas». A: LUIS GARCÍA, Elena de (coord.); JIMÉNEZ CONDE, Fernando; BELLIDO PENADÉS, Rafael (dir.); LLOPIS NADAL, Patricia. *Justicia: ¿Garantías versus eficiencia?* València: Tirant lo Blanch, 2019, p. 497-506.
- ARIZA COLMENAREJO, María Jesús. «Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 9245 (24 juliol 2018), «Sección Tribuna».
- BASTANTE GRANELL, Víctor. «Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos “ocupa” y “ocupado”». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 47 (2018).

37. L'incident se centra a aconseguir l'efectivitat del títol executiu. En aquest incident es concedeixen deu dies a l'ocupant per a al·legar i provar que té el dret de continuar tenint la cosa malgrat l'execució de la sentència. Si l'ocupant no s'hi oposa, es decreta directament el llançament. Contra la interlocutòria, sigui quin sigui el seu sentit, no es pot interposar cap recurs. I en el procediment ordinari corresponent es pot plantejar posteriorment qualsevol qüestió.

- BELHADJ BEN GÓMEZ, Celia. «Precario y ocupación ilegal de viviendas». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1 (2019).
- ESPINET ASENSIO, Josep Maria. «Pot una persona compradora d'un habitatge ocupat valer-se de la nova especialitat de desnonament?». *Espinet Advocats* [en línia], 3 de juliol de 2018. <<https://espinetadvocats.cat/ca/noticies/pot-una-persona-compradora-dun-habitatge-ocupat-valer-se-de-la-nova-especialitat-de-desnonament/>> (consulta: 23 març 2021).
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro. «¿Tiene legitimación activa la comunidad de propietarios para interponer el nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de la antigua vivienda portería?». *Diario la Ley* [en línia], 1 de març de 2019.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro. «Legitimación activa de la comunidad de propietarios en caso de ocupación ilegal de bienes inmuebles». *Diario La Ley*, núm. 9751 (2020).
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro. «El nuevo interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilícita de vivienda». *Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 65 (juliol 2018).
- JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel. «Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 9262 (19 setembre 2018), «Sección Doctrina».
- LAFONT NICUESA, Luis. «El delito de ocupación ilegal de trabajadores extranjeros». *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 36 (2014), p. 75-93.
- LÓPEZ CHOCARRO, Ignacio. «La “fugaz” reforma del artículo 441 LEC. Algunos apuntes para revertir el fracaso del Real-Decreto Ley 21/2018, mejorando en el futuro la tramitación de los desahucios sin desatender las posibles situaciones de vulnerabilidad». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 9350 (4 febrer 2019), «Sección Tribuna».
- LÓPEZ CHOCARRO, Ignacio. «La ocupación ilegal y el juicio verbal para la efectividad de los derechos reales inscritos (artículo 250.1. 7.º LEC). La caución como requisito para acceder al recurso de apelación». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 9204 (24 maig 2018), «Sección Tribuna».
- LÓPEZ JARA, Manuel. «El nuevo procedimiento civil para garantizar la posesión de viviendas frente a su ocupación ilegal: a propósito de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas». *Actualidad Civil*, núm. 6 (2018).
- LLUCH GAYÁN, Asunción. «Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la ocupación ilegal de viviendas». *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 183 (2018), p. 6-11.
- LLUCH GAYÁN, Asunción. «Modificación de la Ley de enjuiciamiento civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas». *Economist & Jurist*, ISSN 2444-3166, vol. 26, núm. 222 (2018), p. 34-41.

- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto. «El letrado de la Administración de Justicia ante la ejecución de sentencias de desahucio en el caso de okupas i en el RD-Ley 7/2019». *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal, Civil y Mercantil*, núm. 139 (2019), p. 3.
- MAINAR ENE, José María. «La ocupación ilegal de viviendas de propiedad municipal. Estudio del artículo 245.2º. del Código Penal». *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 17 (2003), p. 2898-2906.
- MAGRO SERVET, Vicente. «Ocupación ilegal de inmuebles: ¿delito del art. 245.2 CP o precario?». *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 85 (2011), p. 6.
- MAGRO SERVET, Vicente. «Análisis de los títulos de oposición de los «okupas» ante demandas por la vía del art. 441.1 bis. 2º LEC». *Diario La Ley*, núm. 9419 (2019).
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, A. «La ocupación ilegal de inmuebles, una visión desde el derecho penal». *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 93 (2020), p. 18-21.
- NEBRIL, Sergio. «Paradigmas en la ocupación ilegal de inmuebles». *Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 167 (2016), p. 16-19.
- NICASIO JARAMILLO, Isabel María. «La reforma del artículo 250.1.4 LEC sobre ocupación ilegal de viviendas: ¿modificación del antiguo interdicto de recobrar o introducción de una acción autónoma?». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3 (2020), p. 469-485.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro. «La recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente: un examen del proceso del artículo 250.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Diario la Ley* [en línea], 8 d'abril de 2019.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente. «Especialidades procesales del desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46 (2018).
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente; SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús. «Breves comentarios a la reforma procesal aprobada por las Cortes para paliar el problema de la ocupación ilegal de un bien inmueble». *Diario La Ley*, núm. 9221 (2018).
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente; SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús. «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 9008 (26 juny 2017), «Sección Documento On-line».
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente; SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús. «La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble». *Diario La Ley*, núm. 9008 (2017).
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. «¿Es jurídicamente posible el desalojo inmediato de viviendas objeto de un delito leve de ocupación ilegal?». *Diario La Ley*, núm. 9701 (2020).

- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. «Una visión judicial del “interdicto de recobrar la posesión” de la Ley 5/2018 frente a la ocupación ilegal de vivienda». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10 (2018).
- RUEDA TORTUERO, Álvaro. «Comentarios a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas». *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*, núm. 210 (2018), p. 5-22.
- SAN CRISTÓBAL REALES, Susana. «Las acciones civiles frente a la ocupación ilegal de inmuebles tras la Ley 5/2018, de 11 de junio». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 46 (2018).
- SCHUMANN BARRAGÁN, Guillermo. «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas». *Diario La Ley*, núm. 9264 (21 setembre 2018), «Sección Tribuna».
- TORRES LÓPEZ, Alberto. «Ocupación ilegal de viviendas tras la Ley 5/2018: opinión y cuadro comparativo». *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, núm. 338 (2018), *Okupas: ¿acabará la Ley 5/2018 de reforma de la LEC con el problema?*, p. 13-24.
- URRUTIA SAGARDÍA, Eneko. «Medidas para la recuperación inmediata de la ocupación ilegal de viviendas». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 942 (2018), p. 6.
- VÉLEZ TORO, Antonio José. «El nuevo juicio verbal sumario para la recuperación inmediata de viviendas ocupadas ilegalmente». *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 49 (2019).
- VENDRELL SANTIVERI, Enrique. «La ocupación ilegal de los inmuebles en nuestro estado de derecho y el proyecto de reforma». *Propietat Horitzontal Catalunya: Cuaderno Jurídico*, núm. 51 (2017), p. 14-18.
- ZARCO PLEGUEZUELOS, Carlos Javier. «La protección del propietario frente a la ocupación ilegal de un bien inmueble». *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 174 (2017), p. 18-23.

JURISPRUDÈNCIA
I
RESOLUCIONS

RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA.
COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
DE 9 DE JUNY DE 2020. LA INSTITUCIÓ
D'HEREU DE CONFIANÇA: EL COMPLIMENT
A FAVOR PROPI I LA CADUCITAT
DE LA INSTITUCIÓ

Lídia Arnau Raventós
Professora agregada¹
Universitat de Barcelona

1. RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA: PACTES EN PREVISIÓ D'UNA RUPTURA, PRESCRIPCIÓ, POTESTAT PARENTAL I COMUNITAT ORDINÀRIA PROINDIVISA

D'entre les diverses resolucions dictades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) durant el període que va de l'abril del 2020 al febrer del 2021, mereixen una menció especial la de 9 de juny de 2020, a propòsit de la institució d'hereu de confiança,² i les que a continuació se sintetitzen, en matèria de prescripció, pactes en previsió d'una ruptura, potestat parental, propietat horitzontal i comunitat proindivisa:

— Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 20 de maig de 2020, on s'analitza la validesa d'un acord privat assolit el 2005 entre uns convivents en parella estable i en virtut del qual renunciaven recíprocament a reclamar-se cap tipus de compensació econòmica en cas de ruptura.³ La resolució del recurs demana aplicar

1. Aquest treball forma part dels projectes DER 2017-82129-P i 2017 SGR 151.

2. ECLI:ES:TSJCAT:2020:6361.

3. ECLI:ES:TSJCAT:2020:2347.

la disposició transitòria (DT) quarta de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya (CCCat), relatiu a la persona i la família, segons la qual les parelles estables sotmeses a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, passen a regir-se pel CCCat (DT 4a, 2); pel que fa als pactes en previsió d'una ruptura, el tercer paràgraf de la disposició transitòria quarta estableix que són vàlids sempre que reuneixin els requisits exigits per la legislació vigent en el moment d'adoptar-los o, en cas que resultin nuls a l'empara de la dita regulació, sempre que, en canvi, esdevinguin vàlids d'acord amb el CCCat. En aquest cas, la nul·litat del pacte de renúncia recíproca a la compensació econòmica derivava de l'article 3 de la Llei 10/1998, que avalava els pactes relatius a possibles compensacions per al cas de ruptura sempre que es respectés el mínim legal, que esdevenia irrenunciable anticipadament; d'aquí prové la invalidesa del pacte relatiu al dret previst, amb aquell caràcter imperatiu, en l'article 13 de la Llei 10/1998, relatiu a la compensació econòmica per raó del treball. I com que es tractava d'un pacte no formalitzat en una escriptura pública, tampoc no era possible fomentar-ne la validesa en els articles 234-5 i 231-20 CCCat.

— Sentències del TSJC de 18 de juny⁴ i 1 de setembre de 2020, que incideixen en la qüestió relativa al *dies a quo* del termini de prescripció. El recurs que origina la primera pretenia que es declarés, en relació amb un arrendament de serveis que s'havia atorgat, que el termini triennal de les pretensions adreçades al cobrament dels honoraris s'inicia un cop finalitzada l'execució del servei (art. 121-21b CCCat). El TSJC resol, a l'empara de l'article 121-23.1 CCCat, que vincula l'inici del còmput 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 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 identitat. En el cas, els serveis contractats feien referència a actuacions judicials derivades d'un mateix procediment i assumpte del client; en aquest context, la finalització de l'encàrrec seria, d'entrada, el moment de determinaria el naixement i l'exigibilitat de la prestació, perquè seria aleshores quan es tindria coneixement de la durada, complexitat, dedicació... I per finalització de l'encàrrec cal entendre el moment en què s'acaben totes les gestions realitzades a propòsit del mateix assumpte, tret que, per voluntat de les parts, pertoqui fragmentar i dividir el cobrament de cadascuna de les actuacions, com si es tractés d'encàrrecs diferents.

La Sentència d'1 de setembre de 2020⁵ estima el recurs de cassació interposat per una comunitat de propietaris contra la sentència dictada en segona instància que havia apreciat l'excepció de prescripció plantejada per l'empresa demandada, contra la qual

4. ECLI:ES:TSJCAT:2020:5731.

5. ECLI:ES:TSJCAT:2020:6367.

s'havia interposat una acció de reclamació dels danys i perjudicis patits arran de la caiguda del mur construït per aquesta. La pretensió interposada tindria un termini de prescripció de tres anys d'acord amb l'article 121-21d CCCat, que el TSJC recorda que s'aplica tant si la pretensió es refereix al compliment d'obligacions contractuals com si ho fa d'obligacions extracontractuals. En el cas, la comunitat de propietaris interposa l'acció tan bon punt té coneixement de l'existència dels danys i de la seva causa, però en desconeix l'abast, la quantificació, la manera en què cal que es reparin i, fins i tot, la imputabilitat a la reclamada. I, abans de quedar determinats tots aquests extrems, no pot iniciar-se el *dies a quo* del termini de prescripció i, en conseqüència, el dit termini tampoc no pot esgotar-se.

— Sentències del TSJC de 27 de juliol⁶ i 13 d'octubre de 2020,⁷ que fan aplicació del règim de la propietat horitzontal. El supòsit de fet de la primera remet a la impugnació, pel propietari dels entresols de dues comunitats distintes, dels acords presos per aquestes i relatius a la prohibició de desenvolupar l'activitat d'hostal pensió, a la reposició d'una paret divisòria i a l'aprovació de determinades despeses. Les comunitats formulen una reconvençió en què sol·liciten la declaració d'il·legalitat de l'obra consistent en l'obertura, realitzada unilateralment, d'un forat en la paret mitgera d'ambdós entresols. Per raons de temporalitat, el precepte aplicable al cas és l'article 553-41 CCCat en la redacció prèvia a la reforma duta a terme per la Llei 5/2015, de 13 de maig, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. El TSJC interpreta el precepte, que enumerava i enumera els elements comuns, conjuntament amb els articles 553-1.2 i 553-2.1 CCCat i conclou que els elements fixos de sustentació (les estructures) i de tancament (façanes i cobertes) dels edificis són elements comuns per naturalesa, atès que són els que defineixen la individualitat de l'edificació i determinen l'àmbit territorial d'exercici de les facultats dels propietaris. En aquest sentit, són elements comuns tots els tancaments que fixen la separació de l'immoble amb el confrontant; a aquest efecte, és irrellevant que el dit tancament sigui un envà, un mur o una paret de càrrega.

La Sentència de 13 d'octubre de 2020 desestima el recurs plantejat pel propietari que, a l'empara de l'article 553-31.1 CCCat, impugna l'acord pres per la junta de propietaris de ratificació d'un acord adoptat en una junta anterior però declarat nul i relatiu al pagament de les quotes comunitàries per trimestres anticipats. El TSJC declara que, certament, és nul (per abús de dret [art. 553-31-1.a CCCat]) l'acord que es limita a reproduir un acord previ nul si les causes i les circumstàncies determinants de la nul·litat són les mateixes i no hi ha cap element objectiu o temporal que permeti considerar que la situació ha canviat. En el cas, la nul·litat de l'acord va obeir a la manca de convocatòria del propietari impugnant feta amb suficient anticipació (art. 553-21.2 i

6. ECLI:ES:TSJCAT:2020:4298.

7. ECLI:ES:TSJCAT:2020:6368.

553-31.1a CCCat); aquestes circumstàncies no es donaven en relació amb els acords presos posteriorment per la mateixa junta, ja que la convocatòria, en aquesta ocasió, sí que s'havia fet degudament. A part d'això, el TSJC conclou que el pagament per trimestres anticipats no és perjudicial ni per a la comunitat ni per als propietaris, atès que les primeres necessiten disposar de recursos per a fer front a les despeses que es van generant i, en qualsevol cas, els comptes finals s'hauran d'aprovar un cop vençut l'exercici.

— El supòsit de fet del qual parteix la STSJC de 30 d'octubre de 2020⁸ se situa en el marc de la subhasta judicial derivada de l'exercici d'una acció de divisió; en aquest context, un dels copropietaris adquireix el bé comú satisfent un preu inferior al de taxació. El TSJC, a l'empara dels articles 552-11.5 i 111-7 CCCat, considera que, atès que es tracta d'un bé indivisible o que desmereix amb la divisió, el comuner interessat només pot procurar-se l'apropiació del tot en els termes previstos en l'article 552-11.5 CCCat, és a dir, satisfent als altres «el valor pericial de llur participació». D'aquesta manera, la regulació catalana en matèria d'extinció de la situació de proindivisió no reconeix al comuner interessat el dret a optar entre mostrar el seu interès o no fer-ho i, en aquest últim cas, concórrer a la subhasta judicial; si hi ha interès, l'adjudicació del tot només pot obeir a l'article 552-11.5 CCCat, de tal manera que només quan cap comuner està interessat a quedar-se amb la titularitat exclusiva és permès que el bé surti de l'àmbit dels copropietaris i pot aleshores ser adquirit per tercers. En aquest darrer context, si el preu satisfet per l'adquirent és inferior al valor pericial del bé, tots els comuners sortiran perjudicats igual.

— STSJC de 13 d'octubre de 2020, en matèria de retroactivitat de l'obligació d'aliments a favor dels fills en cas de crisi de la parella.⁹ En el cas, mentre que com a mesures provisionals s'atorga la guarda de la filla a la mare i es fixa una pensió d'aliments a càrrec del pare de 250 € més la meitat de les despeses per a activitats extraescolars, la sentència de primera instància imposa la guarda compartida i l'obligació, a càrrec de cadascun dels progenitors, de satisfer els aliments que necessiti la menor mentre es trobi amb l'un o amb l'altra i la meitat de les despeses extraordinàries o per a activitats extraescolars. Per la seva banda, la sentència dictada en segona instància atorga la guarda a la mare; a càrrec del pare, fixa una pensió d'aliments de 325 €, i a càrrec d'ambdós progenitors, l'obligació d'ingressar en un compte 150 € mensuals per a despeses extraordinàries. Plantejada la qüestió de la retroactivitat d'aquestes darreres mesures, el TSJC estableix que l'obligació d'aliments té caràcter retroactiu des de la presentació de la demanda quan així se sol·licita, per primer cop, en el procediment de separació, divorci o nul·litat; després, una vegada s'ha establert judicialment l'obligació de satisfer els aliments, la seva modificació és operativa i executiva fins que es dicta una altra resolució que imposa un nou canvi, que tindrà efectes *ex nunc*.

8. ECLI:ES:TSJCAT:2020:9691.

9. ECLI:ES:TSJCAT:2020:6373.

2. COMENTARI DE LA STSJC DE 9 DE JUNY DE 2020: CADUCITAT DE LA INSTITUCIÓ D'HEREU DE CONFIANÇA PER COMPLIMENT DE L'ENCÀRREC A FAVOR PROPI

La STSJC de 9 de juny de 2020 desestima el recurs de cassació interposat pels hereus de confiança contra la sentència dictada en apel·lació i que, en contra dels interessos dels dits hereus, va revocar la sentència dictada en primera instància. Aquesta darrera, al seu torn, havia desestimat la pretensió interposada pels fills del causant, que, essencialment, s'adreçava a palesar la caducitat de la institució de confiança al·legant que els substituïts de l'hereva de confiança havien complert la confiança a llur favor i en contra de les instruccions confidencials donades pel causant; el jutge, contràriament, va considerar que els hereus havien actuat conforme a aquestes indicacions. La Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (SAPB) de 10 de maig de 2019 fonamentava la ineficàcia de la disposició de confiança en la contradicció entre la confiança revelada el 2002 i la que figurava en la memòria de confiança i, en qualsevol cas, en el fet d'haver executat la confiança a llur favor; a més a més, negava als hereus el dret a obtenir cap tipus de retribució i deferia l'herència (integrada pels béns inventariats i pels seus subrogats) als fills del causant com a successors abintestats.

2.1. ELS FETS: EL TESTAMENT, LA MEMÒRIA DE CONFIANÇA I ALTRES INSTRUCCIONS

L'anàlisi del cas passa per considerar els seus antecedents. La STSJC els sintetitza en l'apartat segon del seu primer fonament de dret (FD). Esdevenen dades imprescindibles de cara a la dita anàlisi les següents:

— El causant va morir el 1989. Aquell mateix any havia atorgat testament. Hi ordenava un llegat d'accions a favor de cadascun dels seus quatre fills. També instituïa hereva de confiança M., qui havia estat col·laboradora seva a l'empresa LAINCO, SA i a qui legitimava

[...] para que de a la herencia del testador o al producto de la alienación de bienes integrantes de la misma, el destino que le haya encomendado confidencialmente de palabra o por escrito. Podrá la heredera de confianza administrar los bienes herenciales, efectuar inversiones con los mismos y cualquiera actos de disposición tanto sobre bienes muebles como inmuebles, dispensándola de rendir cuentas de su gestión. El testador tiene dadas ya verbalmente instrucciones a la heredera de confianza. Manifiesta que piensa redactar una memoria de confianza y que dirá a la heredera donde localizarla. No obstante, como dará más instrucciones confidenciales de palabra a la heredera, autoriza a ésta para interpretar y modalizar libremente lo que el testador deje escrito. En el supuesto de que se planteara alguna cuestión judicial sobre la herencia del testador, la heredera de confianza queda

facultada para revelar reservadamente al juez o tribunal la confianza en ella depositada. Faculta a la heredera de confianza para que por actos *inter vivos* o *mortis causa* nombre un sustituto para el cargo, con amplia libertad al efecto.

— El causant, després d'atorgar testament, va protocol·litzar una memòria de confiança. S'hi deia que

[...] la meta de mi testamento es: a/ la continuidad de LAINCO SA y SAININ SA, su desarrollo pujante nacional o internacional; b/la continuidad en mis empresas de mis colaboradores efectivos y fieles tantos años; c/ la dirección debe llevarla un gerente apto. Nombro gerente al heredero de confianza con la misión de buscar a un sucesor, que puede ser mi hijo [J. R.] o persona fuera de la familia. Dependerá del criterio del heredero de confianza de buscar la persona idónea para la continuación de las empresas.

Sota l'epígraf «Reparto de acciones», el causant va establir el següent:

[...] doy poder al heredero de confianza para retener en su poder las acciones mientras no tenga claro si mi hijo [J. R.] o algún nieto mío, quiera, pueda y demuestre aptitud para dirigir las empresas con capacidad profesional, responsabilidad, eficiencia, continuidad, preparación e independencia, creatividad, es decir, sin fusiones ni ventas a terceros. En este caso, la persona que dirija las empresas, sea mi hijo [J. R.] o algún nieto mío, recibirá una mayoría de acciones. El resto, entre mis hijos [P. M.] y [B.] y empleados fieles que, con su esfuerzo, hayan contribuido a la prosperidad de LAINCO, SA y SAININ, SA, incluyo aquí a mi hijo [J. R.], si es un nieto quien dirige las empresas. No obstante, doy poder al heredero de confianza para cambiar esta distribución de acuerdo con la situación del momento y a su criterio. A mi hijo, [C. R.], ninguna acción, excepto las que le dejo como legítima.

I s'hi acabava proclamant que

[...] dentro del espíritu de los párrafos anteriores, mi deseo es que mi hijo [J. R.] o algún nieto mío fuese sucesor mío en las dos empresas, si demuestra con hechos su capacidad para continuarlas. Eso a criterio del heredero de confianza, una vez los haya tratado [...] en el caso de que mi hijo [J. R.] ni ningún nieto quisiera o no fuese, a criterio del heredero de confianza, apto para continuar los negocios, éste buscará un gerente fuera de la familia.

— Sobrevinguda la mort del testador, l'hereva de confiança accepta el títol successori, hi adjunta un inventari dels béns que inclou, entre d'altres, les accions de l'una

i l'altra empreses, i expressa que «se reserva, de momento, la revelación de la confianza en ella depositada». Pocs dies després, l'hereva de confiança posa en coneixement dels fills del testador el contingut del testament i de la memòria.

— El 1998 l'hereva atorga un poder a favor d'un membre de l'equip directiu de LAINCO, SA (J. F.) i d'un bufet d'advocats d'Amsterdam, a qui faculta per a dur a terme un seguit de negocis en relació amb els béns del testador. També a Amsterdam, l'hereva atorga una escriptura d'acord amb la qual

[...] en cumplimiento de los deseos de don Fabio, el fundador de las sociedades españolas LAINCO, SA y SAININ, SA, para mantener la independencia de estas sociedades y respetar los principios en los que creía, y puesto que ninguno de los descendientes del Sr. Fabio ha mostrado un interés real en continuar su labor en LAINCO, SA y SAININ, SA, y a consecuencia de ello se ha puesto en peligro la independencia de estas sociedades, desea constituir una fundación con arreglo a la legislación holandesa que debe garantizar la continuidad de estas sociedades [...].

La fundació va rebre el nom de LAINCO Stinching i va ser dotada amb el 100 % del capital de DANUTA Holding NV, societat adquirida per l'hereva de confiança, la qual, minuts abans de la constitució de la fundació, hi aportà, apoderada per J. F., el 100 % de les accions de LAINCO, SA. L'objecte de la fundació era enfortir la unitat i la solvència de les dues empreses fundades pel causant i de les seves filials. L'administració i la supervisió de la fundació s'encomanà a membres de l'equip d'ambdues empreses. Per al cas de liquidació de la fundació, el saldo romanent s'havia de distribuir entre tots els empleats de la societat espanyola LAINCO, SA en funció d'uns percentatges que clarament afavorien els càrrecs directius més rellevants.

— M. va morir el 1998. Havia atorgat testament el 1993. Designava J. F. i F. (també de l'equip directiu de LAINCO) substituïts seus en el càrrec d'hereu de confiança. En l'escriptura atorgada el 2002, els hereus de confiança substituïts van revelar la confiança o el destí encomanat pel causant: «[...] buscar un sucesor universal en la institución de heredero fuera de la familia del testador, ya sea persona física o jurídica, nacional o extranjera, que sea la más idónea, a juicio del heredero de confianza o sus sustitutos, por su capacidad, disposición de medios y compromiso [...]». Revelada la confiança, el notari indicà que s'integrava en el testament i que els substituïts passaven a considerar-se marmessors; en aquesta condició feren inventari i designaren hereva universal del causant la fundació creada el 1998, alhora que es considerava extingit, pel compliment, l'encàrrec encomanat. El representant de la fundació acceptà el títol d'hereu en el mateix instrument.

— Els estatuts de la fundació es modifiquen en el sentit que, en cas de liquidació, J. F. i F. rebran un percentatge determinat, independentment de si en aquell moment encara formen part de l'equip de LAINCO, SA.

2.2. D'ENTRADA: EL DRET APLICABLE I LA *RATIO DECIDENDI*

La data de la mort del causant (1989) determina que la seva successió es regís pel Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC) (vegeu la DT 1a de la Llei 40/1991, de 30 de desembre, del Codi de successions [CS] per causa de mort en el dret civil de Catalunya¹⁰ i la DT 1a de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, que estableix el mateix criteri d'irretroactivitat). De cara a resoldre el litigi, els preceptes que calia considerar eren, per tant, els articles 118 i 121-244 CDCC.¹¹ Quant als arguments emprats pel TSJC, en el seu raonament s'identifiquen tres elements que donen raó del sentit en què la SAPB resol el recurs d'apel·lació i que són, tots tres, després confirmats pel mateix TSJC. Per una banda, «no es considera acreditada l'existència d'instruccions verbals posteriors a la memòria de confiança que la modifiquessin» (STSJC, FD 3r, motiu 2n, ap. 3r, par. 6è); en segon terme, la SAPB «aprecia una contradicció entre la voluntat del testador expressada en la memòria de confiança i la voluntat revelada pels hereus de confiança» pel que fa a «buscar un succeïdor universal [...] fuera de la familia del testador» (STSJC, FD 3r, motiu 2n, ap. 3r, par. 5è); en darrer terme, es considera que la confiança es va complir *a favor* dels hereus de confiança, atès que la designació de la fundació com a hereva del causant amagava una atribució potencial del patrimoni hereditari als hereus de confiança si acabava passant que, finalment, la fundació es dissolia (STSJC, FD 3r, motiu 3r).¹² Cal fer notar dos aspectes: el primer és el relatiu a la incidència real que revesteix, separatament, cadascuna d'aquestes tres circumstàncies en la *ineficàcia* de la institució de confiança; el segon el suggereix l'abast de la confiança.

10. En endavant, CS.

11. La institució ha estat regulada posteriorment pels art. 135 i 150-153 CS i 424-11 a 424-15 CCCat. Vegeu, també, Manuel DURAN I BAS, *Memoria de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, p. 368 i 369 (l'autor va reservar els art. 262-264 de la seva proposta de text articulat a l'hereu i al legatari de confiança); art. 264 i 265 de la versió oficial del projecte d'*Apèndice de derecho catalán al Código civil* (s'ha consultat a *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 635 [Textos Jurídics Catalans, Lleis i Costums; VI/2]), i art. 254-258 del *Proyecto de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña* (Barcelona, Altés, 1955; consultat a *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris*, p. 830 i 831).

12. La part dispositiva de la SAPB de 10 de maig de 2019 es reproduïx en el primer antecedent de fet de la STSJC. L'AP va estimar el recurs d'apel·lació interposat pels fills del causant «en el sentido de: 1/ declarar la ineficacia de la herencia de confianza constituída en testamento otorgado el 3 de agosto de 1989 por el Sr. F. por ser contradictoria la confianza verbal revelada con la escrita protocolizada y revelada y por ostentar los confidentarios el control directo de la herencia del causante, el accionariado de las iniciales empresas Lainco y Sainin, tras ser revelada totalmente la confianza y poder beneficiarse del patrimonio hereditario en caso de liquidación de la fundación a la que se atribuyó aquel accionariado».

— En la part dispositiva de la SAPB es proclama la *ineficàcia*, sense matisos, de «l'herència de confiança».¹³ La dita ineficàcia es vincula a dues circumstàncies: per una banda, a la contradicció entre les instruccions contingudes en la memòria de confiança i les manifestades oralment a l'hereva de confiança; per l'altra, al control que van acabar exercint els hereus de confiança sobre l'accionariat. Només pel que fa a això últim, en la formulació del recurs de cassació (i, de retruc, en la seva resolució [vegeu STSJ, FD 3r, motiu 3r]) es fa menció expressa de l'article 244 CDCC, relatiu a la caducitat de la institució d'hereu (vegeu art. 424-15 CCCat)¹⁴ i que, de fet, és el que realment fonamenta l'estimació del recurs d'apel·lació i, després, la desestimació del de cassació.

— En el testament el causant designa un hereu de confiança i el legitima per a donar a la seva herència el *destí* que el mateix testador anuncia que comunicarà confidencialment al dit successor. No es designa cap altre hereu, però sí que s'ordenen llegats imputables a la llegítima dels fills. Quant a la memòria de confiança, cal fer notar que el causant presenta com a «meta de mi testamento» la continuïtat de les seves empreses i facilita instruccions en aquest sentit. Mort el causant, l'hereva de confiança fa inventari; també en fan els seus substituïts un cop revelada la confiança i convertits aleshores en marmessors; en aquesta condició, designen hereva la fundació creada el 1998. Tot i que els antecedents permeten raonablement entendre que les dues empreses són els béns més preuats per al causant, es fa estrany pensar que no hi hagués res més. Pressuposant l'existència d'altres béns i prescindint ara de les instruccions orals sobre la recerca d'un successor *per al tot* (defensades pels hereus substituïts i considerades no acreditades per l'Audiència Provincial [AP]), la situació quedaria definida per un testament amb una única hereva instituïda, que era *de confiança*, i una memòria de confiança que, en coherència amb la que raonablement s'intueix que era la principal preocupació del testador, se centrava en les dues empreses; dit altrament, només s'havien facilitat instruccions quant a *una part* del patrimoni hereditari. Però, aleshores, quant a la part o els béns *silenciats* o sense instruccions que s'hi refereixin expressament, cal entendre que es produiria una caducitat parcial per confiança parcialment desconeguda? O es podria raonablement interpretar que la voluntat del testador era que qui fos idoni per a les empreses, el succeís també quant a la resta del seu patrimoni? O, de fet, si el títol successori assignat per l'hereva de confiança al

13. Estrictament, l'*herència* és el conjunt de posicions patrimonials sobre les quals es desenvolupa el fenomen successori. La qualificació «de confiança» no pot projectar-s'hi perquè la confiança no es disposa en el patrimoni, sinó en la persona instituïda, tant si és hereva com si és legatària, que ho seran «de confiança». A vegades, però, la terminologia legal tampoc no és gaire acurada (vegeu art. 424-13.1 CCCat: «El testador que *ordena l'herència* o el llegat *de confiança* [...]»; art. 424-15.2 CCCat: «Llevat que la voluntat del testador sigui una altra, *l'herència de confiança* [...]»; les cursives són nostres).

14. El precepte es rubrica, molt genèricament, «Ineficàcia de les disposicions de confiança», per bé que el que s'hi desenvolupa és, només, una causa específica d'ineficàcia: la caducitat (feien el mateix, però sense cap encapçalament, els art. 244 CDCC i 135 CS).

successor en les empreses fos el d'hereu, la qüestió no restaria solucionada aplicant els articles 411-1 i 462-1.1, *in fine*, CCCat, de tal manera que *tot* seria per a l'escollit?¹⁵ D'aquestes qüestions, que només s'apunten, la STSJC no se'n fa ressò.

2.2.1. *La manca de prova de les instruccions verbals contradictòries*

Els paràgrafs cinquè i sisè del motiu segon del fonament de dret tercer de la STSJC no són clars quant a si allò que malmet la força probatòria de les instruccions orals donades pel causant és que no s'acrediten (que és el que sembla que s'argumenta en el par. 6è) o bé que, prescindint de la prova (entesa com les evidències que reblen la versemblança o realitat de la confiança feta només de paraula), són contradictòries amb les instruccions escrites contingudes en la memòria de confiança (tal com s'afirma en el par. 5è).

— La necessitat d'acreditar la certesa del contingut de la confiança, especialment si l'encàrrec confidencial s'ha fet de paraula, pot situar l'hereu de confiança en una situació de complexitat probatòria fins a cert punt incoherent amb la fisonomia de la institució. És per això que, com argumenta la STSJC (FD 3r, motiu 1r, ap. 3r, par. 18è), la confiança revelada o l'actuació del fiduciari¹⁶ s'han d'entendre, per si soles, com el mitjà de prova de quina fou la voluntat del causant, tret que concorrin circumstàncies que facin dubtar d'aquesta correlació («[...] si bien [...] la declaración del fiduciario [...] constituye la prueba de la voluntad del testador [...] ello no es óbice para que la revelación deje de surtir pleno efecto siempre que medien *circunstancias adversas* a la verosimilitud de lo averado por el confidenciario»)^{17,18} Hom podria parlar, doncs,

15. Si la destinació enclou la designació d'hereu universal, *a fortiori* cal entendre que l'hereu de confiança pot també implementar-la escollint successors particulars o legataris. Com se sap, als primers, per a adquirir el títol, els caldrà acceptar-lo (art. 411-5 CCCat); els segons l'adquireixen amb i per la sola delació (art. 427-15 i 427-16 CCCat).

16. L'actuació del fiduciari, sense revelació expressa prèvia de la confiança, s'ha d'entendre com una revelació tàcita. En el cas, la *revelació* de les instruccions donades pel causant precedeix totes les actuacions fetes (primer, per l'hereva designada en testament; després, pels seus substituïts).

17. La cursiva és nostra.

18. Vegeu Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. v, Barcelona, Mancomunitat de Catalunya, Oficina d'Estudis Jurídics, 1923, p. 210, que legitima els «interessats» a «impugnar» la confiança revelada si poden demostrar que és contrària a la voluntat del testador. Consulteu també M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, «Comentarios a los artículos 118 a 121 CDCC», a Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, tom XXVIII, vol. I, Madrid, Edersa, 1982, p. 370; l'autora atribueix aquella mateixa legitimació als hereus abintestats que, a més d'instar la caducitat» en els casos legalment previstos, podran també «impugnar» la confiança revelada en contra de les instruccions o voluntat del testador. Admet la *invalidació* de la revelació en aquests casos, però sense precisar a instàncies de qui, Martín GARRIDO MELERO, «Comentario al art. 153 CS», a Lluís JOU I MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 594.

de presumpció *iuris tantum* de l'existència i la certesa de l'encàrrec revelat i/o executat? No ben bé. Cal fer notar que els termes emprats pel TSJC relaxen l'exigent aportació d'una prova en contra (que en molts casos pot acabar sent *diabòlica*, per haver de consistir a provar que el causant *no* va donar la confiança revelada). Per al TSJC sembla que basti aportar evidències que facin trontollar la credibilitat d'allò revelat.

— En el cas, la circumstància que permet dubtar d'aquella certesa és la contradicció entre la memòria de confiança (en què el causant supeditava la recerca d'un gestor per a les seves empreses fora de l'àmbit familiar, al fet de no tenir cap fill o net que reunís les qualitats idònies per a responsabilitzar-se'n) i les instruccions orals revelades el 2002 (segons les quals calia buscar un successor universal fora de la família del causant).¹⁹ La manca de prova determina que les instruccions orals no es puguin tenir en compte de cara a valorar si l'actuació dels fiduciaris fou la correcta. La pregunta és aleshores què hauria succeït si s'arriba a aportar alguna evidència d'allò revelat el 2002. La qüestió passa per considerar dos preceptes: els articles 244 i 120 CDCC. El primer, com també feu l'article 135.1 CS i fa avui l'article 424-15.1 CCCat, declarava la caducitat de la institució si la confiança resultava contradictòria; aquesta caducitat arrossegaria la institució d'hereu i donaria pas als efectes previstos als dits preceptes per al cas de caducitat. El segon exclou la contradicció mateixa (i, de retruc, la caducitat) per la via de declarar la prevalença de les instruccions escrites per la mà del testador; si l'encàrrec constava per un escrit manuscrit pel testador, res no caducava, per bé que les instruccions orals quedaven desplaçades per aquella prevalença; si no hi havia instruccions escrites o si ho eren però no per la mà del testador, «se estará a lo que advere la mayoría», si hi havia més d'un hereu; si no s'assolia la dita majoria, la contradicció menava cap a la caducitat, per causa de contradicció, de l'article 244 CDCC. L'article 152 CS, si hagués estat l'aplicable, hauria avalat la mateixa conclusió, mentre que l'aplicació de l'article 424-13.1 CCCat al cas destapa més dubtes interpretatius.²⁰

19. La contradicció parteix, per tant, del fet d'entendre que a aquest successor universal correspon també el control de les empreses. Ara bé, ben mirat, és factible entendre que el causant havia facilitat, per una banda, certes instruccions relatives a la successió en les seves empreses (amb preferència pels fills) i, per l'altra, indicacions quant a la designació d'hereu (que calia cercar fora de la família). Aquella successió ho seria a títol particular; aquesta, a títol universal, amb el benentès que l'hereu només rebria allò que el causant no hagués atribuït (a partir de les instruccions donades a l'hereu de confiança) a títol particular: d'entrada, tot menys les empreses. Aquesta interpretació faria que la raó de la ineficàcia de la institució d'hereu de confiança pogués vincular-se al fet de no haver complert l'encàrrec seguint les instruccions del causant (i, això, perquè les empreses acaben a les mans de l'hereu universal). Cal fer notar, però, que l'article 244 CDCC no vinculava, com tampoc no ho feia el CS ni ho fa el CCCat, la ineficàcia al incompliment de les indicacions donades, tret que el dit compliment fos a favor dels mateixos hereus de confiança (vegeu *infra* ap. 2.2.2).

20. N'explica la raó Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Comentari a l'article 424-13 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 447 i 448. Les ambigüitats s'expliquen arran de la desapa-

Reprenent el cas, del raonament anterior resulta que la prova de les instruccions orals contradictòries que eventualment s'hagués pogut aportar hauria resultat sobre-ra; la prevalença de les escrites (art. 120 CDCC) hauria determinat: primer, que no escaigués la caducitat per contradicció;²¹ segon, que per a valorar si la confiança havia caducat per compliment en benefici propi només es podrien tenir en compte les instruccions contingudes en la memòria de confiança.

2.2.2. *El compliment de la confiança a favor o en benefici propi*

La STSJC confirma allò resolt per la SAPB quant a la revelació (el 2002) de la confiança oral i el seu compliment *a favor* dels hereus de confiança. En el cas, l'es-collida com a hereva era una fundació; en els seus òrgans de gestió intervenien els he-reus de confiança, que acabarien rebent, en cas de dissolució de l'ens, una participació en un patrimoni integrat per l'accionariat de les dues empreses. Val a dir que, encara que s'hagués prescindit de les instruccions orals²² i el referent del compliment hagués estat, *només*, el contingut de la memòria de confiança, el destí donat a l'herència hau-ria implicat igualment un compliment en benefici propi. Aquesta *manera de complir* l'encàrrec suggereix, en qualsevol cas, dos comentaris:

— El primer és que tant l'AP com el TSJC interpreten que, en el cas, hi ha revela-ció i execució a favor propi perquè el compliment de l'encàrrec, tal com es va executar, encloïa una apropiació futura eventual. De la STSJC es desprèn, doncs, que a l'efecte de la caducitat no cal apropiat-se dels béns de manera directa i immediata (per exem-

rició, en l'article 424-13 CCCat, del pronom *aquestes*, que apareixia tant en la CDCC com en el CS, fent referència a les instruccions escrites per la mà del testador. En establir-se ara que «les instruccions del tes-tador sempre prevalen» (art. 424-13.1 CCCat), no s'estableix com resoldre (i, així, evitar la caducitat) una eventual contradicció entre instruccions, sigui quina sigui la seva naturalesa, escrita o oral. L'autor proposa, d'acord amb la tradició jurídica catalana, donar prevalença a les escrites sobre les orals, però es planteja aleshores com cal procedir en cas de contradicció, ja sigui entre distintes instruccions hològrafes signades, ja sigui entre instruccions escrites i/o signades per mitjans mecànics, ja sigui entre les unes i les altres. La so-lució sembla que hauria de passar per atènyer-se «al que adveri la majoria» (art. 424-13.1, *in fine*, CCCat). A manca d'aquesta majoria, el supòsit serà de caducitat per contradicció (M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, «Disposiciones fiduciarias en el Código civil y Cataluña», a M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, *Tratado de derecho de sucesiones*, tom I, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2011, p. 794).

21. Ben mirat, però, potser és aquesta caducitat per contradicció el que escauria. La prevalença de les instruccions hològrafes sobre les no escrites s'explica perquè les primeres revesteixen major versemblança de certesa i autenticitat que les segones, sobretot quan l'única prova de les orals és, només, la paraula de l'hereu de confiança. Ara bé, si a propòsit de les instruccions orals s'aportessin evidències probatòries su-ficients per a donar per certs i provats el seu origen i el seu contingut, sembla que decauria la raó de ser de la prevalença de les indicacions hològrafes, i per al cas que resultessin contradictòries les unes i les altres, el procedent seria la caducitat per contradicció.

22. Per les raons exposades en l'epígraf anterior.

ple, autoescollint-se com a hereu). La causa de caducitat al·legada (el compliment a favor propi) sens dubte abastaria aquest supòsit d'autoelecció com a successor universal (de fet, seria el cas més flagrant d'execució de l'encàrrec per a beneficiar-se'n), supòsit que, d'alguna manera, ja s'anticipa, indirectament (o per la via de prohibir l'apropiació definitiva dels béns *abans de revelar-se la confiança*), en els articles 121 CDCC, 153 CS i 424-14.1 CCCat.^{23,24} Però l'expressió recollida en els articles 244 CDCC, 135 CS i 424-15.1 CCCat, relatius a la caducitat, és més genèrica, de manera que, teòrica-

23. Aquests preceptes fan referència a la posició jurídica dels hereus de confiança mentre la confiança no s'executa del tot. «[M]entre no la revelin o compleixin», l'hereu de confiança té la consideració d'hereu amb legitimació per a disposar per mitjà de negocis *entre vius* («[...] amb facultats per a fer actes dispositius entre vius [...]» [art. 424-14.1 CCCat]); és en aquest context que no pot «fer definitivament propis els béns de l'herència». El definitivament es contraposa a *mentrestant* i *provisionalment*. Des de l'acceptació com a hereu de confiança fins a la revelació (expressa o tàcita de la confiança), el cridat té la consideració d'hereu i, per tant, se subroga en les titularitats que ho eren del causant, de manera que els béns hereditaris esdevenen «propis», per bé que: a) és una adquisició naturalment temporal, claudicant (fins a la revelació [art. 424-14.2 CCCat]); b) els dits béns es mantenen *separats* del patrimoni de l'hereu de confiança («llurs béns propis» [art. 424-14.2, *in fine*, CCCat]). D'ençà de la revelació i «si el testador no disposa una altra cosa», la consideració de l'hereu com a marmessor universal (art. 424-14.2 CCCat) implica, primer, mutar la seva posició jurídica, que ara passa a ser la pròpia d'un administrador de patrimoni aliè, i, segon, reduir les seves facultats a les previstes en l'article 429-10 CCCat (vegeu, pel que fa a la modalitat concreta de marmessoria universal en cas de dubte, en què es prefereix la de lliurament directe del romanent, l'art. 429-7.4 CCCat). Al marge de l'article 429-10 CCCat (i, en concret, quant a les facultats dispositives del marmessor, de l'article 429-10e CCCat), regeix també l'article 621-4f CCCat, relatiu a la prohibició d'adquirir en virtut d'un contracte de compravenda els béns administrats com a marmessor, llevat que hi hagi una autorització expressa en aquest sentit. El règim descrit permet identificar tres moments en la mecànica de la institució de confiança: el primer, abans de la revelació de la confiança i al qual es refereix la prohibició d'apropiació de l'article 424-14.1 CCCat; el segon és el que abasta des de la revelació de la confiança fins al compliment i és el que es veu afectat pels límits derivats dels articles 424-14.2, 429-10 i 621-4f CCCat; el darrer, situat un cop executat l'encàrrec, implicaria la caducitat de la institució si la dita execució s'hagués realitzat a favor del mateix hereu de confiança. (Totes les cursives són nostres.)

24. Els actes que contravenen allò que preveuen, directament, l'article 424-14.1 i 2 CCCat, o, indirectament, l'article 424-15.1 CCCat (que només de manera indirecta exigeix que el compliment sempre es faci en favor o en benefici *aliè*), se situen en dos moments distints de la dinàmica de la institució de confiança. D'ençà de la revelació o del compliment, si l'una o l'altre es fan en benefici propi, la institució esdevé ineficax per raó de la caducitat; l'article 424-15.1 CCCat és explícit en aquest sentit. Abans de revelar-se o complir-se la confiança, la contravenció estricta de l'article 424-15.1 CCCat quant a la prohibició d'apropiació comportarà la ineficàcia del negoci adquisitiu per manca de poder de disposició a favor propi. El supòsit mena a qüestions relacionades amb el règim associat a la dita ineficàcia: naturalesa de l'acció adreçada a fer-la valer (que s'entén declarativa), termini per a interposar-la (que, sembla, inclouria qualsevol moment, atesa la imprescriptibilitat de les accions merament declaratives [art. 121-2 CCCat]) i legitimació.

ment, són imaginables supòsits que no impliquin apropiació però sí benefici propi i, doncs, que també comportin la caducitat de la institució.^{25,26}

— Ara bé, el rellevant no hauria de ser, sobretot, el fet d'apartar-se o no de les instruccions donades pel causant? L'argument segons el qual «[n]o tindria sentit emprar un negoci jurídic indirecte, com ho és el fiduciari, quan la voluntat del testador es pogués aconseguir amb un negoci directe (institució d'hereu o llegat lliure)» (STSJC, FD 3r, motiu 3r, ap. 2n, par. 2n),²⁷ no serviria per a tots els casos. El de la controvèrsia n'és un exemple. És probable pensar que la manca de designació directa d'un successor va obeir al fet que el testador no estava segur de les capacitats dels seus fills o nets (potser per joventut, potser per manca d'expertesa...), per la qual cosa no va voler arriscar-se i designar-ne un o, defugint de mantenir les empreses dins del context familiar, escollir un tercer. Si, atenent les instruccions de la memòria de confiança, l'hereu de confiança hagués disposat d'evidències que avalessin la incompetència dels fills i nets del testador a fi de succeir-lo en la gestió empresarial i resultés també objectivament acreditable que la persona idònia era l'hereu de confiança o bé algun dels seus substituïts,²⁸ per què caldria imposar igualment la caducitat per compliment «a llur favor»?²⁹ L'article 424-15 CCCat i els seus precedents parteixen d'un plantejament

25. Hom pot pensar, també, en l'hereu de confiança que alenteix conscientment el compliment de l'encàrrec a fi de perllongar la seva administració i, d'aquesta manera, obtenir major retribució (vegeu art. 424-12.2 CCCat i M. Carmen GETE-ALONSO CALERA «Comentarios a los artículos 118 a 121 CDCC», p. 335, que identifica el cas com un de compliment a favor propi).

26. Ni la CDCC ni el CS estableixen, però, què succeeix amb els actes que, fets en *benefici propi* però sense arribar a implicar apropiació dels béns, hauria realitzat l'hereu de confiança abans de la revelació o el compliment de la confiança o un cop revelada, és a dir, mentre la seva posició quedava equiparada amb la d'un marmessor. El CCCat tampoc no considera el cas.

27. Aquest argument ja el trobem a Juan MARTÍ MIRALLES, «Dictámenes. Facultades del heredero de confianza», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 67 (novembre-desembre 1950), p. 550. L'autor n'afegia uns altres dos: per una banda, que l'autoelecció com a hereu no s'adiu amb la naturalesa d'intermediari o mandatari que té el fiduciari; per l'altra, que «no es admisible ni racional que tal testigo (el cualificado que se dice que es el heredero de confianza) pueda tener tan extremada eficacia probatoria en causa propia».

28. Cal tenir en compte que, en el cas, els substituïts són triats per l'hereva de confiança substituïda, de manera que l'argument segons el qual, si hagués volgut, el causant ja els hauria afavorit directament, no té el mateix pes que quan s'esgrimeix a propòsit de l'hereu de confiança, a qui sí que el causant institueix directament. Certament, però, aleshores l'argument inicial es reproduceix: per què l'hereva de confiança tria J. F. i F. com a substituïts i no, en canvi, com a hereus definitius?

29. S'ha dit que, d'entrada, autoescollir-se com a hereu i, arran d'això, apropiat-se del patrimoni hereditari seria un cas de compliment a favor propi determinant de la caducitat de la institució. L'article 244 CDCC feu innecessari l'argument emprat fins a aquell moment per tal de negar efectes a l'assignació a favor propi; el dit argument era l'equiparació entre l'hereu de confiança i el mandatari i, de retruc, l'aplicació de l'article 1459.2 CC, que prohibeix a aquest darrer comprar béns respecte dels quals recau l'encàrrec (vegeu Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 210 i 212; M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, «Comentarios a los artículos 118 a 121 CDCC», p. 313, i M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, «El heredero de confianza en el Código de sucesiones», a José Manuel GONZÁLEZ PORRAS i Fernando P.

distint i, tot plegat, en un doble sentit. Per una banda, s'imposa legalment la caducitat per complir la confiança en benefici propi sense cap excepció, de la mateixa manera que tampoc no exceptua res l'article 424-14.1 CCCat.³⁰ En canvi, estrictament, el simple fet d'apartar-se de les instruccions donades pel causant no es considera causa de caducitat en l'article 424-15 CCCat, com tampoc no s'hi considerava ni en la CDCC ni en el CS. A més de la mort del fiduciari sense revelar o complir la confiança i la impossibilitat de compliment *per altres causes* (ja sigui per contradicció, il·legalitat, desconeixement...), només comporten caducitat la revelació o el compliment de l'encàrrec «a llur favor» amb el benentès que: primer, es prescindeix de si les instruccions legitimaven aquest favoritisme; segon, no hi ha caducitat per la mera circumstància (és a dir, encara que no impliqui compliment a favor propi) de desviar-se de les indicacions donades.³¹ El compliment no conforme no es considera, almenys explícitament, en l'article 424-15 CCCat.³² La controvèrsia seria d'aquest tipus si, per exemple, els

MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Múrcia, Universidad de Murcia, 2004, p. 2036 i 2052, amb un major desenvolupament de l'argument, que rebut). Ara per ara, l'article 624-15.1 CCCat fa aparentment innecessari recórrer a l'article 621-4e CCCat, que prohibeix als mandataris adquirir en virtut d'un contracte de compravenda els béns gestionats. Si de cas, caldria fer notar que, a diferència de l'article 624-15.1 CCCat, l'article 621-4e CCCat té excepcions: les que conté l'article 622-25 CCCat, relatiu a la legitimació del mandatari per a autocontractar. En aquest mateix sentit, l'article 621-4f CCCat també preveu una excepció a la prohibició adreçada als marmessors, de manera que si hi ha «autorització expressa» podran comprar els béns administrats. En el context de l'article 424-15 CCCat, tenir present també l'art. 621-4e i f CCCat podria semblar útil de cara a negar eficàcia a la mateixa autoelecció com a hereu (és a dir, a l'acte de compliment de la confiança), de la mateixa manera que, amb caràcter general, no és eficaç la venda dels béns gestionats que el marmessor o mandatari atorga a favor propi. Aquest efecte (la ineficàcia de l'autoadjudicació del títol d'hereu) és teòricament distint del que resulta de la declaració de caducitat de la institució d'hereu de confiança; en abstracte, aquell efecte podria no anar acompanyat d'aquesta caducitat, de manera que la institució d'hereu es mantingués *pendent de complir-se eficaçment*. Ara bé, prevista legalment aquesta caducitat, sembla que ho arrossega tot: no només els actes de compliment en benefici propi, sinó també la mateixa institució d'hereu de confiança; d'aquesta manera, l'article 624-15.1 CCCat sobrepassaria la ineficàcia relativa, només, a l'acte d'execució de l'encàrrec, i faria innecessari aleshores recórrer a l'article 621-4e CCCat per a justificar-la.

30. La remissió de l'article 424-12.2 CCCat a l'article 429-5.2 CCCat implica entendre que les atribucions successòries que el causant hagi fet a favor de l'hereu de confiança lògicament escapen de la prohibició d'apropiació definitiva. Són atribucions a títol successori fetes directament pel causant, que queden al marge de la destinació confidencial i que, per tant, no cal que se les autoassigni el mateix hereu de confiança.

31. La facultat d'«impugnar» per raó de la contravençió de les instruccions donades pel causant és defensada en contextos específics (per exemple, quant a l'adjudicació a favor de parents del fiduciari, Juan MARTÍ MIRALLES, «Dictámenes. Facultades del heredero de confianza», p. 551, defensa que, d'entrada, res no impedeix aquesta destinació, per bé que reconeix als hereus abintestats la facultat d'impugnar les adjudicacions «si pueden probar que fueron hechas en contra de lo ordenado por el testador». Amb caràcter general, vegeu Lluís PUIG FERRIOL, «Las herencias de confianza», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (1963), p. 379, que admet la impugnació.

32. El model, si es tractés d'un encàrrec entre vius, el proporciona l'article 622-22 CCCat, relatiu a l'extralimitació del mandatari, que declara la manca de vinculació del mandant amb els actes realitzats

hereus de confiança, *prescindint* de la preferència que havia mostrat el causant pels seus fills o nets, haguessin escollit com a hereu, no a si mateixos (directament o indirectament [a través de la fundació]), sinó a un tercer. Arribats a aquest punt, es plantejaria si l'encàrrec mal fet s'ha d'entendre implícitament considerat en l'article 424-15 CCCat; i si, descartada l'aplicació d'aquest precepte al cas, el règim s'ha de cercar en una altra banda o bé si, en fi, forma part del risc inherent a la institució que la persona escollida com a hereu de confiança no desenvolupi l'encàrrec degudament, sense que d'això puguin derivar-se'n conseqüències.³³ Aquestes alternatives fan pensar, especialment, en la posició de J. R. Per a ell, la diferència entre al·legar la caducitat de la institució de confiança per compliment en favor dels mateixos hereus de confiança substituïts o intentar treure rèdit de la preferència que el causant havia manifestat per ell (i que, de fet, es pot considerar jurídicament com una instrucció), es podria explicar, teòricament, partint dels efectes associats a la caducitat. Aquesta modalitat d'ineficàcia determina, d'acord amb l'article 424-15.2 CCCat, que l'herència «es defereix

per aquell sense seguir les instruccions donades. Traslladar aquest esquema a l'àmbit successori a fi de, com a mínim, defensar la *ineficàcia* de l'actuació de l'hereu de confiança podria emparar-se no tant en la consideració del fiduciari com a mandatari (vegeu *supra* nota 29), sinó en l'existència d'instruccions que cal respectar en el desenvolupament, també *degut*, de l'encàrrec; aquestes instruccions determinen l'àmbit de l'actuació per a la qual s'ha rebut legitimació, de manera que, en cas d'extralimitació, la manca d'efectes s'explicaria per raó d'haver realitzat una actuació per a la qual no s'estava legitimat (vegeu M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, «Comentarios a los artículos 118 a 121 CDCC», p. 333, que defensa que el que assumeix l'hereu de confiança no és, només, un deure moral). Ara bé, cal fer notar que mentre que *no executar* la destinació pot comportar la caducitat (per exemple, si el fiduciari mor sense revelar-la o complir-la [art. 424-15 CCCat]), *executar-la però contravenint les instruccions confiades* no es vincula legalment a cap reacció específica, ni tan sols eventual.

De nou en l'àmbit *mortis causa*, ni l'article 424-6.1 CCCat ni l'article 424-1.2 CCCat no expliciten què succeeix amb l'elecció o la distribució feta pel fiduciari sense seguir les previsions donades pel testador (vegeu, redactat mentre era vigent la CDCC, Lluís PUIG FERRIOL, «Institución de heredero por fiduciario», *Revista Jurídica de Catalunya*, gener-març 1964, p. 60, on l'autor, tot i que conclou que «las disposiciones preventivas del causante no condicionan la libertad del fiduciario», acaba admetent que «podrán empero los interesados en la herencia impugnar esta declaración siempre que puedan probar haberse apartado el fiduciario de las instrucciones recibidas». Vegeu també M. Luisa ZAHINO RUIZ, «Comentari a l'article 424-1 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 383, segons la qual «[e]l testador pot fer previsions delimitant les facultats del fiduciari, a les quals aquest s'haurà d'ajustar necessàriament». Per la seva banda, l'article 424-3 CCCat estableix què succeeix en cas de renúncia a fer l'elecció o distribució, i de mort del fiduciari sense haver-les realitzat, però, almenys literalment, no ho expressa en termes de caducitat (parla, sense desenvolupar-ho més, d'*ineficàcia* de la institució fiduciària, M. Luisa ZAHINO RUIZ, «Comentari a l'article 424-3 CCCat», p. 391). Tampoc no s'empra el terme *caducitat* en l'article 424-8 CCCat, relatiu a la manca d'elecció o distribució pels parents.

33. En paraules de Manuel Duran i Bas, «ni el recelo que algunos abrigan de que no sean siempre dignas de la confianza del testador las personas en quienes éste la deponga es motivo suficiente para rechazarla en absoluto sino para que los testadores la utilicen con parsimonia; debiendo estos imputarse á sí mismos su imprudencia, sino aciertan á escoger para aquel cargo á personas de acrisolada probidad» (vegeu-ho a Manuel DURAN I BAS, *Memoria de las instituciones*, p. 191).

a favor dels qui en el moment de la mort del testador haurien estat els seus hereus ab-intestats»; a efectes pràctics, J. R. seria cridat juntament amb els altres fills del causant (P. M., B. i els fills de C. R.). En canvi, la possibilitat de reconduir l'actuació mal feta cap a un règim d'ineficàcia menys sever, que preservi la institució de confiança però *desfent* allò fet contravenint les instruccions del testador, plantejaria la possibilitat de mantenir l'encàrrec i de complir-lo, ara de manera correcta. Així, hipotèticament, si J. R. pogués acreditar que els hereus de confiança senzillament van prescindir de la preferència mostrada pel seu pare per ell, podria provocar la ineffectuació, almenys, de l'assignació de la fundació com a hereva. L'encàrrec estaria viu, no hauria caducat i J. R. encara podria aspirar a ser ell el destinatari *únic* del compliment de la confiança.³⁴

2.3. LA INEFICÀCIA PER CADUCITAT

La categoria genèrica, la de la ineffectuació, encapçala l'article 424-15 CCCat («Ineficàcia de les disposicions de confiança»), i la categoria específica o subcategoria, la de la caducitat, s'empra en el text de la norma («Les institucions d'hereu i els llegats de confiança *caduquen*» [art. 424-15.1 CCCat]; «l'herència de confiança o la part que n'hagi *caducat* [...]» [art. 424-15.2 CCCat]; «En el cas de la *caducitat* parcial [...]» [art. 424-15.2 CCCat]; «Si el llegat de confiança *caduca* [...]» [art. 424-15.3 CCCat]).³⁵ Això contrasta amb l'article 421-19 CCCat, que, rubricat «Caducitat del testament», es refereix només a la dels testaments hològrafs que no s'adveren i es protocol·litzen en el termini de quatre anys a comptar de la mort del causant. La caducitat de l'article 424-15 CCCat (art. 135 CS i 244 CDCC) i la de l'article 421-19 CCCat (art. 134 CS i 242 [2n par., relatiu al testament sacramental] CDCC) tenen certs punts de connexió, però també mostren diferències.³⁶

— Quant a les connexions, n'hi hauria una de formal, en els precedents, i la relativa a la incidència del pas del temps. Pel que fa a la primera, només el projecte de Compilació del 1955 considerava l'una i l'altra caducitat en un únic i mateix precepte

34. Vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Pamplona, Universidad de Navarra i Dykinson, 1996, p. 1044 i 1045, a propòsit de la possibilitat d'*impugnar* el compliment fet sense seguir les instruccions del causant i el qual admet la legitimació activa, entre d'altres, dels destinataris dels béns segons la confiança revelada (als qui interessa, per tant, no que decaigui del tot, sinó en la part no executada correctament). En la controvèrsia, cal recordar que la posició preferent de J. R. no és tan clara que permeti identificar-lo com a destinatari indiscutible de la confiança; el causant va expressar la seva preferència per ell o per algun dels seus nets *si, a criteri de l'hereu de confiança*, mostrava les aptituds necessàries per a garantir la continuïtat i l'èxit de les empreses.

35. Les cursives són nostres.

36. El que *caduca*, en l'article 429-13.2 CCCat, és el «càrrec» de marmessor si l'encàrrec no es compleix en el temps previst.

(art. 477). Formalment, però, la distinció ja és present en la CDCC i, després, en el CS, que dedicaren preceptes diferents per a tractar, per una banda, de la caducitat de l'instrument successori i, per l'altra, de la institució de confiança; els uns i els altres, però, en el context dels preceptes dedicats a la ineficàcia de testaments i codicils. El CCCat intensifica l'allunyament perquè situa la caducitat del testament hològraf entre les disposicions que regulen aquesta modalitat de negoci i ubica la caducitat de les institucions de confiança entre els preceptes relatius a les disposicions fiduciàries.

Pel que fa al factor temporal, cal fer notar que el pas del temps resulta rellevant en el context de l'una i l'altra caducitat, per bé que s'hi presenta de distinta manera. La *caducitat* del testament per manca d'adveració i protocol·lització equival, de fet, a la seva *invalidesa*; així resulta, almenys literalment, de l'article 421-17.2 CCCat («Perquè el testament hològraf sigui *vàlid* cal: [...] *b*) que es presenti davant el jutge o el funcionari competent a fi que sigui adverat i se n'ordini la protocol·lització».³⁷ La validesa del testament exigeix una actuació que s'ha de realitzar després de la mort del causant i per a la qual es disposa d'un termini de caducitat (art. 421-19 CCCat),³⁸ dit altrament: la caducitat dels terminis per a adverar o protocol·litzar determina, literalment, la caducitat (art. 421-19 CCCat) o invalidesa del testament. Per la seva banda, la presència del factor temps en l'article 421-15 CCCat és menys destacada. Només en el supòsit de mort sense revelar o complir la confiança hi ha cert protagonisme del pas del temps,³⁹ però no tant perquè s'imposi un termini (vitalici) per a complir l'encàrrec,⁴⁰ sinó perquè la mort del fiduciari sense revelar l'encàrrec determina la impossibilitat de saber-ne el contingut i, per tant, de complir-lo.^{41,42}

37. Qualifica l'expressió d'incorrecta Míriam ANDERSON, «Comentari a l'article 422-4 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 282. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 78, que supediten només l'eficàcia del testament hològraf a la seva adveració i protocol·lització.

38. Josep SOLÉ FELIU, «Comentari a l'article 421-19 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 240, atribueix aquesta naturalesa als terminis de quatre anys i sis mesos previstos en l'article 421-19 CCCat; en el mateix sentit, vegeu Míriam ANDERSON, «Comentari a l'article 422-4 CCCat», p. 282.

39. Serà, però, un protagonisme eventual perquè el causant pot haver legitimat el nomenament de substituïts (art. 424-11.2 CCCat), com succeeix en el cas que es comenta.

40. Vegeu M. Carmen GETE-ALONSO CALERA, «Comentarios a los art. 118 a 121 CDCC», p. 345, que defensa que aplicar el terme *caducitat* a les disposicions fiduciàries rebla que es tracta d'institucions naturalment temporals.

41. Vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, p. 1127.

42. Vegeu Miquel TARRAGONA COROMINA, «Comentario al art. 135 CS», a Lluís JOU MIRABENT (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones*, p. 513, on l'autor, a propòsit de la confiança il·legal o contradictòria, diu que «no puede subsumirse en la institución de la caducidad, sino que propiamente constituye un supuesto de nulidad en el que el transcurso del tiempo no tiene trascendencia alguna».

— El que caduca, en els articles 421-19 i 424-15 CCCat, és distint i, d'entrada, incideix forçosament en els efectes derivats d'aquesta causa d'ineficàcia. En l'article 421-19 CCCat s'estableix la caducitat del testament i, reblant que es tracta d'un supòsit d'invalidesa, l'article 422-4.3 CCCat estableix que la caducitat produeix els mateixos efectes que la nul·litat del testament. En aquest particular, interessa insistir especialment en el fet que aquesta remissió és només a les *consequències de la nul·litat del testament* (art. 422-4.1 i 2, i 422-9.2 CCCat), però no inclou, almenys literalment, el règim de l'acció de nul·litat (art. 422-3 CCCat). En l'article 424-15 CCCat caduquen «les disposicions de confiança» (és a dir, les «institucions d'hereu i els llegats de confiança» [art. 424-15.1 CCCat]); la caducitat afecta el contingut del negoci instrument, com també pot afectar-lo la nul·litat (art. 422-2 CCCat). No hi ha norma, però, que, a semblança de l'article 422-4.3 CCCat, indiqui que la caducitat de les disposicions testamentàries produeix els mateixos efectes que la seva nul·litat (art. 422-5 i 422-6 CCCat).⁴³ Probablement, això és així perquè el mateix article 424-15 CCCat ja s'ocupa de les conseqüències específiques que deriven, en particular, de la caducitat de la institució de confiança. Interessa incidir en aquesta eficàcia per a, després, tractar del temps per a fer valer la dita caducitat.

2.3.1. Abast de la ineficàcia per raó de caducitat

Tot i tractar-se d'una modalitat d'ineficàcia distinta de la que obeeix a la nul·litat, els articles 422-4.3 i 422-9.2 CCCat desdibuixen les diferències entre un testament caducat i un testament nul. Ja s'ha dit que no hi ha base legal per a deduir la mateixa equivalència quan la caducitat afecta, només, una institució de confiança. Que la caducitat de la institució d'hereu de confiança no sigui el mateix, ni produeixi els mateixos efectes que la nul·litat de la disposició testamentària de designació d'hereu, sembla que ho rebli l'article 424-15 CCCat. L'argument demana considerar altres preceptes i, en concret, l'article 422-6.1 CCCat. D'entrada, si la institució d'hereu és nul·la, el testament també decau per raó de l'essencialitat d'aquesta solemnitat interna (art. 423-1.1 CCCat); dit altrament, el testament és ineficax si no conté una institució d'hereu *vàlida* (art. 422-1.3 CCCat). En aquest context, l'article 422-6.1 CCCat avalaria la conversió del dit testament en codicil;⁴⁴ la ineficàcia de l'instrument com a testament

43. Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, p. 212, parla, sense desenvolupar-ho més, d'*invalidesa* de la disposició fiduciària en casos de mort sense revelar o complir la confiança, d'impossibilitat de desxifrar-la i de compliment en benefici del propi fiduciari.

44. Vegeu LÍDIA ARNAU RAVENTÓS, M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS i JAUME TARABAL BOSCH, *Dret de successions, teoria i casos*, Barcelona, Atelier, 2020, p. 149, on es defensa que l'article 422-6.1 CCCat resulta aplicable als casos en què el testament no conté institució d'hereu o en què la institució d'hereu és nul·la.

impediria la revocació del testament que eventualment s'hagués atorgat abans del nul (art. 422-9.2 CCCat). En canvi, si la caducitat de la institució d'hereu no equival a la seva nul·litat i, de retruc, no comporta la ineficàcia del testament, aleshores el dit testament: primer, tindrà eficàcia revocatòria; segon, no caldrà convertir-lo en codicil a l'efecte de preservar, com a mínim, aquelles disposicions testamentàries que es poden ordenar també en aquest altre tipus d'instrument successori. Per què sembla que l'article 424-15.2 CCCat reblaria aquesta segona opció? Ho sembla no tant perquè no proclama obertament la ineficàcia del testament,⁴⁵ sinó perquè es pronuncia sobre el destí de l'herència. En establir, sense matisos i només amb l'excepció d'allò que hagués assenyalat el causant («[l]levat que la voluntat del testador sigui una altra...»), que «es defereix a favor dels qui en el moment de la mort del testador haurien estat els seus hereus abintestat»,⁴⁶ fa inviable, descarta la crida als hereus que, eventualment, haguessin estat cridats en virtut d'un testament anterior que l'ulterior, ineficax per caducitat de la institució d'hereu, no hauria pogut revocat. En aquest context, l'explicació més raonable i senzilla és entendre que el legislador va descartar que la caducitat de la institució d'hereu malmetés l'eficàcia del testament.⁴⁷ Es tracta, per tant, d'un cas no aïllat que rebla la compatibilitat entre el testament eficaç i la crida als hereus abintestats (arg. ex art. 422-9 i 423-5.3 CCCat). Convenen dos darrers comentaris a propòsit de l'aplicació al cas concret de la particular modalitat d'ineficàcia que comporta la caducitat.

45. Amb aquest argument, vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Comentari a l'article 424-15 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 465. L'autor justifica aquest silenci a l'empara de l'article 422-5 CCCat i destaca que, d'acord amb aquest precepte, la nul·litat de, només, una («qualsevol») disposició no comporta la de tot el testament. Val a dir, però, que la regla de l'article 422-5 CCCat esdevé inaplicable quan la nul·litat afecta la institució d'hereu perquè, aleshores, el testament forçosament se'n ressent i esdevé ineficax (arg. ex art. 422-6.1, 423.1.1 i 422.1.3 CCCat).

46. Tampoc no proclamaven la ineficàcia del testament ni l'article 244 CDCD ni l'article 135 CS, que, a més, consideraven una caducitat no retroactiva, de manera que la crida era als qui haurien estat els hereus abintestats «[e]n caducar la institució [...]» (art. 135, 2n par., CS). Aquestes normes plantejaven aleshores la necessitat de fixar el moment en què calia entendre's produïda la caducitat (en concret, quant a si aquell moment era el de la sentència declarativa de la caducitat o si calia identificar-lo amb el moment en què s'havia produït la causa de la caducitat, vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, p. 1115, nota 20). En el cas, cal fer notar que, segons la STSJC (FD 3r, motiu 4t, ap. 3r, 1r par.), l'AP va resoldre que la controvèrsia comportava «una caducitat total [...] operativa només a partir de la data en què es produeix la caducitat, en aquest cas, el desembre del 2002, amb ocasió de la "revelació total"». Cal assenyalar que, amb aquesta resolució, l'AP feia seva la tesi que el moment de la caducitat coincideix amb el temps de produir-se la circumstància que la determina; ara bé, segons el relat dels fets, no és pròpiament la revelació, sinó el compliment de la confiança, el que provoca la caducitat, o, en altres paraules, aquesta ineficàcia no l'hauria generat, per si sol, el fet de desvetllar-se que el causant volia cercar el seu successor fora del seu àmbit familiar, sinó la designació d'hereva de la fundació.

47. Si ho hagués fet, no sembla agosarat pensar que s'hauria tractat d'un altre supòsit de caducitat del testament.

— El primer seria que la consideració conjunta de la caducitat de la institució d'hereu de confiança i la delació de l'herència a favor dels hereus abintestats porta implícita la ineficàcia de l'acte de compliment en favor propi: decau la designació de la fundació com a hereva.

— El segon es planteja a propòsit de l'abast de l'eficàcia del testament; la qüestió seria si la regla segons la qual la memòria de confiança forma part del testament un cop revelada (art. 120 CDCC, 152 CS i 424-13.2 CCCat), comporta que, un cop caducada la institució d'hereu, el contingut d'aquella memòria es consideri, en canvi, també encara vigent, no caducat, eficaç. En el cas, els recurrents pretenien defensar aquesta eficàcia a fi que no es cridés un dels fills, C. R., com a hereu abintestat, ja que, en la memòria, el causant havia expressat la seva voluntat que aquell no rebés cap acció, tret de la llegítima. El TSJC desestima la pretensió. Ho fa expressant-se en uns termes que semblen barrejar dues coses distintes: en concret, per una banda afirma que «la norma segons la qual la confiança revelada passa a formar part del testament té sentit sempre que la successió segueixi regint-se per aquest darrer títol, la qual cosa deixa de ser així quan s'esdevé la caducitat total —com és el cas— de la institució de confiança» (FD 3r, motiu 4t, ap. 3r, par. 3r); per l'altra, afegeix que «en el cas enjudiciat s'ha esdevingut una pèrdua total d'eficàcia de la institució d'hereu de confiança i per extensió de les instruccions contingudes a l'encàrrec confidencial, havent de ser deferida l'herència per imperatiu legal als successors abintestat del causant» (FD 3r, motiu 4t, ap. 3r, par. 5è). Això últim sembla encertat: la ineficàcia de la institució d'hereu de confiança hauria d'arrossegar tot el que s'hi relaciona d'una manera directa; és el cas de la memòria, qualificada, precisament, «de confiança». Des d'aquesta perspectiva, la conclusió seria que la ineficàcia de la institució comporta la inaplicació de la regla segons la qual la confiança revelada s'integra en el testament, o, si es prefereix, que la ineficàcia de la institució determina també la ineficàcia de les instruccions donades. El que no sembla tan encertat és afirmar que la successió deixa de ser testamentària per a esdevenir abintestada, de tal manera que el contingut del testament (confiança revelada inclosa) resulta irrellevant. Com s'ha dit, el testament es manté eficaç per més que els destinataris de la crida siguin els hereus abintestats. Certament, en el context del CCCat hi ha dues dades que, probablement, si la dita regulació hagués estat aplicable al cas, i no la CDCC, avalarien que no es cridés C. R. La primera dada és l'article 423-10 CCCat, que permet, en el testament, excloure de la successió un dels hereus abintestats. La segona és el caràcter defectiu de la regla de l'article 424-15.2 CCCat, de tal manera que regeix «[l]levat que la voluntat del testador sigui una altra»; en aquest context, no sembla raonable prescindir de la voluntat expressada en la memòria de confiança.

2.3.2. *El pas del temps: termini per a fer valer la caducitat i usucapió de les accions*

El TSJC desestima l'argument de la part recurrent segons el qual els demandants haurien exercit els seus drets amb retard deslleial (art. 111-7 CCCat). Val a dir que la declaració d'hereva de la fundació es produeix el 2002 (moment en què l'AP situa el fet determinant de la caducitat)⁴⁸ i que la demanda s'interposa el 2014. Aquest argument ja s'havia plantejat en segona instància, per bé que l'AP no es va pronunciar sobre aquesta qüestió. El TSJC considera que, en aquestes circumstàncies, no li pertoca a ell valorar-ho, sinó que la recurrent hauria d'haver sol·licitat a la mateixa AP un complement de la sentència a fi de completar-la amb allò que escaigués sobre el particular. En qualsevol cas, la controvèrsia, situada en el context del CCCat, suggereix algunes qüestions:

— La primera és la relativa al resultat d'una eventual petició d'herència que els hereus abintestats, com a hereus reals, podrien acabar interposant contra la fundació a fi d'obtenir «la restitució dels béns com a universalitat» (art. 465-1 CCCat). L'èxit final d'aquesta restitució passa per la no al·legació d'usucapió respecte dels béns singulars per part de l'hereu aparent (art. 465-1.3 CCCat). Considerant el temps transcorregut entre la designació d'hereu (el 2002) i la interposició de la demanda (el 2014), i els terminis de prescripció (tres anys per als béns mobles i vint per als immobles [art. 531-27.1 CCCat]), les accions, com a mínim, esdevindran irrestituïbles per usucapió de l'hereu aparent.⁴⁹

— La segona fa referència a l'existència o no d'un termini per a interposar l'acció adreçada a declarar la caducitat de la institució; per al cas de resposta afirmativa, es plantejaria la qüestió col·lateral relativa a la naturalesa del dit termini i al seu *dies a quo*. En concret, seria aplicable, per analogia, allò previst en l'article 422-3 CCCat, relatiu a l'acció de nul·litat? Convé en aquest punt insistir en dos aspectes ja assenyalats i que més aviat desaconsellarien aquesta aplicació: el primer és que la ineficàcia de la caducitat de la institució d'hereu de confiança no implica la seva nul·litat; i el segon és que, fins i tot tractant-se de la caducitat del testament, l'equivalència amb la nul·litat s'admet només en els efectes (art. 422-4.3 CCCat), però no en el règim de l'acció, atès que no hi ha remissió legal en aquest sentit. Pel que fa a això últim, però, es faria difícil entendre que, equiparades les accions en les seves conseqüències, mentre que l'acció de nul·litat del testament caducaria en el termini de quatre anys a comptar del coneixement efectiu o potencial de la causa de nul·litat, en canvi l'acció adreçada a

48. Vegeu la STSJC, FD 3r, motiu 4t, ap. 3, 1r par.

49. Vegeu la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de setembre de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7375), que declara el caràcter usucapible de les accions socials.

declarar-ne la caducitat⁵⁰ *no caduqués*, de manera que aleshores s'identificaria amb una d'aquelles accions declaratives imprescriptibles (art. 121-2 CCCat).⁵¹ Descartat aquest plantejament, es creu que la identitat plena d'efectes (art. 422-4.3 CCCat) justifica l'aplicació del règim previst en l'article 422-3 CCCat quan del que es tracta és de declarar la caducitat del testament hològraf. A propòsit de l'acció de caducitat de la institució d'hereu de confiança, malgrat que la similitud amb l'acció de nul·litat no és total, sí que coincideixen del tot a l'hora de provocar la ineficàcia de la disposició testamentària afectada: la institució d'hereu nul·la o caducada convertirà el designat (ja sigui l'hereu pur i simple, ja sigui l'hereu de confiança [i, de retruc, l'hereu definitiu escollit per aquest]) en un hereu només *aparent*. I hauria de bastar aquesta semblança per a entendre aplicable l'article 422-3 CCCat en el context de l'article 424-15 CCCat, almenys en aquells supòsits en què s'ha produït un compliment de la confiança a favor dels mateixos hereus de confiança.⁵² Aplicada aquesta opció al cas, l'acció de caducitat hauria caducat als quatre anys a comptar del moment en què els fills del causant van poder tenir coneixement que la fundació era designada hereva.

50. Caducitat que, al seu torn, s'hauria produït arran de la caducitat dels terminis per a advenir i protocol·litzar el testament hològraf (vegeu *supra* la nota 37).

51. Vegeu Sergio CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, p. 1114 i 1115, que descarta que la caducitat es produeixi *ipso iure* i defensa el caràcter declaratiu de l'acció que s'ha d'interposar. En canvi, la caducitat i el cessament en el càrrec sembla que es produeixen automàticament en els art. 429-13.2 i 429-14 CCCat, relatius al marmessor.

52. En el cas de mort del fiduciari sense revelar la confiança (art. 424-15.1 CCCat), defensar que també caduca la mateixa acció adreçada que es declari la caducitat de la institució d'hereu implica entendre que, transcorregut el dit termini, els hereus abintestats seran cridats no a l'empara de l'article 424-15.2 CCCat (és a dir, en el context d'una successió, al cap i a la fi, amb fonament voluntari [art. 411-3 CCCat]), sinó directament a l'empara dels art. 441-1 i seg. CCCat.

RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA¹

Marta Mingot Torra
Graduada en dret
Universitat de Barcelona

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA VUITENA) DE 30 D'ABRIL DE 2020,² SOBRE EL DRET DE COMPENSACIÓ DELS PASSATGERS

Per mitjà de la present qüestió prejudicial, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) resol que, en virtut del Reglament (CE) núm. 261/2004,³ i especialment del seu article 7, el passatger que disposa d'una reserva única per a un vol amb connexió directa no té dret a una compensació quan es modifica la seva reserva en contra de la seva voluntat i, consegüentment, no embarca en el primer vol del seu transport reservat, sinó en el segon, però pot arribar al seu destí final a l'hora d'arribada prevista inicialment (par. 25 i 34).

En aquest cas no es compleix el pressupòsit per a poder rebre la compensació, el qual, concretament, consisteix en un retard igual o superior a tres hores respecte de l'hora d'arribada programada inicialment (par. 29), atès que la demandant en el litigi principal va arribar al seu destí final sense retard (par. 30) i, en conseqüència, no va patir molèsties greus (par. 32).

1. Aquest recull exposa les sentències més rellevants del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) en matèria civil publicades entre els mesos d'abril i juliol de 2020.

2. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Vuitena) de 30 d'abril de 2020, assumpte C-191/19, OI contra Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, SA.

3. Reglament (CE) núm. 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer de 2004, pel qual s'estableixen normes comunes sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i de cancel·lació o gran retard dels vols, i es deroga el Reglament (CEE) núm. 295/91 (DOUE 2004, L 46).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA SISENA) DE 14 DE MAIG DE 2020,⁴ SOBRE EL NÚMERO
DE TELÈFON DEL COMERCIANT I EL DRET DE DESISTIMENT
DEL CONSUMIDOR

El TJUE s'encarrega primerament d'interpretar l'article 6.1c de la Directiva 2011/83/UE⁵ i conclou que quan el número de telèfon del comerciant apareix en la seva pàgina web, cosa que suggereix al consumidor mitjà que és el número de telèfon que utilitza per a contactar amb els consumidors, ha de considerar-se que el comerciant «disposa» del número de telèfon de conformitat amb el precepte esmentat (par. 38 i 40).

De la jurisprudència del TJUE⁶ es desprèn que el comerciant no està obligat a instal·lar una línia telefònica per tal que els clients puguin contactar amb ell, sinó que està obligat a facilitar el número de telèfon quan disposa d'ell i l'utilitza per a comunicar-se amb els consumidors (par. 33). En cas contrari, ha de disposar d'un altre mitjà de comunicació que garanteixi el contacte ràpid i eficaç del consumidor amb el comerciant (par. 34).

Ara bé, quan el número de telèfon apareix en la pàgina web i suggereix al consumidor mitjà que el comerciant utilitza aquell número per a contactar amb els consumidors, ha de considerar-se que, als efectes del precepte que és objecte d'interpretació, el comerciant «disposa» del número de telèfon, especialment quan en la pàgina web aquest s'indica sota una rúbrica titulada «Contacte» (par. 37).

Així mateix, segons el TJUE, d'acord amb l'article 6, apartat 1c i h i apartat 4, en relació amb l'annex 1, lletra a, de la Directiva 2011/83/UE, el comerciant que facilita al consumidor, abans que aquest quedi vinculat per un contracte a distància o celebrat fora de l'establiment, informació sobre els procediments d'exercici del dret de desistiment per mitjà del model de document que consta en aquell annex de la Directiva, està obligat a proporcionar el mateix número de telèfon a través del qual el consumidor pot comunicar la seva decisió de fer ús del dret de desistiment (par. 38 i 40).

4. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Sisenà) de 14 de maig de 2020, assumpte C-266/19, EIS GmbH contra TO.

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

6. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) de 10 de juliol de 2019, assumpte C-649/17, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. contra Amazon EU Sàrl.

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA SISENA) DE 14 DE MAIG DE 2020,⁷ SOBRE LES EXCEPCIONS
AL DRET DE DESISTIMENT

Primerament, el TJUE conclou que, de conformitat amb l'article 3.3f de la Directiva 2011/83/UE, no constitueix un contracte per a la construcció d'edificis nous el celebrat entre un arquitecte i un consumidor, en virtut del qual el primer es compromet únicament a realitzar per al segon un projecte d'habitatge individual amb vista a la seva construcció i, en aquest context, a elaborar plànols (par. 32 i 48).

Segons el Tribunal, un contracte amb aquestes característiques no pot tenir la consideració de contracte per a la construcció d'edificis nous (par. 45) perquè se situa en un moment massa anterior respecte del procés de construcció de l'edifici nou (par. 43).

A continuació, el TJUE declara que, considerant els articles 2.3, 2.4 i 16c de la Directiva 2011/83/UE, un contracte amb les característiques descrites prèviament tampoc no pot considerar-se un contracte de subministrament de béns confeccionats segons les especificacions del consumidor o clarament personalitzats (par. 49 i 65).

D'acord amb el Tribunal, el contracte controvertit en el litigi principal no té per objecte el subministrament de béns confeccionats segons les especificacions del consumidor o clarament personalitzats, en el sentit de l'article 16c de la Directiva (par. 60), que és objecte d'interpretació restrictiva perquè constitueix una excepció al dret de desistiment del consumidor (par. 56), sinó que és un contracte de serveis⁸ (par. 61), en el qual tampoc no concorren els requisits per a poder aplicar l'article 16a de la Directiva 2011/83/UE (par. 64).

7. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Sisena) de 14 de maig de 2020, assumpte C-208/19, N. K. contra M. S. i A. S.

8. S'entén per *contracte de serveis*, de conformitat amb l'article 2.6 de la Directiva 2011/83/UE, el contracte en virtut del qual el comerciant proveeix o es compromet a proveir un servei al consumidor i el consumidor paga o es compromet a pagar el seu preu.

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA PRIMERA) DE 18 DE JUNY DE 2020,⁹ SOBRE L'ACORD
POSTERIOR A UN CONTRACTE DE PRÉSTEC PEL QUAL ES
MODIFICA EL TIPUS D'INTERÈS PACTAT INICIALMENT

El TJUE resol que, considerant l'article 2a de la Directiva 2002/65/CE,¹⁰ l'acord de modificació d'un contracte de préstec no està inclòs dins el concepte de *contracte relatiu a serveis financers* quan l'acord posterior només modifica el tipus d'interès pactat inicialment, sense prorrogar la duració del préstec ni modificar el seu import, i les clàusules inicials del contracte consideren la celebració de l'acord de modificació o, a falta d'aquest, l'aplicació d'un tipus d'interès variable (par. 22 i 34).

Segons el Tribunal, l'acord de modificació amb les característiques esmentades anteriorment no és una «operació» en el sentit de l'article 1.2 de la Directiva 2002/65/CE (par. 29). Per altra banda, el «contracte relatiu a serveis financers» de l'article 2a de la Directiva és el que preveu la prestació de serveis, i aquest requisit no es compleix quan l'acord de modificació només té per objecte ajustar el tipus d'interès com a contrapartida d'un servei ja acordat (par. 30).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA SEGONA) DE 25 DE JUNY DE 2020,¹¹ SOBRE LA INFORMACIÓ
RELATIVA A LA RESOLUCIÓ ALTERNATIVA DE LITIGIS
ENTRE EL COMERCIANT I EL CONSUMIDOR

El TJUE s'encarrega d'interpretar l'article 13.1 i 2 de la Directiva 2013/11/UE¹² i conclou que el comerciant que no celebra contractes amb clients a través del seu lloc web però posa a disposició dels consumidors les condicions generals dels contractes de compravenda o de serveis a través de la seva pàgina web, està obligat a incloure en aquelles la informació relativa a l'entitat de resolució alternativa de conflictes a la qual

9. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) de 18 de juny de 2020, assumpte C-639/18, K. H. contra Sparkasse Südholstein.

10. Directiva 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre de 2002, relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors i per la qual es modifiquen la Directiva 90/619/CEE del Consell i les directives 97/7/CE i 98/27/CE (DOCE 2002, L 271).

11. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Segona) de 25 de juny de 2020, assumpte C-380/19, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV contra Deutsche Apotheker- und Ärztebank eG.

12. Directiva 2013/11/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 21 de maig de 2013, relativa a la resolució alternativa de litigis en matèria de consum i per la qual es modifiquen el Reglament (CE) núm. 2006/2004 i la Directiva 2009/22/CE (DOUE 2013, L 165).

el comerciant es compromet o està obligat a recórrer en cas de litigi amb el consumidor (par. 22 i 36).

D'acord amb l'article 13.2 de la Directiva 2013/11/UE, el comerciant ha de facilitar la informació relativa a l'entitat de resolució extrajudicial de conflictes «de manera clara, comprensible i fàcilment accessible» en la seva pàgina web, si en té, i en les condicions generals aplicables als contractes de compravenda o de serveis amb els consumidors.

Segons l'article 6.1*t* de la Directiva 2011/83/UE, el consumidor, abans que quedi vinculat per qualsevol contracte a distància o celebrat fora de l'establiment, ha de ser informat de la possibilitat de recórrer al mecanisme extrajudicial de reclamació i recurs al qual està sotmès el comerciant. En aquest sentit, el TJUE ha declarat que no és suficient que el consumidor rebi aquesta informació en el moment de la celebració del contracte, sinó que ha de rebre-la abans de celebrar-lo (par. 34 i 35).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA CINQUENA) DE 9 DE JULIOL DE 2020,¹³ SOBRE EL SIGNIFICAT I L'ABAST DE LES «ADRECES» EN L'ÀMBIT DE LA PROPIETAT INTEL·LECTUAL

En relació amb l'article 8.2*a* de la Directiva 2004/48/CE,¹⁴ el TJUE considera que el concepte d'*adreça* no inclou l'adreça electrònica, el número de telèfon i l'adreça del protocol d'Internet (IP, de l'anglès *protocol Internet*) de l'usuari que puja arxius en línia i infringeix un dret de propietat intel·lectual (par. 23 i 40).

De l'article 8 de la directiva esmentada es desprèn que els estats membres de la Unió Europea han de garantir als òrgans jurisdiccionals competents la possibilitat d'ordenar a l'operador de la plataforma en línia que faciliti la identitat i l'adreça de qualsevol persona designada en el precepte objecte d'interpretació que hagi pujat una pel·lícula a la plataforma sense el consentiment del titular dels drets d'autor (par. 27).

El concepte d'*adreça*, segons el Tribunal, ha d'interpretar-se de manera autònoma i uniforme en l'àmbit de la Unió Europea (par. 28). Com que la Directiva 2004/48/CE no defineix expressament què s'entén per *adreça*, el seu significat i el seu abast han de determinar-se d'acord amb el seu sentit habitual en el llenguatge corrent, considerant el context on s'utilitza, els objectius perseguits per la normativa a la qual està incorporada i la seva gènesi (par. 29).

13. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Cinquena) de 9 de juliol de 2020, assumpte C-264/19, Constantin Film Verleih GmbH contra YouTube LLC i Google Inc.

14. Directiva 2004/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa al respecte dels drets de propietat intel·lectual (DOUE 2004, L 157).

Després d'analitzar les circumstàncies esmentades (par. 30-38), el TJUE arriba a la conclusió que la paraula *adreça* no comprèn necessàriament l'adreça electrònica, el número de telèfon i l'adreça IP de les persones a les quals es refereix l'article 8.2a de la Directiva, en el context dels procediments relatius a una infracció d'un dret de propietat intel·lectual (par. 39).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA QUARTA) DE 9 DE JULIOL DE 2020,¹⁵ SOBRE LES CLÀUSULES ABUSIVES EN CONTRACTES DE PRÉSTEC HIPOTECARI

En primer lloc, en relació amb l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE,¹⁶ el TJUE declara que la clàusula d'un contracte celebrat entre un consumidor i un professional que pot ser declarada judicialment abusiva, pot ser objecte d'un contracte de novació entre els mateixos consumidor i professional. El consumidor pot renunciar als efectes derivats de la declaració del caràcter abusiu de la clàusula sempre que ho faci amb el consentiment lliure i informat (par. 21 i 30).

Segons el Tribunal, el sistema de protecció contra la utilització de clàusules abusives pels professionals, instaurat per la Directiva 93/13/CEE, no és obligatori. Així doncs, si el consumidor ho desitja, no s'aplicarà (par. 26). No obstant això, la renúncia del consumidor a fer valer la nul·litat d'una clàusula abusiva només és rellevant si en el moment de la renúncia el consumidor és conscient del caràcter no vinculant de la clàusula i de les conseqüències que comporta (par. 29).

En segon lloc, d'acord amb el TJUE, l'article 3.2 de la Directiva 93/13/CEE ha d'interpretar-se en el sentit que la clàusula d'un contracte celebrat entre un consumidor i un professional que té per objecte modificar una clàusula potencialment abusiva d'un contracte anterior celebrat entre els mateixos consumidor i professional, o bé determinar les conseqüències del caràcter abusiu de la clàusula, s'entén no negociada individualment i pot ser declarada abusiva (par. 31 i 39). El control d'abusivitat d'un contracte celebrat entre un consumidor i un professional, de conformitat amb l'article 3.1 de la mateixa directiva, s'exerceix sobre les clàusules no negociades individualment.

A continuació, pel que fa als articles 3.1, 4.2 i 5 de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE resol que l'exigència de transparència que aquestes disposicions imposen a un professional implica que quan el professional celebra un contracte de préstec hipo-

15. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Quarta) de 9 de juliol de 2020, assumpte C-452/18, X. Z. contra Ibercaja Banco, SA.

16. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors (DOCE 1993, L 95).

tecari amb un tipus d'interès variable amb un consumidor i estableix una clàusula terra, el professional ha de facilitar al consumidor la informació necessària per a comprendre les conseqüències econòmiques derivades del mecanisme establert per la clàusula terra esmentada (par. 40 i 56).

Pel que fa a un contracte amb aquestes característiques, convé destacar que les repercussions econòmiques del mecanisme a través del qual s'estableix un límit inferior a les fluctuacions del tipus d'interès depenen de l'evolució de l'índex de referència a partir del qual es calcula el tipus (par. 50). Segons el TJUE, el valor exacte del tipus d'interès variable no es pot fixar en el contracte de préstec per a tota la seva duració (par. 52).

Per acabar, el TJUE s'encarrega d'interpretar l'article 3.1 de la Directiva 93/13/CEE en relació amb el punt 1*q* de l'annex i l'article 6.1 de la mateixa directiva.

— En primer lloc, conclou que la clàusula d'un contracte celebrat entre un professional i un consumidor per a solucionar una controvèrsia existent, per mitjà de la qual el consumidor renuncia a fer valer les pretensions de què hauria disposat si la clàusula no existís, pot ser abusiva quan el consumidor no té la informació necessària per a comprendre les conseqüències jurídiques per a ell derivades de la clàusula.

— En segon lloc i en relació amb les controvèrsies futures, declara que no vincula el consumidor la clàusula per mitjà de la qual aquest renuncia a les accions judicials basades en drets que li reconeix la Directiva 93/13/CEE (par. 57 i 77).

Per tant, cal distingir la renúncia a exercitar accions judicials, com a transacció hque té per objecte solucionar una controvèrsia existent entre un professional i un consumidor, de la renúncia prèvia a l'exercici de qualsevol acció judicial (par. 67).

En el primer cas, la renúncia pot ser l'objecte principal de l'acord en el sentit de l'article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de manera que pot quedar exclosa de ser declarada abusiva sempre que estigui redactada de manera clara i comprensible (par. 68). En canvi, quant al segon cas, el TJUE considera que el consumidor no pot renunciar vàlidament a la tutela judicial i als drets que li reconeix la Directiva (par. 75). En cas contrari, es posaria en perill l'eficàcia del sistema de protecció establert per la Directiva 93/13/CEE en benefici del consumidor (par. 76).

QÜESTIONS
PRÀCTIQUES

DESPESES EXTRAORDINÀRIES VERSUS DESPESES EXTRAESCOLARS EN MATÈRIA D'ALIMENTS A FAVOR DELS FILLS

David Casellas Rica

Advocat

Degà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Manresa

En relació amb els aliments d'origen familiar (art. 237-1 i seg. del Codi civil de Catalunya [CCCat]), especialment els que són a favor dels fills, no sempre és clara la frontera entre les despeses ordinàries, que es paguen amb la pensió fixa mensual a càrrec del progenitor no custodi, i les extraordinàries, que s'abonen a part i a parts iguals entre els dos alimentants. Activitats extraescolars, amb consens o sense dels progenitors; despeses escolars puntuals (quotes d'associacions de mares i pares d'alumnes [AMPA], excursions i colònies, roba i material escolar...); tractaments «mèdics» de cobertura discutible per la Seguretat Social (logopèdics, psicològics...); la urgència, la necessitat o l'opcionalitat dels serveis..., què paga l'un i què paga l'altre?

En l'àmbit de les seves competències, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha catalogat el principi *favor minoris* de regla universal que sempre ha de prevaldre en matèria de guarda i custòdia dels menors (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya [STSJC] 31/2008, de 5 de setembre), atès que conté elements indiscutibles de *ius cogens* no dispositius per a cap de les parts, que justifiquen l'actuació *ex officio* del Tribunal (STSJC 29/2008, de 31 de juliol). L'interès més digne de protecció dels menors es desprèn de l'ordenament jurídic: l'article 3.1 de la Convenció Internacional dels Drets de l'Infant, aprovada per l'Assemblea General de les Nacions Unides en la seva Resolució 44/25, de 20 de novembre de 1989, l'article 24.2 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de l'any 2000 i el principi mínim 15 de la Carta Europea dels Drets de l'Infant del Parlament Europeu (DOCE núm. C241, de 21 de setembre de 1992). Aquesta normativa és directament aplicable pels tribunals del nostre país per efecte de l'article 39.4 de la Constitució espanyola, segons el qual «els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets». En l'ordre intern, podríem invocar la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, o la Llei 8/1995, de 27 de juliol, del Parlament de Catalunya, d'atenció i protecció dels infants i adolescents, i el seu Reglament, d'1 de gener de 1997. I, més recentment, la Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència.

El llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, consagra en el seu article 211-6 la facultat dels tribunals per a decidir el més convenient per als menors, al marge de les pretensions concretes de les parts del procediment, en la línia del que també preveu l'article 752.2 de la Llei d'enjudiciament civil.

Tant la doctrina científica com la jurisprudencial, quan es refereixen al concepte d'*aliments*, hi integren no només els recursos indispensables per a la subsistència d'una persona, tenint en compte només les seves necessitats orgàniques alimentàries, sinó també els mitjans tendents a permetre a l'alimentista un desenvolupament íntegre que li possibiliti el dia de demà un creixement d'acord amb el temps que li ha tocat viure. Això vol dir que el concepte d'*aliments* inclou totes les necessitats bàsiques d'un ésser humà, tant físiques com intel·lectuals: menjar, habitació, vestit, assistència mèdica coberta per la Seguretat Social (no la privada), així com les despeses per a la formació del menor i per a la continuació d'aquesta, una vegada hagi assolit la majoria d'edat i fins que acabi la formació. La quantia dels aliments respon sempre al binomi necessitat-possibilitat (art. 237-9 CCCat).

Amb el pagament de la pensió alimentària no s'esgota l'obligació que els progenitors tenen en aquesta matèria envers els seus fills i, per això, quan sorgeixen noves necessitats, els pares tenen l'obligació natural, legal i, per descomptat, ètica, de satisfer, a parts iguals, les anomenades *despeses extraordinàries*. Però què hi trobem, rere aquest concepte jurídic indeterminat?

La doctrina jurisprudencial estima que *despesa extraordinària* és tota la que ultrapassa allò que és natural o comú i que no és previsible ni es produeix amb certa periodicitat. Despesa extraordinària és la que, per la seva inhabilitat i quantia, excedeix l'àmbit ordinari de les despeses dels fills i està vinculada, a més, a les necessitats que han de cobrir-se econòmicament d'una manera ineludible pel que fa a la cura, el desenvolupament i la formació, en tots els ordres, dels fills, i això en contraposició a tot el que és superflu o secundari, que acostumen a ser aspectes dels quals, òbviament, es pot prescindir sense detriment per als fills. En definitiva, una despesa extraordinària no ha de ser una despesa capriciosa o més o menys vel·leïtosa, dependent de l'atzar o del malbaratament d'un dels progenitors, sinó que ha d'estar canalitzada cap a una finalitat, com ara la de satisfer un aspecte de la cura, la formació o l'educació integral dels fills; un aspecte que potser en un primer moment no va ser necessari però que més tard, amb el transcurs del temps, esdevé clau per a atendre les necessitats dels fills, atès que amb el seu abonament es facilita el desenvolupament lliure d'aquests —tant en l'àmbit intel·lectual com en el social—, i que repercuteix de manera favorable sobre la seva personalitat, per la qual cosa, a la vegada, s'haurà de posar en consonància amb l'article 10 de la Constitució espanyola.

Les característiques de les despeses extraordinàries, segons la jurisprudència dels tribunals, són les següents:

1. Tenir un caràcter excepcional, és a dir, ultrapassar el que és corrent i quotidià, que es cobreix amb la pensió alimentària ordinària i periòdica.

2. No ser previsibles en el moment de la seva fixació.

3. Ser imprescindibles, necessàries o, almenys, convenients per als interessos dels fills, i no obeir a mers capricis i arbitrarietats de qui les intenti imposar.

Existeixen tres grans categories de despeses extraordinàries:

a) Despeses extraordinàries *urgents*: pertanyen a aquesta categoria totes les despeses prescrites per un tercer i que han de ser realitzades amb caràcter d'urgència, de manera que no es pot esperar al consens entre els progenitors; poden ser-ho, per exemple, una intervenció quirúrgica que no admeti demora, no coberta ni per la mútua mèdica dels fills ni per la Seguretat Social, o les primeres ulleres, audiòfons, plantilles... Respecte de les despeses següents, seria desitjable que els progenitors tinguessin els recanvis oportuns i que prèviament s'haguessin posat d'acord sobre el model que s'ha d'adquirir. En aquests casos de despeses extraordinàries urgents, no és necessari esperar al consentiment de l'altre progenitor, sinó que serà suficient presentar-li la factura perquè l'altre hagi de fer-se càrrec de la meitat de la despesa.

b) Despeses extraordinàries *necessàries*: pertanyen a aquesta categoria els tractaments perllongats sanitaris i assimilats (psicològics, pedagògics, odontològics...) no coberts per la Seguretat Social ni per la mútua mèdica dels nens i els que, tot i estar coberts, els progenitors estan d'acord a tractar en una institució privada; també les classes de reforç que els nens necessitin, sempre que ho hagi recomanat el tutor o la tutora. En aquests casos, els progenitors han de pagar a parts iguals aquestes despeses que puguin generar-se en un futur, sempre que prèviament s'hagin posat d'acord sobre el facultatiu o professor que seguirà el tractament o donarà les classes oportunes, i sobre el seu pressupost. Per a acreditar el consentiment, cal adjuntar a la futura demanda d'execució o bé el consentiment escrit d'ambdós progenitors o bé l'acreditació d'haver remès a l'altre progenitor una comunicació, per burofax o per qualsevol altre mitjà tècnic que permeti deixar constància fefaent de la seva recepció, referent a la despesa extraordinària necessària de què es tracti, amb el pressupost pertinent i abans del seu desemborsament, i cal que l'altre progenitor no hi hagi respost en el termini excepcional de deu dies, una brevetat que es justifica en consideració al fet que es tracta d'una despesa necessària.

c) Despeses extraordinàries *optatives*: depenen exclusivament de la voluntat dels progenitors i de les circumstàncies socioeconòmiques de la família, i comprenen qualsevol despesa imprevista, de caràcter excepcional o extraordinària, en la realització de la qual estiguin d'acord ambdós progenitors. Aquestes despeses optatives han de ser abonades a parts iguals per ambdós progenitors sempre que prèviament s'hagi consensuat i consentit el seu desemborsament per tots dos. Per a provar el seu consentiment, igualment cal acreditar l'enviament d'un burofax o una comunicació equivalent, però en aquest cas els tribunals atorguen trenta dies a l'altre progenitor perquè hi respongui.

Una de les qüestions que aixeca més controvèrsia en els procediments contenciosos de dret de família és si les despeses d'activitats extraescolars dels fills han de

considerar-se ordinàries, pel seu caràcter habitual i calendaritzat, o bé extraordinàries, que han de sufragar els dos progenitors a mitges. A banda de la repercussió econòmica que això pugui tenir, la decisió de fer o no aquestes activitats extraescolars —i de quin tipus— també aixeca polèmica sobre la necessitat, la conveniència i l'elecció de les activitats. En aquesta decisió tenen un pes important la preferència del nen i les seves habilitats, però l'opinió última és dels progenitors no convivents, que viuen o han viscut un procés de ruptura de la parella que a vegades pot ser turbulent i que pot dificultar l'acord. Sovint l'elecció no és fàcil perquè obliga a escollir entre activitats amb característiques molt diferents: d'aprenentatge d'idiomes, esportives (amb entrenaments durant la setmana i competicions el cap de setmana), culturals o artístiques (música, teatre, dansa...), etcètera.

La jurisprudència entén tot aquest reguitzell d'activitats extraescolars com a complementàries de l'educació dels fills, ja que es realitzen fora de l'horari escolar, en el mateix centre on cursen els estudis o bé en un altre de diferent. Entre aquestes activitats s'inclouen les colònies, els campaments, els esplais d'estiu, els viatges de final de curs i els cursos a l'estranger. En canvi, no s'hi inclouen ni les conegudes permanències o acollides, ni les excursions escolars, que queden compreses dins la pensió alimentària com a despesa ordinària, atesa la seva major freqüència i el seu menor cost.

Aquestes activitats es consideren no necessàries, però sí convenients per a la millor formació dels fills, i, per tant, no entren dins la pensió ordinària d'aliments. El fet que ja s'estiguessin realitzant en cursos anteriors a la separació no permet concloure que també es continuaran fent els anys següents, fins a la majoria d'edat dels fills. Al contrari, davant la possibilitat que aquestes activitats deixin de ser interessants per a la formació del menor, ja sigui perquè aquest ha assolit un nivell que no exigeix continuar fent la formació, ja sigui perquè han canviat els interessos dels fills, o les necessitats (per obligacions laborals o professionals) dels progenitors, que quedaven cobertes amb la realització d'una determinada activitat en un horari concret, ha de considerar-se que les despeses que meriten les activitats extraescolars sempre són al marge de la pensió mensual i, per tant, han de tenir tractament de despesa extraordinària, encara que en puritat no ho siguin, sempre que hi hagi el consentiment exprés o tàcit d'ambdós progenitors per a la seva realització.

Les activitats extraescolars han de ser abonades pels progenitors a parts iguals sempre que siguin consensuades entre ells. En interès dels menors i en consideració al fet que els nens solen variar sovint d'activitats durant la seva vida escolar, en aquest punt concret es requereix que el pacte entre els progenitors respecte de les activitats extraescolars sigui exprés i escrit, a l'efecte de facilitar una possible execució.

En el cas que els progenitors no es posin d'acord sobre les activitats que ha de practicar el menor, l'autoritat judicial serà qui prendrà la decisió, tenint en compte sempre l'interès d'aquest, alhora que recordarà als dos progenitors la conveniència de tractar de resoldre les diferències, en benefici del seu fill, a través de la mediació familiar.

INEFICÀCIA SOBREVINGUDA DE LES DISPOSICIONS *MORTIS CAUSA* PER CRISI MATRIMONIAL O DE CONVIVÈNCIA: AUTOMATISME I PROVA

Miquel Àngel Petit Segura
Professor titular de dret civil
Universitat de Barcelona

L'article 422-13 del Codi civil de Catalunya (CCCat), en el qual sembla inspirar-se la doctrina jurisprudencial de les modernes sentències de Tribunal Suprem,¹ s'estructura en forma de presumpció *iuris tantum* de cercar la veritable voluntat del causant de no afavorir l'altre cònjuge o convivent per la inexistència sobrevinguda d'*affectio* en la relació conjugal o convivencial, però admet una prova en contra, amb la qual cosa se superen antigues consideracions de manca de diligència per no haver canviat el testament o la disposició per causa de mort:

a) Presumpció: s'indueix o es conclou la ineficàcia o revocació tàcita de la disposició testamentària d'herència o llegat a favor de qui va ser cònjuge o convivent en parella estable en el moment del seu atorgament, si amb posterioritat a aquest moment el matrimoni s'ha declarat nul, s'ha declarat el divorci o la separació legal, o els

1. En el cas de parella estable, la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Civil, Secció 1a, núm. 531/2018, de 26 de setembre, recurs núm. 162/2016, ponent M. Ángeles Parra Lucán, entén que la menció de l'expressió «la seva parella» en el testament revela el motiu pel qual el testador ordenava el llegat a favor d'aquesta, de manera que es produeix la ineficàcia sobrevinguda del llegat si en el moment de la defunció del testador s'havia produït un canvi en les circumstàncies que fa pensar que, en cessar la relació, el testador ja no hauria afavorit la seva parella amb la disposició testamentària. L'aplicació analògica de l'art. 767.1 del Codi civil espanyol (CC), en relació amb l'art. 675 CC, que obliga a cercar l'autèntica voluntat del testador, porta a considerar que ens trobem davant una causa falsa en el sentit de mòbil incorporat a l'acte de disposició.

En el cas de matrimoni, la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Civil, Secció 1a, núm. 539/2018, de 28 de setembre, recurs núm. 811/2016, ponent M. Ángeles Parra Lucán, considera també que en emprar el terme «espòs», el testament revela el motiu pel qual la testadora nomenava aquest el seu hereu, sense que hi hagi cap raó per a pensar que, si no fos el seu espòs, la testadora l'hauria instituït hereu: la institució d'hereu estava condicionada al fet que l'instituït fos l'espòs de la causant en obrir-se la successió. En aplicació de l'art. 767 CC, com que el divorci es va produir després de l'atorgament del testament, la institució d'hereu va quedar privada de la raó per la qual es va atorgar.

cònjuges s'han separat de fet, o bé si la parella de fet ha patit una separació o un cessament de la convivència. També s'indueix la presumpció d'ineficàcia si en el moment de la mort d'un dels cònjuges hi havia pendent entre el causant i el beneficiari de la disposició una demanda de nul·litat, separació o divorci.

b) Prova en contra: queda sense efecte la dita ineficàcia si abans de la mort hi va haver una reconciliació o represa de la convivència i també si del context del testament o la disposició *mortis causa* resulta i pot interpretar-se que el testador hauria ordenat igualment aquesta atribució fins i tot en els casos de crisi o ruptura, sia perquè així s'expressa determinadament en aquest testament, sia perquè es pot inferir de la seva interpretació racional o bé es pot deduir d'actes i comportaments posteriors a la ruptura. Si l'atorgament és posterior a la ruptura, també és indicatiu de la voluntat de manteniment de la disposició; per exemple, si el testament s'atorga un temps després que es produeixi la separació de fet, però no ho és si més tard es produeix la nul·litat, el divorci o la separació legal, o s'interposa una demanda a aquest efecte.

Des del punt de vista processal, per seguretat jurídica podria pensar-se que la presumpció sembla que hauria de declarar-se judicialment i hauria de dur a interposar sempre una demanda o reclamació judicial a càrrec, com a actor o demandant, de qui en tal herència resultaria afavorit per la ineficàcia, i en contra o davant, com a demandat, de l'excònjuge o exconvivent, a qui correspondria utilitzar i acreditar les excepcions de reconciliació o represa de la convivència.

No obstant això, la qüestió s'ha de simplificar per a evitar la seva judicialització innecessària, de manera que es tendeix a l'automatisme de la ineficàcia sobrevinguda si la crisi o ruptura consta de manera oficial o registral: en la pràctica notarial, per exemple, a l'hora d'atorgar escriptures de manifestació i acceptació d'herència n'hi ha prou amb consultar el Registre Civil i els registres de parelles estables (el notari ha de demanar als atorgants que aportin certificats recents del Registre Civil o dels registres autonòmics de parelles), fet que pot tenir les conseqüències següents:

1. Si en el Registre Civil consta la nul·litat, el divorci o la separació legal dels cònjuges o si en el registre administratiu de parelles consta l'extinció de la parella, es presumeix la ineficàcia, pot apreciar-la automàticament qualsevol fedatari públic i a qui correspon desvirtuar-la acudint als tribunals per a demandar els causahavents i acreditar l'existència d'una prova en contra és a l'excònjuge o l'exparella de fet.²

2. La Resolució de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques núm. 4177/2010, de 26 de novembre, considera que el divorci posterior al testament sense que aquest contingui referència directa o indirecta que permeti ni tan sols intuir que el testador hauria ordenat la institució d'hereu a favor de la segona esposa inclús en els casos de divorci o separació, porta a l'aplicació la causa de ineficàcia que preu l'article 422-13.1 del codi civil de Catalunya, amb entrada de l'eficàcia de la substitució vulgar.

2. Si en el Registre Civil consta la vigència del matrimoni en el moment de la mort, o en el registre administratiu de parelles consta la inscripció o constitució de la parella però no la seva extinció, si s'ha produït una separació de fet correspon llavors que acudeixin als tribunals els causahavents o drethavents que resultarien afavorits per la ineficàcia sobrevinguda per tal que interposin una demanda contra el cònjuge vidu o supervivent o contra l'altre membre de la parella estable, el qual podrà defensar la subsistència de l'enllaç negant l'efectivitat de tal separació de fet o cessament de la convivència i/o adduint que el testador hauria realitzat i mantingut igualment la disposició per a tal situació de ruptura fàctica o que el moment de la mort havia estat precedit per una reconciliació.

Quant als efectes de la ineficàcia sobrevinguda i el seu abast o àmbit d'aplicació objectiu i subjectiu, tenim que, sobre la base del principi *favor testamenti* i del principi més general de conservació dels actes i negocis jurídics *utile per inutile non vitiatur*, la ineficàcia sobrevinguda per ruptura conjugal o de la parella és limitada, ja que no dona lloc a la nul·litat total del testament, sinó només a la seva ineficàcia parcial respecte a la disposició testamentària relativa a l'excònjuge o exconvivent, per la qual cosa la validesa i l'eficàcia de la resta de disposicions testamentàries s'han de mantenir. Això significa que s'ha de respectar la voluntat del testador pel que fa a les disposicions a favor d'altres subjectes beneficiaris de la successió, de manera que si en la relativa al cònjuge o a la parella va disposar una substitució vulgar, aquesta operarà i entrarà en aplicació. Fins i tot en el cas que l'excònjuge o l'exparella hagués estat instituït hereu únic i el testament continguéssés llegats a favor d'altres beneficiaris no vinculats només a aquest, aquests llegats haurien de mantenir la seva eficàcia a càrrec de l'hereu o els hereus intestats (en el dret català, si hi hagués un altre o altres hereus testamentaris, es produiria un acreixement a favor seu abans d'obrir la successió intestada; però si hi hagués un únic hereu no s'infringiria el principi d'incompatibilitat *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, ja que l'important i fonamental és preservar la voluntat del testador en la mesura que sigui possible, tal com succeeix quan l'article 421-20 CCCat preveu que en un codicil, atorgat amb les mateixes solemnitats externes que un testament, l'atorgant pot dictar disposicions successòries a càrrec dels hereus abintestats).

L'abast o àmbit d'aplicació del criteri d'ineficàcia sobrevinguda per crisi o ruptura matrimonial o de convivència, un cop determinat que es basa en la voluntat real del causant, permet la seva aplicació analògica més enllà dels estrictes àmbits objectius i subjectius enjudiciats fins ara per la jurisprudència del Tribunal Suprem:

a) Àmbit objectiu: tal com preveu l'article 422-13 CCCat, la seva aplicació va més enllà de la institució d'hereu o dels llegats disposats en un testament, ja que és predicable d'altres disposicions *mortis causa* contingudes en el mateix testament, en altres instruments successoris, com els codicils i les memòries testamentàries (en els pactes successoris i els heretaments, l'article 431-17 CCCat remet a l'article 422-13 CCCat, però, atès el seu caràcter contractual amb possibles contraprestacions, ja diu

que s'han d'analitzar en cada cas el context i el fonament del pacte), i també en contractes d'assegurances de vida o, en general, en contractes a favor de tercers en què l'estipulant va posar el seu cònjuge o la seva parella com a beneficiari de la prestació del promitent per al cas de mort.

b) Àmbit subjectiu: també com preveu l'article 422-13 CCCat en el seu últim paràgraf, la mateixa raó per a l'exclusió com a beneficiari pot donar-se no només respecte de disposicions realitzades a favor del cònjuge o convivent, sinó també en les realitzades a favor dels parents que només ho siguin d'aquest, i encara que ho limita als de la línia directa o línia col·lateral dins del quart grau, tant per consanguinitat com per afinitat, atès el fonament de la ineficàcia sobrevinguda en la voluntat real presumpta del testador o disponent, no té sentit el límit de graus a la línia col·lateral (una disposició a favor d'un parent col·lateral de cinquè o ulterior grau del cònjuge o convivent hauria igualment d'esdevenir ineficaç en cas de crisi o ruptura, llevat que es pugui acreditar que la motivació de l'atorgament no va ser determinada per la relació de parentiu), i faltaria precisar que la ineficàcia afecta parents que ho siguin només de l'excònjuge o l'exconvivent, per consanguinitat o afinitat, però en el cas de la separació de fet matrimonial no compta que legalment continuïn sent parents per afinitat també del cònjuge disposant.

En qualsevol cas, per a determinar la ineficàcia sobrevinguda o el manteniment de la disposició *mortis causa* tot i la crisi, la ruptura o el trencament de la relació, el jurista ha de fer una tasca d'interpretació raonable de quina hauria estat la veritable voluntat del testador o disposador en aquelles situacions en què posteriorment a l'atorgament hi ha una alteració de les circumstàncies subjectives de la relació conjugal o convivencial.

UNOS APUNTES PRÁCTICOS SOBRE EL ARTÍCULO 411.9-4 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y LA EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE HERENCIA YACENTE

Ángel Serrano de Nicolás
Notario de Barcelona
Profesor asociado de derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

1. PRELIMINAR

Los apuntes prácticos que siguen están referidos exclusivamente al artículo 411-9.4 del Código civil de Cataluña (CCCat), cuya novedad, e incluso sorprendente contenido, destaca la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas (RDGDEJ) JUS/6/2018, de 8 de enero de 2018.¹ Es esta una norma que aunque puede presentar —como indicaré— algunos problemas prácticos en su aplicación, sin embargo lo cierto es que, sin alterar la regla de la unanimidad (art. 464-6.1 CC-Cat) para la partición por los coherederos² y la consiguiente adjudicación de la masa

1. Así, dice: «[...] y vista la novedad que representa al ordenamiento jurídico catalán la norma del artículo 411-9.4 del Código civil de Cataluña».

2. El legado de una parte alícuota aparece en el CCCat (art. 427-36) claramente como un legado y, además, de eficacia obligacional (art. 427-10 CCCat), y la posibilidad de ordenarlo por el causante como de eficacia real me parece imposible por la misma realidad de las cosas, pues nada impide que lo real se configure como obligacional, pero difícilmente cabrá al revés. Véanse, no obstante, para la distinción entre eficacia obligacional y eficacia real, la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas (RDGDEJ) de 14 de enero de 2009 (JUS/191/2009, de 30 de enero), en que literalmente se dice que «para calificar un legado como de eficacia real u obligacional, tendremos que interpretar, en primer lugar, cuál era la voluntad del testador», y la ya citada de 8 enero 2018, que literalmente dice: «[...] tenemos que recordar que, de acuerdo con el artículo 427-10 del Código civil de Cataluña, el legado es de eficacia real si por la sola virtualidad del legado el legatario adquiere bienes, determinados y propios del causante, que no se extinguen por la muerte; que, según el artículo 427-14, los legados se defieren al legatario a la muerte del causante, y que, de conformidad con el 227-15, por la delación el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad de la cosa objeto del legado si este es de naturaleza real».

hereditaria, sí logra por vía indirecta presionar para lograr dicha partición, en cuanto favorece la gestión y administración ordinaria de la herencia durante la que sería —de no haber aceptado ninguno— la situación de herencia yacente, al igual que —como se verá— puede cumplir funciones muy similares, en lo que es la gestión y liquidación hereditaria, a la que tienen los albaceas universales (*cfr.* art. 411-9.4 *in fine* y 429-9 y 429-10 CCCat), puesto que permite proceder a la liquidación de la masa hereditaria.

Además, no puede desconocerse que en un mayor o menor lapso temporal todas las herencias, testadas o intestadas, están inicialmente en situación de herencia yacente, siquiera sea brevemente hasta que se producen la aceptación³ y consiguiente situación de comunidad hereditaria (art. 463-1 a 463-6 CCCat), que se extinguirá mediante la necesaria partición por unanimidad de todos los coherederos. Y es la situación de falta de unanimidad en la partición la que puede llevar a graves dificultades de conservación del patrimonio hereditario, ya sea en la gestión de los negocios familiares, ya sea en el pago de deudas del causante con posibles problemas de embargo o ejecución de bienes, en las reclamaciones de los legitimarios en cuanto no tienen que ser también herederos, etcétera. Por ello, conviene delimitar este artículo 411-9.4 CCCat en cuanto permite solventar estos problemas, pero no, como se ha anticipado, evitar la necesidad de la unanimidad para la partición.

2. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA YACENTE POR ALGÚN HEREDERO Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

El acto desencadenante de la aplicación de este artículo 411-9.4 CCCat es la aceptación por cualquiera de los coherederos, pues ningún problema ni necesidad habría si solo hubiera uno, y, además, puede no resultar indiferente que pueda haber o no prelegatarios (art. 427-5 CCCat) o simples legatarios, con eficacia real o bien

3. Cabe recordar que hasta que no transcurren quince días desde el fallecimiento del causante, no se expide el oportuno certificado por el Registro General de Actos de Última Voluntad (RGAUV), con lo que no se puede tener certeza de la condición de heredero, por no poderse saber con exactitud la última voluntad del causante (*cfr.* art. 5.3, anexo II, Reglamento notarial). A la vez conviene recordar que, en vida del causante, únicamente pueden pedir copia autorizada del testamento o título formal de última voluntad el propio testador o una persona con poder especial (art. 226.1 Reglamento notarial), y lo mismo se puede decir para el certificado del RGAUV (art. 5.2, anexo II, Reglamento notarial). No basta, pues, ni un correo electrónico, ni tampoco una carta con la firma legitimada del testador, dado que en estos supuestos el notario no puede apreciar si el testador tiene o no capacidad, ni tampoco pueden pedir la copia autorizada del testamento sus representantes legales (tutor, curador, etc.). Es innecesario decir que saber si tiene o no testamento, incluso aunque se desconozca su contenido, puede ser suficiente para las más diversas y no siempre lícitas finalidades, sobre todo si ya no va a poder modificarlo.

obligacional. Como resulta de la RDGDEJ JUS/803/2011, de 15 marzo de 2011,⁴ el llamado a título de heredero solo deviene prelegatario desde que acepta la herencia, pues hasta este momento es mero legatario, con sus consecuencias para la toma de posesión, aunque aquí los aceptantes pueden proceder a la entrega de lo legado.

La novedad —y relevancia práctica— está en que tan pronto como uno de los herederos acepta, se extingue la situación de herencia yacente, sin que exija el artículo 411-9.4 CCCat que tenga que ser expresa, aunque así tendrá que ser y, por otra parte, será lo habitual, pues los actos que se le permite ejecutar son de mera administración ordinaria, sin que en sí impliquen aceptación tácita;⁵ para confrontarlo basta acudir al artículo 461-5 CCCat, y puede añadirse que el pago del impuesto de sucesiones no implica aceptación, salvo que así se diga expresamente (art. 461-4 CCCat), frente a la repudiación, que tiene que ser expresa y en documento público (art. 461-6.1 CCCat).

Los diversos llamados podrán ir aceptando sucesivamente y en distintos momentos temporales, si bien, tan pronto como sean dos o más y hasta que no lo hagan todos, o se frustren las delaciones (para lo que cabe acudir a la *interpellatio in iure* [art. 461-12 CCCat]),⁶ quedan sujetos a las reglas de la comunidad hereditaria. Debe

4. En concreto dice que «la entrega de la posesión por el heredero no es necesaria si se trata de un prelegado. Esta excepción se aplica tanto si el heredero favorecido por el prelegado es el heredero único o comparte esta calidad con otros herederos. Es un tratamiento similar al de la partición hecha por el mismo causante, regulada en el artículo 464-4, que permite a los herederos inscribir a su favor los bienes adjudicados sin la participación de los otros herederos, ya que son propietarios de estos bienes, con exclusión de los otros (artículo 464-10). | 2.2 Ahora bien, la aplicación de esta excepción exige que se cumpla el supuesto de hecho previsto por la ley: que el legatario sea heredero (artículo 427-5) porque sólo si el legatario se convierte efectivamente en heredero por medio de la aceptación de la herencia estamos ante un prelegado. En consecuencia, sólo el heredero que haya aceptado previamente o simultáneamente la herencia será prelegatario y estará autorizado para tomar posesión de la cosa legada por él mismo. Contrariamente, si el heredero favorecido con un legado repudia la herencia y acepta el legado, cosa que permite expresamente el artículo 427-16.6, ya no se tratará de un prelegado sino de un legado ordinario, y no se le aplicará la excepción a la exigencia de entrega de la posesión por parte de los herederos».

5. Una enumeración y un estudio de los actos que implican o pueden implicar aceptación tácita se contienen en Rosa M. LLÁCER MATAÇÀS, «Prelegado: aceptación tácita de la herencia y toma de posesión del bien legado», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones: Liber Amicorum T. F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, p. 730-740, que, tras analizar diversa jurisprudencia de las audiencias catalanas, se centra en el arrendamiento de fincas legadas (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 3/1999, de 4 de febrero de 1999; 23/2001, de 19 de julio de 2001, y 5/2011, de 31 de enero de 2011); la apertura de una cuenta corriente para ingresar alquileres, pagar gastos de los bienes legados, así como deudas de la herencia, no sería —según dice— una aceptación conforme a la STSJ/C 10/2003, de 24 de abril de 2003.

6. Resulta de interés la RDGRN de 6 de agosto de 2019, que exige ir más allá de lo meramente formal en la notificación al requerido, en tanto su no contestación implica la renuncia; así, se recoge «como defecto que no resulta del acta de requerimiento, la notificación personal en el domicilio del coheredero al que se tiene por renunciante, ni las diligencias de averiguación de domicilio a que se refiere el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La DGRN, tras confirmar que «en el Derecho común y en el

destacarse que solo están facultados legalmente para realizar actos de administración ordinaria y que para estos, según el artículo 463-4.2 CCCat, deberán estar a lo preceptuado en los artículos 552-7 y 552-8 CCCat, relativos a la comunidad ordinaria, aunque en esta remisión debe distinguirse que se requieren distintos *quorums*. Así, el artículo 552-7.3 CCCat establece tres cuartas partes de las cuotas para la administración extraordinaria, y el artículo 552-7.6 CCCat, la unanimidad —mediante consentimiento individual de cada coheredero— para los actos dispositivos. Pero en verdad estos *quorums* son indiferentes, por tratarse de actos que el llamado a suceder no puede realizar por ser solo admisibles los de administración ordinaria, en que basta la mayoría y que obligan a la minoría disidente (art. 552-7.2 CCCat), que aquí será la de los que han aceptado pero se oponen. Evidentemente, los que no han aceptado no se computan, dado que no forman ni siquiera parte de la comunidad (parcial que integran los aceptantes), por ser requisito imprescindible la aceptación previa. En consecuencia, todo cuanto se contempla en la comunidad hereditaria —y en su remisión a la comunidad ordinaria— será únicamente aplicable a los que han aceptado, y a ellos únicamente se referirán la mayoría y la obligación de aceptar y cumplir lo acordado.

Pueden realizar, obviamente también, por estar legitimados individualmente, los actos contemplados en el propio artículo 411-9.1 CCCat y que consisten en los actos de conservación y defensa de los bienes, para lo que igualmente se remite, cuando se trate de administración ordinaria, al artículo 552-7 CCCat.

Las consecuencias prácticas —pues las jurídicas (relativas a pagar deudas y cargas hereditarias, satisfacer las legítimas y cumplir los legados) que conlleva la aceptación son las que se exponen en el epígrafe siguiente— que derivan directa o indirectamente de este artículo 411-9.4 CCCat son básicamente las siguientes:

catalán, el notario es el único funcionario competente para requerir o notificar, y para autorizar el acta de interpelación», añade posteriormente que «aunque no esté incluida este acta dentro de los expedientes sucesorios de la legislación notarial, tiene carácter especial por la enorme transcendencia de las consecuencias jurídicas de la notificación efectuada por el Notario que pone fin a la incertidumbre sobre la definitiva postura del llamado (o heredero adquirente provisional en Navarra) de ahí que el artículo 1005 del Código Civil y los correspondientes forales —artículos 461.12 del Código Civil de Cataluña, 348 del Código de Derecho Foral de Aragón y la Ley 315 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra— dispongan que el notario deba indicar al notificado cuál es el valor jurídico que la ley atribuye a su silencio —en el supuesto de que la ley rectora sea el Código Civil— que de no manifestar su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente, o en el caso de Cataluña, renunciada o aceptada a beneficio de inventario según se trate de heredero mayor de edad o de menor o incapacitado. De ahí, el esencial control del notario en el cumplimiento de la notificación personal». Y concluye indicando que «debe practicarse el requerimiento y notificación en ese domicilio real y efectivo para la validez de la *interpellatio in iure*», lo que implica que no basta que el notario cumpla estrictamente con los requisitos formales, pues al conllevar la renuncia tiene que procurarse realizar la notificación de tal forma que haya garantía de que el requerimiento ha llegado a conocimiento del llamado.

a) La masa hereditaria no queda sin gestor o administrador ordinario, ni puede ya designarlo la autoridad judicial (art. 463-4.1 CCCat), pues la herencia sí tiene ya personas especialmente legitimadas para administrarla: los aceptantes.

b) Las acciones y los derechos que corresponderían a los acreedores, tales como la reclamación de deudas y sus posibles embargos por impago y ulteriores subastas, con el consiguiente deterioro de la masa hereditaria, pueden evitarse al poderseles pagar. Incluso queda sin sentido solicitar el beneficio de separación de patrimonios (art. 461-23 CCCat) cuando la propia herencia ya se pone en administración ordinaria y bajo responsabilidad del propio heredero administrador, sin confundirse con su patrimonio.

c) Los legitimarios, que en el CCCat no son sino meros acreedores (art. 451-1 CCCat), pueden ver satisfecho su derecho, singularmente en cuanto es «un valor patrimonial».

d) La *interpellatio in iure* (art. 461-12 CCCat), que dispone que si no se acepta se entiende que se repudia, los aceptantes pueden ejercitarla a su conveniencia según la evolución del mercado inmobiliario, del negocio o de la empresa familiar, etc., pues, aunque no se puede partir el patrimonio hereditario, no existe la perentoriedad que resultaría de no poder administrarlo. Además, cuando se trate de una sociedad o un ámbito mercantil, la administración ordinaria tendrá que cohonestarse con lo que es su tráfico habitual y objeto, que puede implicar, sin salir del ámbito de la administración ordinaria, que pueda disponerse de mercancías.

e) La división judicial del patrimonio (art. 782 LEC) también puede aplazarse. Conviene no olvidar que la partición de la herencia no prescribe (art. 121-2 CCCat) y que la legitimación para solicitar la división requiere la previa aceptación (art. 782 LEC), lo que, además, tampoco urge, al ser los propios herederos interesados en su aceptación los que la están administrando.

f) La suspensión de la prescripción de las pretensiones contempladas en el artículo 121-17 CCCat cesa, dado que, como precisa el propio artículo 411-9.4 CCCat, al haber aceptado siquiera sea uno solo de los coherederos, ya no hay situación de herencia yacente.

g) La formalización de inventario (art. 461-15 CCCat) puede realizarla cualquiera de los aceptantes o todos ellos, con los consiguientes efectos de paralización de las acciones contra la herencia por parte de los legatarios y los fideicomisarios, hasta que se haya formalizado o haya transcurrido el plazo legal para hacerlo, que es el de seis meses (art. 461-15.1 CCCat) desde que «el heredero conoce o puede razonablemente conocer la delación».

Por lo demás, todas las soluciones o exigencias derivadas de la situación de herencia yacente (*cfr.* sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de octubre de 2005 [ECLI:ES:TSJCAT:2005:7619] y 1 de julio de 2014 [ECLI:ES:TSJCAT:2014:9112]) no proceden, pues cabe reiterar, una vez más, que una única aceptación ya supone la extinción de la situación de herencia yacente (que, desde

luego, no tiene personalidad jurídica), lo que incluso podría suceder durante la tramitación de la demanda contra la misma.

3. FUNCIONES ATRIBUIDAS AL HEREDERO ACEPTANTE POR EL ARTÍCULO 411-9.4 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA Y SIMILITUD CON EL ALBACEAZGO UNIVERSAL

Las funciones atribuidas, bajo su responsabilidad, al heredero o a los coherederos aceptantes, que entre ellos forman una comunidad a la que se aplicarán las reglas de la comunidad ordinaria (art. 552-7 por remisión del art. 463-4.2 CCCat, al que, a su vez, se remite este artículo 411-9.4 CCCat), son las siguientes:

a) *Pagar deudas de la herencia*:⁷ en sí implica —salvo que se tenga el efectivo metálico en poder, y no en entidades de crédito— disponer de metálico, para lo que se exige haber pagado el impuesto de sucesiones, cuyo importe podrá detraerse de las propias cuentas bancarias del causante cuando sea el importe que como prelegatario, o incluso como heredero, correspondería al que ha aceptado. Lo contrario sería hacer inviable la finalidad de este artículo 411-9.4 CCCat, al margen de que pueda solicitarse un aplazamiento en el pago del impuesto de sucesiones.

b) *Pagar las cargas hereditarias* (art. 461-19 CCCat): serán a cargo de la propia masa hereditaria y de ellas que cabe destacar que la formalización del inventario (pues

7. Para las deudas tributarias, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, dispone: «*Artículo 39. Sucesores de personas físicas.* | 1. A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. | Las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alicuota. En ningún caso se transmitirán las sanciones. Tampoco se transmitirá la obligación del responsable salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento. | 2. No impedirá la transmisión a los sucesores de las obligaciones tributarias devengadas el hecho de que a la fecha de la muerte del causante la deuda tributaria no estuviera liquidada, en cuyo caso las actuaciones se entenderán con cualquiera de ellos, debiéndose notificar la liquidación que resulte de dichas actuaciones a todos los interesados que consten en el expediente. | 3. Mientras la herencia se encuentre *yacente*, el cumplimiento de las obligaciones tributarias del causante corresponderá *al representante de la herencia yacente*. | Las actuaciones administrativas que tengan por objeto la cuantificación, determinación y liquidación de las obligaciones tributarias del causante deberán realizarse o continuarse con *el representante de la herencia yacente*. Si al término del procedimiento no se conocieran los herederos, las liquidaciones se realizarán *a nombre de la herencia yacente*. | *Las obligaciones tributarias a que se refiere el párrafo anterior y las que fueran transmisibles por causa de muerte podrán satisfacerse con cargo a los bienes de la herencia yacente*» (la cursiva es mía). Aquí el problema interpretativo es que la aceptación extingue la situación de herencia yacente, pero lo que no dejan de ser son deudas de la herencia, y como antes es pagar que heredar, pues igualmente se deberán satisfacer estas deudas tributarias con los bienes de la masa hereditaria.

la partición de la herencia es evidente que no podrá hacerse por faltar justo la unanimidad) requiere que sea en interés común, lo que en principio así será, pues cualquiera podrá utilizarlo y, desde luego, tendrá legitimación para solicitar una copia del mismo al notario que lo haya formalizado. Aunque se refiere a la defensa de los bienes como una carga hereditaria mientras la herencia esté yacente, y justo aquí se parte de que se ha extinguido por haber aceptado alguno de los herederos, sin embargo nada debe impedir que también lo sea cuando se ha actuado en interés de todos, pues la ratio que lo justifica entiendo que debe ser la misma, en cuanto todavía no se ha realizado la partición y, por tanto, ninguno de los herederos es todavía propietario o copropietario de bienes concretos o cuotas de los mismos. Al efecto, véase el artículo 463-4.3 CCCat, que, incluso en la situación de comunidad hereditaria, legitima individualmente para «los actos necesarios de conservación y defensa de los bienes».

c) *Satisfacer las legítimas*: implica que previamente se tiene que haber determinado la masa hereditaria y realizado las operaciones de computación e imputación (art. 451-5 y 451-7 CCCat). Aquí, frente a la formalización del inventario, en que no se requiere que se valoren los bienes (art. 461-15.3 CCCat), sí será preciso que los aceptantes valoren los bienes, para saber qué importe es el que corresponde a los legitimarios. Desde luego, cabe acudir a informes periciales u otros que valoren los bienes a precio de mercado en el momento de fallecer el causante (art. 451-11 CCCat). Además, a los aceptantes corresponderá determinar la forma de pago, salvo que el causante haya dispuesto otra cosa.

d) *Cumplir los legados*:⁸ la dificultad o no para hacerlo vendrá condicionada por la clase de los mismos (art. 427-24 y sig. CCCat). En todo caso, los gastos que genere su entrega, como los necesarios para el pago de las legítimas y otros de naturaleza análoga, serán cargas hereditarias, frente a los de formalización de la entrega de los legados (art. 427-18.3 CCCat), que serán a cargo de los legatarios.

Se aprecia una coincidencia parcial con las funciones de los albaceas universales, sean de entrega del remanente (art. 429-10a, b y d CCCat), sean de realización dineraria (art. 429-9d, e y g CCCat), aunque las funciones que no tienen estos aceptantes, por faltar la unanimidad (art. 463-5 CCCat), son las de disposición, pues al

8. Para esta función cabe concluir, como se empezó, con la misma RDGDEJ JUS/6/2018, de 8 de enero de 2018, cuando trata del número de personas facultadas para la entrega, que no implica modificación respecto de la toma de posesión, que permanece idéntica, salvo para los prelegados, y así dice: «El Código civil de Cataluña, en el artículo 427-22, ha añadido a los casos tradicionales de autoentrega de legado el caso del prelegado. Subrayamos este hecho porque tiene alguna relación con la novedad que representa la norma del 411-9.4. Según el 427-22.4, si uno o varios coherederos han sido llamados como legatarios además de serlo a título de herederos, cada uno de ellos puede tomar posesión de los objetos que le han sido legados sin consentimiento de los otros. Si el 427-22.4 amplía los supuestos de autoentrega, el 411-9.4 amplía el número de personas facultadas para la entrega de los legados en dos manifestaciones de un mismo principio legislativo: facilitar el cumplimiento de la voluntad del causante».

extinguirse la herencia yacente ya se encuentran en situación de comunidad hereditaria (parcial, por solo integrarla los aceptantes). La coincidencia es coherente con el sistema de liquidación de la herencia, que es el que les corresponde, pero, por faltar la unanimidad, solo lo hace parcialmente.

4. CONCLUSIÓN

Aún con las dificultades de encaje de esta novedad que es el artículo 411-9.4 CCCat, su existencia es beneficiosa tanto porque logra evitar situaciones perjudiciales para la herencia, sea por la oposición de alguno de los herederos (pues el legatario de una parte alícuota es solo legatario), sea por desconocer su paradero, etc., como porque extingue la situación de herencia yacente, contemplada en diversas normas, incluso las fiscales, para pasar a una situación de comunidad hereditaria parcial, pues solo la integran los aceptantes y con ellos deben formarse las mayorías. Desde luego, sigue conservando la regla de la unanimidad para la partición, por lo que esta situación también es transitoria, pero con la posibilidad de que la administración se ejercite solo por los interesados en la herencia; basta pensar en negocios o empresas familiares, en el arrendamiento de inmuebles o en la gestión de deudas o intereses, con decisiones necesarias cuasi inmediatas al fallecimiento.

EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO Y EL FALLECIMIENTO DEL CONCURSADO

Mónica Mestre Vázquez
Abogada y economista

En derecho concursal hay que distinguir entre el caso del fallecimiento del deudor concursado y el concurso de la herencia. En el primer caso, el fallecimiento se produce estando en tramitación el concurso de acreedores de la persona fallecida. En el segundo, la persona fallece antes de declararse el concurso de acreedores.

El fallecimiento del deudor concursado comporta la extinción de su personalidad jurídica, pero no la conclusión del concurso (art. 571 del texto refundido de la Ley concursal [TRLR]). El momento del fallecimiento del causante marca la apertura de la sucesión hereditaria, que se extenderá hasta que la herencia sea aceptada. En ese espacio temporal, la herencia, mientras no sea aceptada, carece de titular y se denomina *herencia yacente*.

La continuación del procedimiento concursal tras el fallecimiento del concursado comporta que solo la Administración concursal pueda llevar a cabo facultades patrimoniales sobre el caudal relicto del concursado. Por otro lado, el proceso concursal podrá continuar aunque los herederos no hayan aceptado la herencia todavía. Y ello es así por la sucesión procesal contemplada en el artículo 16 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), que permite la continuación del procedimiento judicial en marcha con la personación en el mismo del «sucesor en nombre del litigante fallecido».

La Jurisprudencia en este sentido lo ha manifestado con rotundidad y de forma clara, y a modo de ejemplo nos informa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 12 de junio de 2006. Desde un plano estrictamente procesal, el artículo 16 LEC relativo a la sucesión procesal por muerte y que sirvió de cauce a la actora para llamar al proceso a nuestra mandante, no requiere en ningún caso que se persone el heredero, ni que por la personación al llamado a suceder se le tenga por heredero. El juzgador *a quo* en este apartado confunde, insistimos, sucesión procesal con reunir la condición sustantiva de heredero por haber aceptado la herencia. El artículo 16 viene a configurar la vía procesal para continuar un procedimiento iniciado en el cual una de las partes, actora o demandada, ejecutante o ejecutada, ha fallecido, con el objetivo de evitar que el procedimiento quede yermo de parte

ad eternum, a la espera de una eventual aceptación de la herencia por los llamados a suceder.¹

Por tanto, el artículo 16 LEC no exige que ese sucesor procesal ostente la condición de heredero.

La postura del heredero o los herederos respecto a la herencia del concursado fallecido, aceptándola o no, y en caso afirmativo el tipo de aceptación, comportarán una serie de consecuencias y limitaciones. El artículo 461-22 del Código civil de Cataluña (CCCat) recoge bajo el título «Concurso de la herencia»: «Las disposiciones sobre responsabilidad del heredero por las deudas del causante, derivada de la aceptación de la herencia, se aplican sin perjuicio de lo establecido por la legislación concursal».

La aceptación de la herencia realizada a beneficio de inventario comporta que el heredero vea limitada su responsabilidad exclusivamente con bienes de la herencia o masa hereditaria, pero no con sus propios bienes, de tal suerte que existen dos masas patrimoniales diferentes, sin confusión entre ambas.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario regulada en el artículo 461-14 CCCat permite al heredero o a los herederos en el plazo de seis meses desde que conocen o pueden conocer la delación, aceptar la herencia bajo dicha modalidad, y para ello realizarán la aceptación ante notario o bien ante el juez.

El Real Decreto Ley 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal (TRLR), prevé en el artículo 568.3 un supuesto excepcional de aceptación de la herencia a beneficio de inventario que el profesor Ángel Rojo considera como «una aceptación a beneficio de inventario *ministerio legis*»,² sin que sea preciso llevar a cabo ninguna declaración adicional ante notario o juez. Este supuesto excepcional se da cuando el heredero solicita voluntaria y libremente la declaración judicial de concurso de la herencia, y se entiende que ha aceptado la herencia, aunque a beneficio de inventario.

En los supuestos de aceptación de la herencia a beneficio de inventario es posible la declaración de concurso de la herencia conforme la regula el artículo 567 TRLR,³ que recoge que el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.

En el caso de que la herencia hubiese sido aceptada pura y simplemente, no cabe la solicitud de declaración de concurso de la herencia, pues los derechos y las obligaciones se han transmitido a los herederos. En este tipo de aceptación, el heredero —o

1. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14, Sentencia de 11 de marzo de 2019, Resolución número 110/19, Recurso 548/2018, magistrado ponente Pablo Quecedo Aracil.

2. Según la tabla de correspondencias de los artículos del TRLR con los preceptos de la LC, el artículo 568.3. TRLR corresponde al artículo 3.4 LC. Véase el comentario al artículo 3 de la Ley concursal realizado por Ángel Rojo, *Comentario de la ley concursal*, tomo I, Madrid, Civitas, 2006, p. 218-219.

3. El artículo 567 TRLR corresponde al artículo 1-2 LC.

los herederos— responderá de las deudas del causante con el caudal relicto y, además, con el patrimonio personal. No existe el escudo protector que brinda la aceptación a beneficio de inventario. Si tras la aceptación el heredero —o los herederos— no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, se tendrá que tramitar la declaración del concurso del propio heredero. La situación económica y patrimonial del heredero va a ser determinante.

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social,⁴ introdujo en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), el artículo 178 bis, que extiende a las personas físicas no empresarias la posibilidad de activar el mecanismo de la segunda oportunidad.

La exoneración del pasivo insatisfecho se regula en el artículo 178 bis de la LC, concebida como un instrumento para que el deudor insolvente, liquidado su patrimonio, pueda conseguir la extinción de aquellos créditos que no pudo satisfacer con cargo a los elementos de su activo una vez realizados.⁵

La finalidad de dicho instrumento es un renacer a la vida civil partiendo de cero, sin deudas. En términos anglosajones se denomina *fresh start*.

El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI) ahora está regulado en los artículos 486-502 TRLC. Para su solicitud deben reunirse unos presupuestos subjetivos: podrá solicitarlo cualquier persona natural, ya sea particular o autónoma, que reúna los requisitos de ser deudora de buena fe, que en los últimos diez años no haya sido condenada por sentencia firme por delitos económicos, y que el concurso no haya sido calificado de culpable. Y también deben reunirse unos presupuestos objetivos: será preciso que en el seno del concurso se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, y, además, que se hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.⁶

4. La exposición de motivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio, recoge: «La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. En el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de la responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1.911 del Código civil».

5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 15 de enero de 2020, ponente Juan F. Garnica Martín.

6. El concepto de *intento de acuerdo extrajudicial de pagos* (AEP) fue concretado por la Junta de Jueces de Juzgados Mercantiles de Barcelona y por el Juzgado de Primera Instancia Número 50 de Barcelona en fecha 15 de junio de 2016 con el objetivo de unificar criterios en la aplicación del artículo 178 bis LC. Hay intento de acuerdo extrajudicial de pagos si, elevada una propuesta de acuerdo, esta no se acepta por los acreedores. También se podrá considerar que se ha intentado un AEP en los casos en que el mediador concursal decida, a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y

En el caso de que el deudor no hubiese celebrado ni hubiese intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, se prevé un presupuesto objetivo especial en el artículo 493 TRLC. En este caso el deudor puede solicitar el BEPI, pero ha de formular un plan de pagos para la deuda que no quedaría exonerada, y además cumplir los siguientes requisitos: *a)* no haber rechazado, dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso, una oferta adecuada a su capacidad, *b)* no haber cumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la Administración concursal, y *c)* no haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.

Pensemos en los siguientes supuestos:⁷

a) Una persona física solicita su declaración de concurso. Antes de dicha solicitud no había tramitado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que el concurso se declara voluntario y sigue los trámites del procedimiento abreviado. Avanzado ya el procedimiento (liquidación realizada, concurso calificado de fortuito) y ante la insuficiencia de bienes del concursado para liquidar, la Administración concursal solicita la conclusión del concurso. Se da traslado de dicha solicitud a la representación procesal del concursado y este solicita el BEPI con sujeción a un plan de pagos, puesto que con carácter previo al concurso no se había tramitado en sede extrajudicial ningún expediente de acuerdo extrajudicial de pagos. El plan de pagos propuesto consiste en el pago del 25 % de los créditos ordinarios (no hay créditos privilegiados ni contra la masa pendientes de pago). El plan de pagos que plantea el concursado está sujeto a unos ingresos recurrentes con origen en una pensión que percibe el concursado, para realizar pagos constantes mensuales durante cinco años.

Antes de que resulten aprobados tanto el plan de pagos propuesto por el concursado como su solicitud de BEPI, fallece el concursado. En este escenario entiendo que no es posible una aprobación *post mortem* del plan de pagos y, consiguientemente, del BEPI, puesto que el plan de pagos se formuló en base a la situación económica del deudor, y la única fuente de ingresos que se proponía para atender los pagos era una pensión. Fallecido el concursado, se extingue su personalidad jurídica y el derecho a

solicitar el concurso. Asimismo, se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del artículo 178 bis 3.3 LC en los supuestos en que la solicitud de AEP haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador concursal por una causa no imputable al deudor. También se considerará que se ha intentado celebrar un AEP a los efectos del artículo 178 bis 3.3 cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin, por una causa no imputable al deudor, al procedimiento de AEP.

Con la nueva regulación del BEPI en el TRLC es clarificadora la Sentencia 1992/20, de 29 de septiembre de 2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15 (ponente: José María Fernández Seijo), en la que precisamente se deniega la concesión de BEPI al deudor por no haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, circunstancia reconocida por el propio deudor, y se entiende incumplido uno de los requisitos regulados en el TRLC para que pueda otorgarse.

7. En ambos supuestos se considera que la persona está soltera y sin relación de convivencia estable ni de pareja de hecho.

percibir pensiones tras su fallecimiento, por lo que deviene imposible el cumplimiento del plan de pagos propuesto.

b) Una persona física ha tramitado un acuerdo extrajudicial de pagos y para ello ha interesado el nombramiento de un mediador concursal. Si no se consigue aprobar una propuesta de pagos por falta de *quorum* suficiente, o se ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, se ha de solicitar la declaración de concurso de dicha persona, que se tramitará como concurso consecutivo. Avanzado el procedimiento y ante la insuficiencia de bienes del concursado para liquidar, la Administración concursal solicita la conclusión del concurso. No hay créditos privilegiados ni contra la masa pendientes de pago. Se da traslado a la representación procesal del concursado y este solicita el BEPI y cumple los requisitos legales, pero antes de dictarse la resolución judicial que resuelva la solicitud del BEPI, el concursado fallece. En este caso entiendo que sí cabría dictarse la resolución *post mortem* de concesión del BEPI, puesto que lo que se resuelve va referido a un momento anterior al fallecimiento del concursado.⁸

El presupuesto objetivo para solicitar el concurso de la herencia descansa sobre el concepto jurídico de *insolencia*, entendida como la incapacidad objetiva del haber hereditario para operar el pago de las deudas que graban la herencia.⁹

En ninguno de los dos supuestos anteriores la herencia yacente podrá solicitar el BEPI, por no reunir los presupuestos subjetivos previstos en la ley concursal.

En el supuesto *a* la solicitud del BEPI formulada en su día por el concursado ya no tiene recorrido una vez fallece este, pues existe una imposibilidad de dar cumplimiento a un plan de pagos que no puede aprobarse porque no se podría cumplir, pues, fallecido el deudor, se extingue el derecho a percibir pensión.

En el supuesto *b* sí entendemos que es posible dictar *post mortem* la resolución que otorga el BEPI, y los efectos se trasladarán al momento en que el heredero —o los herederos— acepte la herencia, que recibirá sin ninguna deuda.¹⁰ De no ser posible dictarse *post mortem* la resolución de concesión del BEPI, habrá de estarse a si el heredero —o los herederos— puede con los bienes heredados cumplir regularmente las obligaciones contraídas por el causante. Si la herencia no puede cumplir regularmente

8. Se ha aplicado al supuesto el razonamiento del juzgador en un caso de fallecimiento del concursado mientras estaba pendiente la resolución de un recurso de apelación sobre la calificación fortuita o culpable del concurso. Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15, de 20 de noviembre de 2020, Resolución número 2469/2020, recurso 889/2020, ponente Marta Cervera.

9. Francisco Javier ORDUÑA, «Fallecimiento del concursado», en Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, María Teresa ALAMEDA CASTILLO y Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (coord.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. II, Madrid, Civitas, 2006, p. 2713.

10. Me planteo si cabe dar eficacia a una solicitud del BEPI ya realizada por el concursado que después fallece, que cumpla todos los requisitos legales, dictándose la resolución del BEPI *post mortem* y trasladando sus efectos al momento de la aceptación de la herencia. Vendría a suponer transmitir el caudal relicto sin deudas, en una plasmación de «su última voluntad de *fresh start*» para que los herederos acepten la herencia y le sucedan con el BEPI ya concedido.

con sus obligaciones exigibles, se da una situación de insolvencia de la herencia y debe pedirse que la herencia se declare en concurso. Si el heredero —o los herederos— hubiese aceptado la herencia pura y simplemente y no pudiera hacer frente a las deudas de la herencia, será preciso solicitar la declaración de concurso del heredero —o de los herederos.

BIBLIOGRAFÍA

- ORDUÑA, Francisco Javier. «Fallecimiento del concursado». En: BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M.; CAMPUZANO LAGUILLO, ANA BELÉN; ALAMEDA CASTILLO, MARÍA TERESA; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (coord.). *Comentario de la Ley concursal*. Vol. II. Madrid: Civitas, 2006.
- SALA REIXACHS, Alberto; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaume; MACHADO PLAZA, José; VILA FLORENSA, Pau. *Proceso concursal*. Barcelona: Bosch, 2019.
- ROJO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomos I y II. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

RECENSIONS

ROSA BARCELÓ COMPTE, *VENTAJA INJUSTA Y PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL DEL CONTRATO*, MADRID, BARCELONA, BUENOS AIRES I SÃO PAULO, COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA I MARCIAL PONS, 2019, 254 PÀGINES

I. El llibre *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*, obra de la Dra. Rosa Barceló Compte, estudia una institució, l'avantatge injust, que constitueix la pedra angular de la protecció de la part feble del contracte; i ho fa a partir de la nova regulació continguda en els articles 621-45 a 621-48 del Codi civil de Catalunya (CCCat).

Aquest llibre és el resultat de la tesi doctoral que la Dra. Rosa Barceló va defensar el 17 de setembre de 2018 davant del tribunal presidit pel Dr. Miquel Martín Casals (catedràtic de dret civil de la Universitat de Girona) i del qual formaven part també la Dra. Chantal Mak (professora de dret civil de la Universitat d'Amsterdam) i el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa (catedràtic de dret civil de la Universitat de Barcelona). La tesi, dirigida per la Dra. Gemma Rubio Gimeno, professora agregada de dret civil de la Universitat de Barcelona, va obtenir la qualificació més alta i posteriorment ha estat guardonada amb el Premi Extraordinari de Doctorat de la Universitat de Barcelona i amb el Premi Ferrer Eguizábal de l'any 2020. Aquests reconeixements palesen que l'obra de la Dra. Barceló és un treball brillant, de gran interès científic i pràctic, cridat a ser considerat una obra de referència en la matèria en els pròxims anys.

II. El llibre se centra en l'estudi de la nova regulació de l'avantatge injust, figura incorporada al CCCat per la Llei 3/2017, del llibre sisè d'aquest cos legal, referent a les obligacions i els contractes; la regulació s'integra en la subsecció «Avantatge injust i lesió en més de la meitat», que forma part del capítol dedicat a la compravenda. En sintonia amb les tendències actuals en l'àmbit del dret contractual europeu, l'avantatge injust, basat en criteris subjectius dels contractants, té com a finalitat evitar casos clars d'abús d'una de les parts envers l'altra i vetllar per la justícia de l'intercanvi econòmic. En aquest sentit, es tenen en compte arguments com ara si en el moment de la conclusió del contracte una de les parts depenia de l'altra o hi mantenien una relació especial de confiança, si estava en una situació de vulnerabilitat econòmica o si era palesament ignorant o manifestament mancada d'experiència, junt amb el fet que l'altra part coneixia o havia de conèixer aquesta situació, se'n va aprofitar i en va obtenir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust (art. 621-45.1 CCCat). Paral·lelament, es manté i es generalitza la doctrina de la lesió en més de la meitat, de caràc-

ter objectiu, útil per a resoldre supòsits de desequilibri important de les prestacions (art. 621-46 CCCat).

Amb la renovació conceptual que ha representat la introducció de l'avantatge injust, el legislador català deixa clara la seva voluntat de dotar el Codi civil d'un instrument de justícia contractual poderós i que permeti preservar la màxima simetria negocial entre els contractants i protegir la part més feble de la relació. A banda de la possibilitat de rescindir el contracte, o la d'anul·lar-lo per vicis del consentiment, accions que per la seva naturalesa són destructores, el mecanisme tècnic per excel·lència per a implementar l'equilibri contractual és la possibilitat que la part perjudicada té de demanar al jutge que adapti el contingut del contracte a la pràctica contractual prevalent en el moment de concloure'l i a les exigències de la bona fe i l'honradesa dels tractes (art. 621-47.1 CCCat).

III. El llibre s'estructura en quatre capítols. El primer, «La justicia contractual en el derecho privado europeo como condicionante normativo», estableix la base teòrica sobre la qual l'autora bastirà la seva configuració de l'avantatge injust. Parteix de l'afirmació que el dret contractual europeu, arran del descens econòmic i social de la nostra època, que ha qüestionat el marc de la llibertat contractual, promou la protecció de la part feble de l'*iter* contractual. Hom defensa així un nou humanisme contractual que entén el contracte com un instrument de promoció de valors com ara la solidaritat i l'equitat, tot prenent en consideració la conciliació necessària entre l'autonomia de la voluntat de les parts i la protecció dels contractants més febles. És per això que la Dra. Barceló, sobre la base de la teoria de la justícia de Rawls, qüestiona la concepció del dret de contractes com un dret neutral, aliè a consideracions de tipus polític i merament tècnic. Es justifica així la necessitat d'introduir una figura com l'avantatge injust, amb una naturalesa autònoma, a cavall de les que s'han anomenat *justícia substantiva* i *justícia procedimental*. La primera es refereix a l'objecte de les prestacions i inclou normes com ara les de la rescissió per lesió o les clàusules abusives en els contractes amb consumidors. En canvi, les normes relatives als vicis del consentiment formen part de la justícia procedimental, ja que afecten el procés de formació del contracte.

El segon capítol del llibre es titula «De la excesiva desproporción a la ventaja injusta. El control de la justicia procedimental en el derecho de contratos». La Dra. Barceló hi fa una sèrie de propostes molt interessants sobre com hauria de ser la regulació de l'avantatge injust. En la primera proposa una presumpció *iuris tantum* d'existència d'un benefici o un avantatge excessiu quan el desequilibri superi el cinquanta per cent del valor de mercat de l'objecte de la prestació. Tot i que el dret contractual europeu insisteix a esborrar qualsevol expressió que recordi la tradicional *laesio ultra dimidium*, l'autora entén que l'aplicació d'una pauta matemàtica pot ser molt útil per a establir un paràmetre que descrigui què s'entén per *excessiu* i delimiti la discrecionalitat judicial en aquest àmbit.

Ara per ara, l'existència d'un dany desproporcionat no permet, per si sola, demanar la ineficàcia del contracte. Com hem indicat abans, calen dos elements addicionals, un per a cada part contractual: d'una banda, un context contractual que debiliti la capacitat negociadora d'una de les parts; de l'altra, l'explotació conscient d'aquesta feblesa per l'altra part, que n'obté un benefici o un avantatge excessiu. Això fa que el consentiment, tot i ser lliure i exacte, no s'hagi format de manera correcta des del punt de vista ètic, i això permet caracteritzar la figura de l'avantatge injust com un vici del negoci. Com a conseqüència, l'autora proposa que la seu de regulació de l'avantatge injust no hauria de ser el contracte de compravenda, sinó la hipotètica regulació que el Codi civil de Catalunya fes de les disposicions generals del contracte.

L'altra gran proposta que la Dra. Barceló fa en aquest capítol del seu llibre és la de fusionar la lesió en més de la meitat al si de la regulació de l'avantatge injust. L'autora qüestiona la decisió del legislador català de conservar la institució històrica de la *laesio ultra dimidium*, ja que la introducció de la figura de l'avantatge injust integra en el seu contingut l'element objectiu que caracteritza la *laesio enormis*. En aquest sentit, hom pot perfectament presumir l'abús o l'aprofitament d'una situació de debilitat, propis de l'avantatge injust (art. 621-45.1 CCCat), quan en el moment de la conclusió del contracte el valor de la prestació rebuda és inferior a la meitat del valor de la prestació que fa la part perjudicada, situació tipificadora de la lesió en més de la meitat (art. 621-46.1 CCCat). Mantenir la lesió en més de la meitat i regular paral·lelament l'avantatge injust duu a una duplicitat innecessària.

El tercer capítol del llibre, «Dinàmica de la ventaja injusta», s'inicia amb la qüestió de l'àmbit d'aplicació de la figura de l'avantatge injust: si és només en els negocis amb causa onerosa o si pot tenir també alguna aplicació en els negocis amb causa gratuïta, com ara la donació o la constitució gratuïta d'un *trust*, en la línia de les propostes d'harmonització del dret privat europeu. La Dra. Barceló s'inclina per aquesta darrera possibilitat, si bé amb una nova ubicació de la figura en el CCCat, fora de l'àmbit de la causalitat onerosa en el qual actualment es troba. En aquest sentit, tot i que és en l'àmbit de l'onerositat on l'avantatge injust té el seu camp d'aplicació principal, no per això s'ha d'excloure de l'àmbit de la gratuïtat. Si bé el desequilibri patrimonial és inherent als negocis amb causa gratuïta, l'avantatge injust també es pot apreciar en el procés de formació de la voluntat negocial en casos en què hi ha una explotació de la part feble de la relació negocial.

La nova regulació del Codi civil de Catalunya ha ampliat considerablement la legitimació de la part feble del contracte i ha arribat a una simetria en la legitimació per a exercir les accions protectores. Tradicionalment, el dret català regulava de manera asimètrica els supòsits de lesió en més de la meitat, ja que només l'alienant podia rescindir el contracte (art. 321 de la Compilació del dret civil de Catalunya [CDCC]). La nova regulació de la lesió ha superat aquesta limitació i ha estès la legitimació per a demanar la rescissió del contrate a la part perjudicada, tant si és l'alienant com si és

l'adquirent (art. 621-46.1 CCCat). Aquesta simetria en la legitimació també hi és en el cas de l'avantatge injust (art. 621-45.1 CCCat).

Cal destacar que la regulació de l'avantatge injust en el CCCat està orientada a protegir la part feble del contracte, tant si es tracta d'un consumidor com si no ho és, com es pot observar en la mateixa estructura de l'article 621-45 CCCat: en el seu primer apartat hom protegeix la part feble en general, protecció que es veu ampliada en el segon apartat, en el cas que la part feble tingui, a més, la consideració de consumidora.

El quart i últim capítol del llibre, «Remedios previstos en los supuestos de ventaja injusta», va més enllà del remei de la rescissió i se centra en la renegociació o l'adaptació del contracte. El punt de referència és la figura de l'alteració de les circumstàncies contractuals —la coneguda com a clàusula *rebus sic stantibus*—, que corregeix la desaparició sobrevinguda de l'equilibri contractual; la diferència amb l'avantatge injust és que, en aquest cas, el desequilibri que s'ha de corregir és inicial. En qualsevol cas, el règim que hauria de ser preferent en els supòsits d'explotació o d'avantatge injust és la renegociació del contracte, que hauria de permetre la seva conservació, en comptes de la seva rescissió. Si el deure de renegociació no prospera, la solució és l'adaptació judicial, que permet la intervenció del jutge en el contingut del contracte, per tal d'adaptar-lo a la pràctica contractual prevalent en el moment de concloure'l i a les exigències de la bona fe i l'honradesa dels tractes, com ara proclama l'article 621-47.1 CCCat, tot adaptant les propostes harmonitzadores del dret europeu. En aquest punt, la Dra. Barceló és crítica amb la limitació que l'article esmentat estableix en la legitimació per a demanar l'adaptació judicial del contracte, ja que està limitada només a la part perjudicada; l'autora proposa que la legitimació també s'estengui a la part beneficiada. Així, davant la demanda de la part perjudicada de rescindir el contracte per avantatge injust, la part beneficiada s'hi hauria de poder oposar i reconvenir demanant l'adaptació. Serà el jutge qui decidirà què escau, si la rescissió o l'adaptació; i si opta per aquest segon remei, haurà d'atendre els interessos d'ambdues parts.

En aquest capítol dels remeis, la Dra. Barceló és crítica amb la regla de l'article 621-46.2 CCCat, que permet evitar la rescissió del contracte si es paga el valor *total* de la prestació. Entén que la solució idònia hauria estat que l'adaptació del contracte arribés només al límit del que és tolerable per la mateixa norma, és a dir, dins del que seria un benefici no excessiu o un avantatge just. Aquesta solució és la que hauria d'operar en una figura que no té una voluntat sancionadora de la part no perjudicada pel contracte.

IV. La lectura del llibre *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato* és enriquidora. El tractament rigorós que la seva autora, la Dra. Rosa Barceló Compte, fa de les fonts legislatives, doctrinals i jurisprudencials, li permet fer aportacions científiques molt interessants i proposar nous enfocaments de la matèria que poden servir de base per a futures millores de la regulació actual de l'avantatge injust en el Codi civil de Catalunya. La bondat del llibre rau en el fet que l'autora fa aquests plan-

tejaments des de l'honradesa i la humilitat que caracteritzen les bones obres científiques: s'explica la matèria, s'aporten arguments per a defensar les tesis pròpies, alhora que es reconeix la llibertat del lector per a discrepar i formular propostes alternatives. El llibre no imposa res, sinó que suggereix arguments per a la reflexió jurídica sobre un tema important com és la nova consideració del contracte com un instrument de promoció de valors com ara la solidaritat, l'equitat i la justícia. És per això que aquest és un excel·lent llibre de dret civil.

Pedro del Pozo Carrascosa
Catedràtic de dret civil
Universitat de Barcelona

MARTIN EBERS, CHRISTIAN HEINZE, TINA KRUGEL I BJÖRN
STEINRÖTTER (ED.), *KÜNSTLICHE INTELLIGENZ UND ROBOTIK:
RECHTSHANDBUCH*, MUNIC, BECK, 2020, 1.034 PÀGINES

I. La intel·ligència artificial i la robòtica formen part de les nostres vides. Els ordinadors fan moltes coses que abans només feien les persones, i les màquines que intervenen en el món físic tenen una gran capacitat d'aprendre, comunicar i inter-actuar, gràcies als sensors que perceben dades de l'exterior i al programari (*software*) que les processa. En aquest escenari singular, cada vegada més quotidià, un total de quaranta autors, la majoria juristes alemanys, analitzen les repercussions socials, èti-ques i jurídiques de la intel·ligència artificial i la robòtica i ofereixen un plantejament sistemàtic —i, en molts casos, pràctic— del que constitueix una discussió plural i dinàmica que combina diferents àmbits del dret. Les més de mil pàgines d'aquesta publicació potser no haurien de permetre referir-s'hi amb la denominació de *Hand-buch* ('manual'), però els editors pretenen deixar clar que no s'ofereix un coneixement enciclopèdic exhaustiu, sinó més aviat un recull d'idees bàsiques, com si aquestes prè-viament ja haguessin estat a l'abast de tothom. Si hem de jutjar per la immensa biblio-grafia (germànica, majoritàriament) que precedeix cada capítol, cal presumir que així és a Alemanya. Tantes pàgines —en paper fi— són fàcilment manejables gràcies a una extraordinària sistematització dels continguts en cada capítol i a una acurada i peda-gògica estructura externa que divideix l'obra en tres parts, a la qual cosa cal sumar un molt eficaç sistema de remissions internes i, per descomptat, com és característic de qualsevol llibre alemany, un utilíssim índex final de conceptes que proporciona el lloc exacte en què es troba la informació que en cada cas interressi al lector.

II. En la primera part, el llibre explica quines són les bases o els fonaments de la robòtica i la intel·ligència artificial des d'una perspectiva tècnica i legal, i posa l'ac-cent en les exigències i limitacions respectives. Un capítol explica de manera eloqüent la història de la robòtica i els seus desenvolupaments actuals (Haddadin i Knobbe); un altre fa el mateix amb la intel·ligència artificial i les seves aplicacions (Niederée i Nejd); i l'últim posa al descobert, mitjançant un esplèndid discurs interdisciplinari i internacional, els reptes als quals s'enfronta el sistema jurídic per a fer front a les noves tecnologies (Ebers). Els quatre primers autors esmentats són els únics no juristes; les seves especialitats són la robòtica i la informàtica.

III. La segona i la tercera parts estan escrites íntegrament per juristes, que tant són universitaris com operadors jurídics (advocats, fonamentalment), i mostren clara-ment l'enfocament interdisciplinari del llibre. En la segona part, diversos autors ana-

litzen l'impacte de la intel·ligència artificial i la robòtica en àmbits jurídics concrets, com ara la conclusió del contracte mitjançant agents intel·ligents (Wendehorst i Grinzinger), la responsabilitat civil (Eichelberger), la protecció dels consumidors (Micklitz, Namyłowska i Jabłonowska), els drets dels treballadors (Schwarze), els drets de propietat intel·lectual (Heinze i Wendorf) i de patents (Heinze i Engel), o la protecció de les dades personals (Krugel i Pfeiffenbring). S'estudien igualment les implicacions penals (Beck) i altres qüestions específiques sobre ciberseguretat (Eberstaller i Forgó), així com l'impacte de la intel·ligència artificial en el dret de societats (Möslein), el mercat de capitals (Kurth), els serveis financers (Denga), les assegurances (Ebert) i el dret financer (Haase) i de la competència (König). Altres capítols aborden el marc regulador de les telecomunicacions per a la realització de les aplicacions de la intel·ligència artificial i la robòtica (Heinickel i Döveling), l'impacte de la intel·ligència artificial en el procés (Huber i Giesecke), així com el seu ús per part dels governs i les administracions (Wischmeyer).

IV. La tercera i última part s'ocupa de l'estudi d'algunes aplicacions pràctiques de la intel·ligència artificial i de la robòtica. Així, s'expliquen l'emergència d'un nou model de negoci, el *Legal Tech* o tecnologia digital, que modifica la manera de proporcionar serveis legals (Wertmann), o l'emergència del transport automatitzat (Denga, Ellinhaus i Döveling), i, en general, s'aborda l'impacte de la intel·ligència artificial en la indústria i el món laboral (Pils i Rektorscheck). Uns altres capítols expliquen les cadenes de blocs (*blockchain*) i els contractes intel·ligents (*smart contracts*) (Berberich), i les repercussions jurídiques derivades de l'impacte en la vida quotidiana dels béns intel·ligents, assistents virtuals o dispositius mòbils (Rammos), així com les que sorgeixen com a conseqüència de l'ús de robots que tenen cura de les persones (Steinrötter). Un capítol diferent aborda el potencial que ofereixen la intel·ligència artificial i la robòtica en la medicina (Rammos, Lange, i Clausen), i un altre, com condicionen l'exercici del periodisme en els nostres dies (Conraths). No falten tampoc les referències a l'ús de la intel·ligència artificial per part de les plataformes en el tractament de dades, l'aparellament de contractants, la gestió dels sistemes de reputació o el reconeixement de continguts; i també es destaca com el model d'intel·ligència artificial de què se serveixen les plataformes permet a tercers externalitzar els serveis (Berberich i Conrad). L'antepenúltim capítol es dedica a l'ús de la intel·ligència artificial en la lluita contra el crim (Sprenger) i l'últim es consagra a les qüestions ètiques i jurídiques de l'ús d'armes autònomes letals (Stellpflug).

V. El llibre és tremendament interessant perquè agrupa un compendi de treballs que, des de diferents perspectives, permeten qüestionar la utilitat de les normes tal com estan dissenyades i s'apliquen en l'actualitat. Si en l'àmbit de la robòtica haguéssim d'anar més enllà dels principis ètics d'Asimov i crear normes que regulessin la utilització de robots i els efectes de la seva interacció amb els humans, caldria crear

una tercera entitat amb personalitat? O això proporcionaria el missatge equívoc que els robots, que no tenen consciència, s'equiparen amb les persones? La presència creixent d'agents autònoms requereix una reflexió sobre la possible integració de noves categories en el sistema jurídic. A propòsit de la intel·ligència artificial, es parla fins i tot dels avantatges de crear un dret personalitzat gràcies a la utilització de les dades massives (*big data*) i els algoritmes per a tenir millor en compte les característiques i les necessitats dels destinataris de les normes; normes l'adopció de les quals els governs deleguen cada cop més a les empreses (codis de conducta o *soft law*), les quals, al seu torn, deleguen en els algoritmes la presa de decisions. Els riscos de discriminació, desinformació, pèrdua de privacitat, censura i manipulació, plantegen desafiaments ètics, a més dels legals. Per això, sense perjudici de les iniciatives legislatives que sobre intel·ligència artificial anuncia la Comissió en els àmbits de la seguretat, la responsabilitat, els drets fonamentals, les dades i les condicions de treball dels treballadors de les plataformes, entre d'altres (Brussel·les, 2020.01.29 COM (2020) 37 final), el prop-passat 20 d'octubre de 2020 el Parlament Europeu també va aprovar unes recomanacions (molt generals) sobre els aspectes ètics de la intel·ligència artificial, la robòtica i les tecnologies connexes. El llibre que aquí es recensiona els explica i exemplifica molt bé, i també exposa quines iniciatives i amb quin abast s'han d'abordar. Els autors posen lletra a la que sovint és una música de principis encara molt abstractes.

Esther Arroyo Amayuelas

Catedràtica de dret civil

Titular de la Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu

Universitat de Barcelona

ELENA LAUROBA I YVES PICOD (DIR.), *LA RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS EN FRANCE: REGARD DE L'AUTRE CÔTÉ DES PYRÉNÉES*, PARÍS, SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, 2020, 284 PÀGINES

Aquesta obra s'origina com a conseqüència de les jornades bilaterals franco-espanyoles que es van celebrar a la Universitat de Barcelona els dies 4 i 5 d'abril de l'any 2019 sota la direcció d'Yves Picod i de la Dra. Elena Lauroba i organitzades per l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française i la Universitat de Perpinyà Via Domitia (Centre de Droit Économique et du Développement YS et École Doctorale Intermed). El llibre recull les intervencions de divuit juristes experimentats al voltant de la tan esperada reforma del dret francès d'obligacions, adoptada, definitivament, per l'Ordenança de 10 de febrer de 2016, per la qual es reformen el dret contractual i el règim general de prova de les obligacions, i que va ser ratificada per la Llei del 20 d'abril de 2018, que comporta la modificació dels títols III i IV del llibre tercer del Codi civil francès.

L'obra la inicia un dels seus codirectors, Yves Picot, professor de la Universitat de Perpinyà i director de l'École Doctorale Intermed, amb un informe introductori on fa un recorregut per les temptatives de reforma anteriors d'un text, el *Code civil*, que s'ha mantingut fins avui pràcticament sense modificacions. Picot avalua els objectius de la reforma, que oscil·len entre la voluntat del legislador de garantir la seguretat jurídica fent més llegible i accessible el dret contractual, i la necessitat d'enfortir l'atractiu econòmic de l'ordenament jurídic privat francès. D'acord amb l'autor, la reforma es redacta amb una clara voluntat d'incloure solucions protectores però també efectives i adaptades als canvis i les evolucions de l'economia de mercat. Així doncs, se cerca garantir un equilibri entre, per una banda, la justícia, manifestada essencialment en les preocupacions relatives a l'equilibri contractual, i, de l'altra, la utilitat, reforçant la força vinculant del contracte, observable en un augment de la unilateralitat de les accions a disposició del creditor, en particular mitjançant la reducció del preu o la resolució mitjançant notificació. En darrer terme, Picot analitza les discrepàncies més significatives entre el projecte, l'ordenança i, finalment, la llei de ratificació, la qual cosa el porta a constatar que constitueixen vertaderes reformes de la mateixa reforma.

El segon capítol és a càrrec de Josep Maria Valls i Xufré, notari de Barcelona, i se centra en l'anàlisi del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, en vigor des de l'1 de gener de 2018. En concret, els comentaris s'adrecen majoritàriament a la venda i el mandat, continguts en els dos primers capítols. Així doncs, en primer lloc l'autor analitza de manera sistemàtica els articles relatius al contracte de compravenda, la compravenda del consumidor, els remeis disponibles en cas d'incompliment, la resolució del

contracte i el dipòsit de seguretat. També dedica diversos apartats a l'estudi de l'avantatge injust, la lesió en més de la meitat i la venda a carta de gràcia dels articles 621-45, 621-46 i 621-55 CCCat, respectivament. Valls evidencia en tot moment la influència dels principis del marc comú de referència que inspiraren la redacció del llibre sisè i observa la tendència del dret europeu a avançar en l'afavoriment dels elements subjectius per a facilitar la resolució de conflictes —com ara l'avantatge injust—, amb la qual cosa s'acosta a un model de tipus jurisprudencial més pròxim al dret anglosaxó. A continuació analitza les especificitats de la venda de béns immobles contingudes en els articles 621-49, 621-54 i 631-51 CCCat, l'intercanvi de l'article 621-56 CCCat i la cessió de la propietat o del dret a l'explotació urbana a canvi d'una construcció futura de l'article 621-58 CCCat. Per a acabar, s'adreça al mandat i al poder preventiu regulats en el capítol segon del llibre sisè i en el llibre segon, respectivament.

Del tercer capítol se n'ocupa la Dra. Juana Marco Molina, professora de dret civil de la Universitat de Barcelona. Marco presenta una anàlisi de la proposta espanyola per a un nou Codi civil espanyol i el seu contrapunt a la ja esmentada Ordenança de 10 de febrer de 2016 sobre la reforma del dret contractual francès del *Code civil*. D'aquesta manera, la Dra. Marco estudia la *Propuesta de Código civil* de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil; concretament, les normes relatives a la formació del contracte, contingudes en el capítol II, títol II, del llibre cinquè, que redactà ella mateixa. Les normes beuen de textos destinats a la modernització del dret de contractes; més concretament, prenen com a guia les normes internacionals de dret contractual harmonitzat o uniforme, en contraposició amb la reforma francesa, on, d'acord amb l'autora, resulta difícil trobar-hi rastre d'aquestes. En relació amb la conclusió del contracte, destaca tres trets característics: en primer lloc, la pèrdua d'exclusivitat del model codificat de perfecció contractual basat en el concurs de l'oferta i l'acceptació, i a diferència de la normativa francesa, on no es preveu cap excepció, la proposta de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil reconeix que hi ha certes situacions pràctiques on no es permet identificar una fase ordenada d'oferta i acceptació; en segon lloc, la interpretació objectiva o raonable de la intenció de vincular-se contractualment (conductisme) i, finalment, el foment de la celebració del contracte en favor de la cadena d'intercanvis. En conclusió, les regles incorporades a la proposta de reforma elaborada comparteixen l'objectiu d'estimular o facilitar la celebració del contracte.

La Dra. Elena Lauroba, professora de dret civil de la Universitat de Barcelona, dedica el capítol següent a analitzar el contracte i les classificacions contractuals del Codi civil francès una vegada aprovada l'ordenança del 2016. Lauroba comença per analitzar el concepte de *contracte* en el *Code civil* (art. 1101), del qual fa un examen detallat de les modificacions que ha patit respecte a la versió continguda en el mateix article 1101 del *Code civil* del 1804. A continuació estudia les noves classificacions a les quals s'ha obert la reforma. L'autora critica la presència, malgrat la voluntat modernitzadora del legislador francès, d'algunes deficiències. Finalment, fa sortir a la palestra la posició contradictòria dels principis de llibertat contractual, força obligatòria

dels contractes i bona fe contractual, que perden la condició de principis rectors per a evitar concedir discrecionalitat als òrgans judicials tot i romandre en el Codi com a principis destinats a facilitar la interpretació de totes les normes aplicables al contracte i davant la necessitat d'omplir llacunes.

El cinquè capítol correspon a la ponència de Guillaume Wicker, professor de la Universitat de Bordeus, que hi estudia la causa, element essencial del contracte, i la seva configuració en la modificació del *Code Civil*, atesa la voluntat del legislador francès de deixar de recórrer-hi. D'aquesta manera, Wicker constata que l'objectiu de la reforma era eliminar la paraula *causa* i alhora incloure tot un seguit de disposicions especials encarregades de consagrar les solucions deduïdes prèviament de manera jurisprudencial i basades essencialment en aquella. Wicker estudia les funcions essencials de la causa —control de la legalitat del contracte i control de la racionalitat inicial del compromís tant en els contractes a títol onerós com en els contractes a títol gratuït— en la formació del contracte per tal d'argumentar que la seva expulsió és un mer formalisme i que la seva presència és constant en els textos promulgats per l'Ordenança de 10 de febrer de 2016.

Tot seguit, la Dra. Lúdia Arnau Raventós, professora de dret civil de la Universitat de Barcelona, aporta a l'obra un treball de comparació i anàlisi de les disposicions del *Code Civil* i del Codi civil de Catalunya relatives a la protecció eficaç de la formació del consentiment en matèria contractual. En concret, les relatives a la violència invalidant del consentiment, al desequilibri objectiu en els contractes d'adhesió (art. 1143 i 1171 del *Code Civil*) i a l'avantatge injust (art. 621-45 CCCat). Arnau constata que la insuficiència dels remeis clàssics dels vicis del consentiment ha donat lloc a la irrupció de nous mecanismes de protecció observables tant durant la fase precontractual com una vegada ja s'ha emès el consentiment. Models que són adoptats, a tall d'exemple, per l'article 1122 del *Code civil*. La violència econòmica, de manera paral·lela, també avala la hipòtesi de la insuficiència de la formulació tradicional dels vicis del consentiment. La Dra. Arnau finalitza amb un treball d'anàlisi de les disposicions del *Code Civil* i del Codi civil de Catalunya receptores d'aquest concepte.

Ocupa el setè capítol de l'obra la capacitat del menor d'edat per a contractar en els codis civils francès, espanyol i català, a càrrec de la Dra. M. Esperança Ginebra Molins, professora de dret civil de la Universitat de Barcelona. En aquest treball, la Dra. Ginebra Molins contrasta la regulació del *Code civil* i la del Codi civil espanyol, així com la del Projecte de llei de reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en exercici de la seva capacitat jurídica i la *Propuesta de Código civil* de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil respecte a aquesta qüestió, i finalment se centra en la regulació continguda en el llibre segon del Codi civil de Catalunya i en les possibles línies d'implementació en el títol I del llibre sisè, dedicat a les disposicions generals.

El vuitè i el novè capítols són a càrrec de Nicolas Ferrier, professor de la Universitat de Montpeller, i el Dr. José Manuel Busto Lago, professor de la Universitat de

la Corunya. S'ocupen d'analitzar la cessió del contracte, del crèdit i del deute en els drets francès i espanyol, respectivament. Ferrier analitza el contingut i els efectes de les tres figures en el nou *Code Civil*, mentre que Busto ho fa respecte a la regulació proposada en la *Propuesta de Código civil* de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil. Paral·lelament, Nathalie Picod, professora de la Universitat de Tolosa, i Marcos A. López Suárez, professor de la Universitat de la Corunya, dediquen els capítols desè i onzè a la *remise de dette*, l'equivalent francès a la condonació del deute, que per primer cop té una definició expressa en el dret contractual francès. Picod se centra en la nova regulació francesa, que des de l'Ordenança de 10 de febrer de 2016 constitueix un mecanisme extintiu consagrat com a contracte extintiu. L'autora mostra en tot moment una visió crítica d'aquesta deriva normativa, que acusa d'«insuffisamment éclairante» atesa la seva falta de concreció en aspectes com, per exemple, la naturalesa del contracte o l'abast i les modalitats del lliurament del deute. López fa una anàlisi acurada del règim jurídic d'aquesta figura en el dret espanyol i fa referència a la ja esmentada *Propuesta de Código civil* de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En un altre ordre de coses, el Dr. Albert Ruda González, professor de dret civil de la Universitat de Girona, tracta la qüestió de la nova configuració dels remeis contractuals arran de les modificacions realitzades per la reforma del dret contractual francès. Ruda, per una banda, duu a terme un treball d'anàlisi comparativa entre el nou *Code Civil*, el Codi civil espanyol i els projectes de reforma, en especial la *Propuesta de Código civil* de l'Asociación de Profesores de Derecho Civil i la regulació dels remeis en la normativa catalana continguda en el llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Frédéric Leclerc, professor de la Universitat de Perpinyà, per altra banda, analitza la nova configuració del dret a l'execució forçosa que pot imposar el creditor directament al deutor en mora, consagrat en el nou article 1221 del *Code civil*. L'autor confronta la configuració legal actual amb l'anterior i discuteix sobre la profunditat de les reformes, de les quals acaba conclouent que és més adequat parlar d'una permanència relativa que no pas d'una evolució de l'una respecte a l'altra.

Jérôme Julien, professor de la Universitat de Tolosa, dedica un capítol a la restitució. En concret, se centra en la restitució derivada de l'extinció del contracte en contraposició amb la que es deriva de l'execució. Julien estudia, en primer lloc, l'extinció del contracte regulat en els articles 1352 i següents del *Code civil* que dona lloc a la restitució, i després analitza la finalitat i la configuració d'aquesta.

A continuació, la Dra. Chantal Moll de Alba, professora de dret civil de la Universitat de Barcelona, examina la construcció jurisprudencial de la clàusula *rebus sic stantibus* en el dret espanyol. En aquest sentit, Moll estudia els fonaments jurídics del Codi civil espanyol que permeten acceptar l'aplicació de l'esmentada clàusula *rebus sic stantibus* i provocar, d'aquesta manera, la ruptura del principi *pacta sunt servanda*, a saber, la regulació de la causa, la bona fe contractual i la imprevisibilitat. Tot seguit estudia l'aplicabilitat de la clàusula d'acord amb el tractament que li ha donat la jurisprudència espanyola, segons la qual només es pot aplicar a determinats contractes que

compleixin les condicions de tracte successiu, d'esdeveniment d'onerositat excessiva per a una de les parts o d'imprevisibilitat de les circumstàncies, entre d'altres. L'auto-ra finalitza amb una breu reflexió sobre el model adoptat respecte a aquesta qüestió per la reforma francesa i la possibilitat que aquesta esdevingui un model per al dret espanyol.

Marcel Sousse, professor de la Universitat de Perpinyà Via Domitia, analitza els efectes que la reforma francesa ha tingut sobre els contractes administratius. Sousse constata que la reforma, tot i que no afecta directament el dret administratiu, tampoc no li és del tot aliena i es poden observar convergències en diferents plans, com en el mateix concepte de *contracte*, la formació i les condicions de la seva vigència, l'execució o la seva finalització, entre d'altres.

Rémy Cabrillac, professor de la Facultat de Dret i de Ciències Polítiques de la Universitat de Montpeller, analitza la reforma francesa del *Code civil* des del punt de vista del dret comparat. Així doncs, Cabrillac analitza qüestions com ara l'abandonament formal de la noció de *causa*, la teoria de la imprevisibilitat —acollida per primer cop en l'ordenament jurídic francès— o l'avantatge injust, i les connexions d'aquests amb els ordenaments estrangers i en especial amb els Principis del Dret Europeu de Contractes (*Principles of European Contract Law*) i el marc comú de referència.

Finalment, tanca l'obra el Dr. Pedro Robles Latorre, professor de la Universitat CEU-San Pablo, amb una ponència relativa als danys ocasionats a tercers i derivats de l'execució d'un contracte. Robles realitza el seu estudi des de l'òptica del dret de la competència espanyol i analitza la relació en aquest camp entre dret públic i dret privat i els efectes d'aquests en la protecció dels consumidors.

Antoni Mut Piña
Investigador predoctoral de dret civil
Universitat de Barcelona

ESTHER ARROYO AMAYUELAS I SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(COORD.), *EL DERECHO PRIVADO EN EL NUEVO PARADIGMA
DIGITAL*, MADRID, COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA I
MARCIAL PONS, 2020, 526 PÀGINES

El dret privat europeu i, en particular, el dret contractual s'enfronten a la seva revisió com a conseqüència del nou paradigma digital que afecta les bases dels contractes. En aquest sentit, el congrés coorganitzat el passat mes d'octubre de 2019 per la càtedra Jean Monnet de la Universitat de Barcelona i pel Col·legi de Notaris de Catalunya en el marc del Projecte I+D+I DER2017-84748-R, ha donat lloc a l'obra dirigida per la Dra. Esther Arroyo Amayuelas i pel Dr. Sergio Cámara Lapuente titulada *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*. L'obra recull els treballs que diferents professors internacionals i nacionals van defensar en el marc del congrés celebrat que duia el mateix nom, tot abordant els reptes als quals s'enfronta el dret privat europeu com a conseqüència del nou paradigma digital que s'està instaurant i que afecta el dret contractual europeu. L'obra es divideix en cinc capítols temàtics que agrupen els diversos treballs.

El primer capítol, que es titula «Contratos sobre contenidos digitales, servicios digitales y compraventa de bienes de consumo», té per objecte els treballs que aborden l'anàlisi de les noves directives europees publicades en el *Diari Oficial de la Unió Europea* el passat mes de maig de 2019. Em refereixo a la Directiva 2019/771/UE, de 20 de maig, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns (en endavant, DCCB), i a la Directiva 2019/770, de 20 de maig, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals (en endavant, DCSD). L'adopció d'aquestes dues noves directives germanes s'emmarca en l'Estratègia per al Mercat Únic Digital (*Digital Single Market Strategy*) que va emprendre el desembre del 2015 la Comissió Europea, llavors dirigida pel seu president, Jean-Claude Juncker. En el marc d'aquesta estratègia, la Comissió Europea va anunciar un conjunt de mesures per a fer front als reptes que planteja la revolució digital, amb el clar objectiu de convertir el comerç electrònic en un motor de creixement econòmic i de promoure un marc legal eficient que eviti la desconfiança dels consumidors en les compravendes en el si de la Unió Europea i estableixi un règim jurídic uniforme per a les compravendes de béns de consum i el subministrament de continguts i serveis digitals.

Jorge Morais Carvalho, professor de la Facultat de Dret de la Universitat Nova de Lisboa, ha escrit el primer treball que incorpora el primer capítol de l'obra. L'autor ens presenta les principals novetats que introdueixen la DCCB i la DCSD amb un enfocament crític respecte de la versió d'ambdues directives adoptada finalment.

Podem destacar la crítica de l'autor sobre el nivell d'harmonització màxima que presenten les dues directives aprovades. Particularment, la DCCB, que deroga la Directiva 1999/44/CE, del 25 de maig, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum, adoptava un nivell mínim d'harmonització que va donar lloc a nivells desiguals de protecció dels consumidors en els diferents estats membres. Com a conseqüència de l'harmonització màxima que adopta la DCCB, el nivell de protecció dels consumidors en alguns estats membres es veurà reduït, i Morais Carvalho esmenta el cas del seu estat d'origen, Portugal.

Els nous criteris per a determinar la conformitat dels béns i dels continguts i serveis digitals són estudiats pel professor Christian Twigg-Flesner en l'article que s'inclou en el primer capítol de l'obra recensionada i titulat «Conformity of goods and digital content/digital services». Després de justificar la necessitat que hi hagi uns criteris subjectius i uns criteris objectius per a determinar una eventual falta de conformitat dels béns i continguts o serveis digitals adquirits pels consumidors, l'autor exposa les principals novetats que incorporen la DCCB i la DCSD i es mostra crític amb els textos adoptats finalment.

Per la seva banda, la professora Lídia Arnau Raventós ha escrit l'article «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», sobre la falta de conformitat i els remeis que hi ha a l'abast dels compradors i els venedors en el cas dels contractes de compravenda amb pluralitat d'objectes, ja siguin de la mateixa naturalesa (pluralitat objectiva simple), ja siguin de diferent naturalesa (pluralitat objectiva complexa), amb diverses prestacions. Es tracta d'una qüestió que no aborden directament la DCCB i la DCSD, però, contràriament al que es preveia en la Directiva 1999/44/CE, sí que es desprèn de l'articulat d'ambdues directives una major receptivitat dels textos per a enfrontar-se al problema de les faltes de conformitat en els contractes de compravenda amb diverses prestacions.

Cal destacar la crítica que fa l'autora sobre la manca de coordinació interna entre els textos de la DCCB i la DCSD a l'hora d'enfrontar-se al problema de la falta de conformitat en els contractes amb una pluralitat objectiva d'objectes. En aquest sentit, l'article 16.2 DCCB és l'únic que es refereix a aquest problema de manera directa, si bé a partir del precepte no s'arriben a comprendre els efectes de la resolució del contracte com a remei davant la manca de conformitat en aquests contractes. Per la seva banda, l'article 13.6 DCCB incorpora el remei de la suspensió del compliment de les obligacions del comprador quan el venedor ha incomplert la seva obligació consistent a lliurar el bé conforme al contracte de compravenda. No obstant això, tampoc no es regulen els efectes d'aquest remei en els contractes amb una pluralitat objectiva d'objectes. El que és més sorprenent és que la DCSD, que en els seus articles no preveu res sobre aquest problema, sigui més clara que la DCCB. Finalment, l'autora acaba plantejant la dificultat d'esmenar la manca d'equivalència dels textos de les directives a través de la seva transposició en els ordenaments jurídics interns dels estats membres, atès el caràcter d'harmonització màxima d'ambdues directives.

El primer capítol de l'obra recensionada acaba amb una contribució de la professora Beate Gsell: «Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects». Principalment, l'autora se centra en la crítica del diferent règim jurídic que estableixen la DCCB i la DCSD en relació amb el període de responsabilitat dels venedors de béns amb continguts o serveis digitals, quan aquests últims són subministrats en un únic acte o de manera successiva en el temps, segons les estipulacions contingudes en el contracte de compravenda dels béns. L'autora destaca que el subministrament continuat de continguts o serveis digitals afavoreix el consumidor respecte de les compravendes d'aquest tipus de béns quan els continguts o serveis digitals són subministrats en un únic acte. A continuació l'autora estableix quins paràmetres haurien de tenir en consideració els estats membres quan transposin la DCCB i la DCSD en els ordenaments jurídics respectius respecte dels terminis de prescripció dels remeis que estableixen les directives per a esmenar les faltes de conformitat dels béns o dels continguts o serveis digitals. A més, l'autora es qüestiona fins a quin punt el principi d'harmonització màxima de les directives és compatible amb l'habilitació expressa dels estats membres per a mantenir altres règims de responsabilitat, com els vicis ocults (considerant 18 DCCB), quan el comprador sigui un consumidor.

El segon capítol de l'obra, titulat «Destino de los datos personales y servicios digitales: ¿comercio o/y protección?», aborda, sobretot, els reptes principals als quals s'enfronta el dret contractual europeu com a conseqüència dels nous models de negoci que es basen en transaccions i subministraments de serveis i continguts digitals que, alhora, poden comprometre les dades personals dels consumidors. En aquest sentit, el tercer capítol de l'obra se centra en l'estudi d'alguns aspectes de la DCSD i en la seva relació amb el Reglament general de protecció de dades (en endavant, RGDP).

El primer treball que incorpora aquest capítol de l'obra es titula «Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales» i el signa l'autor Axel Metzger. L'article tracta tres grans qüestions. En primer lloc, l'autor destaca el canvi de paradigma que representa la nova DCSD, ja que s'aplicarà en qualsevol contracte en què el subministrament de continguts o serveis digitals es faci a canvi del pagament d'un preu o a canvi d'una contraprestació no dinerària, com ara la recopilació de dades personals de l'usuari. En segon lloc, l'autor es planteja el paper dels drets contractuals dels estats membres en la transposició de la DCSD. Tot i que queda clar, segons el considerant 24 DCSD, que la Directiva s'aplica als contractes en virtut dels quals l'empresari subministra o es compromet a subministrar continguts o serveis digitals al consumidor, la DCSD no regula què s'ha de considerar contracte i què no, ni, entre altres qüestions, els requisits de l'oferta, l'acceptació o la causa dels contractes de subministrament de serveis i continguts digitals. Totes aquestes qüestions depenen del dret contractual dels estats membres, cadascun amb la seva tradició i elements propis. Finalment, l'autor posa de manifest alguns riscos i disfuncions del mercat de les dades personals, com

l'escassa competència que hi ha en aquest mercat entre els seus operadors principals (Google, Apple, Facebook, Amazon) i, per tant, les dificultats del dret de la competència per a fer aquest mercat més competitiu o les dificultats per a assolir un nivell asimètric o equiparable d'informació entre els consumidors i els empresaris a causa de les condicions generals de la contractació d'aquests negocis.

El segon treball que incorpora el segon capítol de l'obra es titula «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales» i el signa el Dr. Sergio Cámara Lapuente. L'article s'ocupa de les previsions contingudes en la DCSD sobre la destinació dels continguts generats pels usuaris de serveis digitals. Així doncs, en primer lloc l'autor es planteja, arran del caràcter d'harmonització màxima de la DCSD, quines facultats tenen els estats membres per a expandir les regles de la DCSD sobre el destí de les dades en els casos d'extinció del contracte diferents de la resolució contractual. A continuació l'autor fa una comparació entre l'abast dels drets reconeguts en el RGPD i els reconeguts en la DCSD, repassa l'evolució legislativa dels drets reconeguts i estudia les diferències entre les dades objecte de disposició pels seus titulars en el RGPD i la DCSD. Finalment, l'autor explica com es reproduïxen a la pràctica els drets reconeguts als consumidors en les condicions generals de la contractació dels contractes de les principals plataformes de continguts i serveis digitals.

El tercer treball es titula «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales» i la seva autora és la Dra. Rosa María García Pérez. L'autora aborda la imbricació del dret fonamental a la protecció de dades en els contractes de subministrament de serveis i continguts digitals de l'àmbit de la DCSD. En una part important de l'article, l'autora es qüestiona quines bases jurídiques legitimadores del tractament de dades personals del RGPD (art. 6 RGPD) legitimen que l'empresari tracti dades personals facilitades pels consumidors amb finalitats diferents del subministrament de continguts o serveis digitals. Destaca l'enfocament pràctic d'aquesta qüestió sobre la base de les clàusules de privacitat de les principals plataformes tecnològiques, i precisament aquest estudi pràctic acaba demostrant la possibilitat de legitimar el tractament de les dades personals facilitades pels consumidors amb finalitats diferents del subministrament de continguts o serveis digitals en funció de diverses bases de legitimació de l'article 6 RGPD. En segon lloc, l'autora es qüestiona com els principis i les obligacions que el RGPD imposa al responsable del tractament afecten l'examen de la conformitat amb el contracte de les prestacions digitals.

Finalment, el tercer capítol conclou amb el treball de la Dra. Maria Esperança Ginebra Molins titulat «Voluntades digitales: disposiciones *mortis causa*». L'autora estudia, des d'un punt de vista comparat, quines són les solucions legislatives que diferents estats d'arreu del món han donat al tractament del rastre digital i el patrimoni digital després de la defunció dels particulars. Les diverses normes existents

en el panorama internacional sobre aquesta matèria posen de manifest la tensió que es produeix entre el vessant patrimonial del patrimoni digital del causant i el vessant personal, especialment pel que fa a la protecció de la intimitat, la privacitat i les dades de caràcter personal. D'acord amb aquests dos vessants del patrimoni digital, els estats que han regulat aquesta matèria han donat primacia a un d'aquests dos vessants. Finalment, l'autora exposa els principals trets de la Llei catalana 10/2017, de 27 de juny, relativa a les voluntats digitals, i de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals.

El tercer capítol de l'obra, que es titula «Comercio electrónico y mercados on-line», agrupa un conjunt d'articles sobre temàtiques diverses, com ara les plataformes intermediàries proveïdores de serveis en línia, qüestions de dret internacional privat i l'estat de *flow* que experimenten els consumidors en el comerç electrònic.

En primer lloc, trobem l'article de la doctoranda Joana Campos Carvalho: «On-line platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe». L'article analitza el concepte de *plataforma intermediària proveïdora de serveis en línia* i exposa que en el marc de la contractació de serveis hi ha tres contractes diferents: 1) entre la plataforma intermediària i l'empresari; 2) entre la plataforma i el consumidor, i 3) entre l'empresari i el consumidor, que és el contracte principal fruit dels altres contractes. Cal destacar l'anàlisi que fa l'autora sobre la naturalesa jurídica de les diferents relacions jurídiques que neixen en el marc d'aquest nou model de contractació i la constatació de les dificultats per a emmarcar aquests contractes dins el concepte de *mandat* o de *clàusula per tercer que es designarà*. L'article també recull els pronunciaments del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) sobre aquesta matèria, que també són un reflex de la complexitat i el caràcter disruptiu del fenomen segons el dret contractual europeu tradicional. Finalment, l'autora exposa les iniciatives legislatives existents en el si de la Unió Europea per a regular aquesta matèria.

El segon treball que s'inclou en el tercer capítol de l'obra es titula «El reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado y la aplicación de las normas de derecho internacional privado a los contratos de consumo concluidos por vía electrónica» i n'és l'autor el Dr. Raúl Lafuente Sánchez. L'autor posa de manifest les barreres que en els últims anys els prestadors de serveis en línia han posat al lliure comerç en el marc de la Unió Europea i que han desembocat en una discriminació del consumidor per diferents criteris (lloc de residència, nacionalitat, llengua, etc.). A continuació l'autor presenta les principals novetats que incorpora el Reglament (UE) 2018/302, del Parlament Europeu i del Consell, de 28 de febrer de 2018, sobre mesures destinades a impedir el bloqueig geogràfic injustificat. Un cop feta la presentació del Reglament de bloqueig geogràfic injustificat i del context en el qual s'emmarca, l'autor se centra en l'estudi de la interacció d'aquest reglament amb les normes del dret internacional privat, concretament amb el Reglament de Brussel·les I Bis i el Reglament Roma I. Destaca l'anàlisi del concepte «d'activitats dirigides a l'estat membre del domicili o

residència habitual del consumidor» que utilitza la legislació de dret internacional privat i com aquest concepte ha estat interpretat pel TJUE a l'efecte de protegir els consumidors. Finalment, l'autor posa llum en la relació que es produeix entre el nou reglament de bloqueig geogràfic injustificat i les normes del dret internacional privat, especialment sobre com els indicis que el TJUE ha determinat com a reveladors que uns prestadors de serveis en línia que dirigeixen les seves activitats cap a un estat membre, s'imbriquen en les diferents prohibicions de bloqueig geogràfic injustificat. L'autor conclou que l'aplicació del Reglament sobre bloqueig geogràfic injustificat és plenament compatible amb les normes del dret internacional privat i amb el respecte a la llibertat contractual de les empreses per a desenvolupar les seves activitats comercials.

El tercer capítol de l'obra acaba amb un article del catedràtic Agustín V. Ruiz Vega: «El estado de *flow* y comercio electrónico: ¿existen diferencias en la conducta de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado?». L'article analitza els factors que contribueixen al fet que els consumidors es trobin en un estat de *flow* quan compren en línia, és a dir, els factors que fan que el consumidor gaudeixi del procés de compra fins al punt de quedar abduït pel procés. En aquest article l'autor publica els resultats d'un estudi empíric que s'ha dut a terme per tal d'estudiar les variables que condicionen l'estat de *flow* dels consumidors a l'hora de contractar béns i serveis en línia. L'autor conclou que els consumidors assolixen l'estat de *flow* d'una manera diferent quan operen en línia segons el dispositiu electrònic utilitzat en la contractació. D'altra banda, l'autor també destaca la despreocupació dels usuaris per la protecció de les seves dades personals.

El quart capítol agrupa un conjunt de treballs sobre les plataformes d'intermediació i la propietat intel·lectual. El primer treball que recull el capítol es titula «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?» i n'és l'autora la professora Esther Arroyo Amayuelas. Al llarg de l'article aquesta posa de manifest que, tot i que fa tot just deu anys que la Directiva 2000/31/CE està en vigor, la ràpida evolució de les noves tecnologies i dels serveis digitals que han sorgit fa que sigui necessària una reforma profunda per part de la nova Comissió Europea que satisfaci tots els interessos que hi ha en joc (protecció de les víctimes de conductes il·lícites que tenen lloc a Internet, els drets a la llibertat d'expressió i d'empresa, i el negoci d'Internet). En aquest sentit, l'autora exposa les directrius d'un document que s'ha filtrat amb les notes d'una futura directiva de serveis digitals que hauria de substituir en els propers anys la Directiva 2000/31/CE.

A continuació trobem l'article del professor Gerald Spindler, «¿Compartir contenidos en línea o no? Un análisis del artículo 17 de la Directiva sobre propiedad intelectual en el mercado único digital», que duu a terme una anàlisi extensa de l'article 17 de la Directiva (UE) 2019/790, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 d'abril de 2019. El més destacable d'aquest treball és l'exposició del joc d'equilibris que ha fet el legislador europeu a l'hora de limitar els drets dels tres col·lectius afec-

tats: els prestadors de serveis que permeten compartir continguts digitals, els usuaris d'aquests serveis i els titulars de drets de propietat intel·lectual. Aquesta qüestió no és intranscendent, ja que les limitacions de drets que incorpora la Directiva (UE) 2019/790 poden afectar alguns drets dels usuaris reconeguts en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, o bé poden ensorrar el negoci d'Internet si aquest deixés de ser rendible per als prestadors de serveis a causa de la imposició de mesures de control excessives. En aquest sentit, la jurisprudència del TJUE tampoc no ha contribuït a establir uns criteris d'interpretació uniformes. Finalment, ara correspon als estats membres transposar la norma en els seus ordenaments jurídics respectius, però l'autor alerta que el caràcter d'harmonització màxima de la Directiva (UE) 2019/790 limita les possibilitats dels estats d'aclarir determinats aspectes de l'article 17 de la Directiva (UE) 2019/790.

Finalment, el quart capítol de l'obra finalitza amb l'article del professor José Manuel Ventura Ventura titulat «Las editoriales de publicaciones de prensa, nuevos titulares de viejos derechos de propiedad intelectual». L'article comença fent-se ressò de les antigues reivindicacions de les editorials de publicacions de premsa en matèria de propietat intel·lectual. No obstant això, les reivindicacions de les editorials de premsa no han estat escoltades per la Comissió Europea fins l'any 2016, quan, en el marc de l'estratègia per al mercat únic digital d'Europa, es va consultar les editorials de premsa sobre la protecció dels seus drets de propietat intel·lectual. El resultat d'aquesta consulta ha donat lloc al nou article 15 de la Directiva (UE) 2019/790, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 d'abril de 2019. A partir d'aquí, l'article recensionat posa llum al contingut dels drets de les editorials de premsa, d'acord amb els considerants que la mateixa directiva dedica a aquesta matèria. Per acabar, l'autor es planteja quines seran les conseqüències de la transposició de l'article 15 de la Directiva (UE) 2019/790 a l'ordenament jurídic espanyol. En aquest sentit, l'autor defensa la derogació de l'article 32.2 del text refós de la Llei de propietat intel·lectual.

L'obra acaba amb un cinquè capítol dedicat al tractament de la identitat digital en els serveis financers i la conducció autònoma, dos reptes als quals s'ha d'enfrontar la Unió Europea en els propers anys.

El primer article de l'últim capítol es titula «Regulation of electronic identification in financial services: digital identity and financial inclusion dimensions» i és escrit per Lina Dagilienė i Paulius Astromskis. L'article està dividit en tres seccions. En primer lloc, els autors expliquen i defensen les iniciatives d'algunes institucions per a crear una veritable identitat digital dels individus que contribueixi a la seva inserció social i econòmica. En aquest sentit, els autors expliquen que el 20% de la població global no té cap document expedit per cap autoritat governamental que en certifiqui la identitat. Això fa que 1,5 bilions de persones no puguin acreditar la seva identitat. En segon lloc, els autors fan un repàs de l'evolució legislativa de la regulació de la identificació electrònica en el si de la Unió Europea, començant per la Declaració número 12 de 1988 del Comitè Econòmic i Social, per la qual s'obligava les entitats

financeres a identificar els seus clients fins a l'aprovació de la Directiva 2018/843, de 30 de maig de 2018, relativa a la prevenció de l'ús del sistema financer per al blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme. Finalment, els autors fan un seguit de recomanacions per a la futura regulació de la identitat digital, que es fonamentaria en diferents indicadors biomètrics dels individus i en la tecnologia de nusos o *blockchain*.

La professora Mónica Navarro-Michel estudia en el seu article «La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos» quines són les reformes legislatives que la Unió Europea ha d'adoptar en el futur per a regular degudament el fenomen de la conducció autònoma. En primer lloc, exposa que no solament les normes relatives als accidents de trànsit serien aplicables en aquesta matèria, sinó que altres normes, com la relativa als productes defectuosos, podrien oferir una major protecció a la víctima en termes de rescabament dels danys. Altres autors defensen l'aplicació de les normes sobre responsabilitat per danys causats per animals o responsabilitat per un fet aliè. En segon lloc, l'autora distingeix els conceptes de *vehicle autònom*, *vehicle automatitzat* i *vehicle connectat*, i exposa els trets característics dels diferents nivells d'automatització dels vehicles. Però el que més destaca de l'article recensionat és l'examen dels subjectes responsables en els accidents de circulació de vehicles autònoms. El fet que aquest tipus de vehicles puguin circular sense conductor comporta que sigui necessària una reforma legislativa per a identificar qui és el conductor d'aquest tipus de vehicles, que pot només haver d'intervenir en casos d'emergència per a anul·lar la conducció autònoma i assumir la conducció automàtica del vehicle. Finalment, l'article acaba amb l'exposició de les primeres reformes legislatives que s'han dut a terme en països de la Unió Europea per a modificar les legislacions de trànsit respectives (Alemanya i el Regne Unit).

Guillem Izquierdo Grau
Doctor en dret

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.

