

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

Volum 22, 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 22, 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: desembre de 2020

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

En record del Dr. Antoni Mirambell i Abancó, <i>per Pedro del Pozo Carrascosa</i>	7
--	---

ESTUDIS

Integració contractual de clàusules abusives: el cas de la clàusula de venciment anticipat en préstecs hipotecaris, <i>per Rosa Milà Rafel</i>	11
---	----

La reforma de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social i altres novetats del DL 17/2019. Una anàlisi des del dret privat, <i>per Idoia Elizalde Salazar i Laura Esteve Alguacil</i>	39
---	----

Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el dret civil de Catalunya, <i>per Antoni Vaquer Aloy</i>	77
---	----

La conformitat del dret civil català al dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de dret no conforme, <i>per Lúdia Arnau Raventós</i>	107
---	-----

Particularidades del ejercicio de la acción reivindicatoria contra los ayuntamientos y otros entes de la Administración local: un estudio desde el doble prisma del derecho civil y del derecho administrativo, <i>per Enrique Peruga Pérez</i>	147
--	-----

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, 209
per Rosa Barceló Compte

Recull de sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, 235
per Marta Mingot Torra

MISCEL·LÀNIA

Ressenya de la Jornada «Previsió i transmissió intergeneracional 247
del patrimoni al marge de la successió»,
per Rubén Mendiola Oliva

Reseña del Congreso «El derecho privado en el nuevo paradigma digital», 250
per María Eugenia Gutiérrez

EN RECORD DEL DR. ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ

El passat 21 d'octubre va morir el Dr. Antoni Mirambell i Abancó, catedràtic de dret civil de la Universitat de Barcelona i membre del Comitè Científic de la REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT, a l'edat de seixanta-set anys.

Recordarem el Dr. Mirambell per la seva entusiasta dedicació a la universitat i al dret civil de Catalunya; els qui, a més, vam gaudir de la seva amistat, recordarem l'Antoni per la seva bonhomia, lleialtat i elegància.

Catedràtic de dret civil de la Universitat de Barcelona des de l'any 1992, el Dr. Mirambell no solament va destacar per la seva activitat docent i investigadora —la seva monografia sobre els censos en el dret civil de Catalunya ha esdevingut una obra de referència en aquesta matèria—, sinó també per la seva participació en diferents nivells de l'estructura de la Universitat de Barcelona, de la qual, entre d'altres, va ser vicerector (1999-2000) i síndic de greuges (2006-2015); en el moment del seu decés era director del Departament de Dret Privat, càrrec que ocupava des de l'any 2016.

Juntament amb la Universitat, la passió del Dr. Mirambell era el dret civil de Catalunya. El seu caràcter metòdic i reflexiu el va dur a ser un dels artífexs de la modernització i la «normalització» —com a ell li agradava dir— del nostre dret civil durant les últimes dècades. En aquesta línia, el Dr. Mirambell va ser el pioner de la normalització de l'ensenyament del dret civil català en els plans d'estudis de les nostres universitats, ja que va fer que el dret civil propi passés a tenir el lloc preferent que li correspon, com a assignatura obligatòria de Dret Civil, sense més, i abandonés la consideració de mera assignatura optativa.

El paper del Dr. Mirambell en el Codi civil de Catalunya també ha estat essencial. Des de la Llei dels censos del 1990, la seva participació en els treballs preparatoris de les lleis civils catalanes ha estat constant i, a partir de l'any 2000, arran de la creació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, fonamental. Com a president de les seccions de Dret Patrimonial (2000-2004) i d'Obligacions i Contractes (2013-2019), el Dr. Mirambell va dirigir i culminar la redacció dels llibres cinquè i sisè del nostre Codi civil, caracteritzats per un tractament modern, acurat des del punt de vista tècnic i socialment útil, de les parts més innovadores del dret civil de Catalunya com són els drets reals i els contractes.

Moltes gràcies, Antoni, per tots aquests anys de dedicació exemplar a la nostra Universitat i al nostre dret civil.

Pedro del Pozo Carrascosa
Catedràtic de dret civil
Universitat de Barcelona

La Junta de Govern d'aquesta Societat Catalana d'Estudis Jurídics ha acordat dedicar aquest volum en homenatge a la persona i l'obra del Dr. Antoni Mirambell i Abancó, catedràtic de dret civil de la Universitat de Barcelona, traspassat recentment.

ESTUDIS

INTEGRACIÓ CONTRACTUAL DE CLÀUSULES ABUSIVES: EL CAS DE LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT EN PRÉSTECES HIPOTECARIS

Rosa Milà Rafel

*Professora lectora de dret civil
Universitat Pompeu Fabra*

Resum

Aquest article té per objecte analitzar les conseqüències de la declaració d'abusivitat de les clàusules contractuals i, en especial, de la clàusula de venciment anticipat inclosa en els préstecs hipotecaris. El treball comença amb un estudi crític de la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) sobre la prohibició de la integració contractual de les clàusules abusives, així com de l'excepció reconeguda en la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 30 d'abril de 2014 (cas Kásler). En la segona part de l'article, centrada en les conseqüències de l'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat, s'analitza la STJUE de 26 de març de 2019 (cas Abanca), favorable a la integració de la clàusula esmentada sempre que el contracte no pugui subsistir sense ella i que la falta de subsistència del contracte representi per al consumidor conseqüències especialment perjudicials. El Tribunal Suprem resol definitivament la qüestió en la Sentència 463/2019, d'11 de setembre, i afirma que en el cas estudiat concorren els requisits exigits pel TJUE i que la clàusula s'ha d'integrar amb l'article 693.2 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), en la versió introduïda per la Llei 1/2013, si bé els tribunals hauran de valorar en cada cas, aplicant els requisits de l'article 24 de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari (LCCI), si l'exercici del venciment anticipat està justificat.

Paraules clau: clàusules abusives, integració contractual, nul·litat, venciment anticipat, préstec hipotecari, Directiva 93/13.

INTEGRACIÓN CONTRACTUAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: EL CASO DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Resumen

Este artículo tiene por objeto analizar las consecuencias de la declaración de abusividad de las cláusulas contractuales y, en especial, de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en los préstamos hipotecarios. El trabajo comienza con un estudio crítico de la doctrina del TJUE sobre la prohibición de la integración contractual de las cláusulas abusivas, así como de la excepción reconocida en la STJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler. En la segunda parte del artículo, centrada en las consecuencias de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, se analiza la STJUE de 26 de marzo de 2019, caso Abanca, favorable a la integración de la citada cláusula siempre que el contrato no pueda subsistir sin ella y que la falta de subsistencia del contrato suponga para el consumidor consecuencias especialmente perjudiciales. El Tribunal Supremo resuelve definitivamente la cuestión en la Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, afirmando que en el caso estudiado concurren los requisitos exigidos por el TJUE y que la cláusula se integrará con el artículo 693.2 LEC, en su versión dada por la Ley 1/2013, si bien los tribunales deberán valorar en cada caso, aplicando los requisitos del artículo 24 LCCI, si el ejercicio del vencimiento anticipado está justificado.

Palabras clave: cláusulas abusivas, integración contractual, nulidad, vencimiento anticipado, préstamo hipotecario, Directiva 93/13.

CONTRACT INTEGRATION OF UNFAIR TERMS: THE CASE OF THE ACCELERATED REPAYMENT CLAUSE OF MORTGAGE LOAN CONTRACTS

Abstract

The aim of this article is to analyse the consequences to be drawn from the finding that a contractual term is unfair, especially considering the case of the accelerated repayment clause included in mortgage loan contracts. The work begins with a critical study of the CJEU doctrine which precludes substituting the unfair term by a national provision, as well as the exception recognized in the CJEU judgment of April 30, 2014, Kásler. In a second part of the article, focused on the consequences of the unfairness of the accelerated repayment clause included in mortgage loan contracts, the CJEU judgment of March 26, 2019, Abanca, is analysed. According to this judgment, national courts can replace the unfair term, provided that the contract cannot continue in existence if that unfair term is removed, and that the annulment of the contract in its entirety would expose the consumer to particularly unfavourable consequences. The Spanish Supreme Court definitively resolves the issue, in judgment 463/2019, of September 11, stating that in the case studied the requirements stipulated by the CJEU are met and that the unfair term should be replaced with the article 693.2 LEC, as amended by Act 1/2013, although courts must assess, in each case, whether the exercise of the

right of the seller to call in totally of the loan is justified, applying the requirements of article 24 LCCI.

Keywords: unfair terms, contract integration, contract annulment, accelerated repayment, mortgage loan contract, Directive 93/13.

1. LA PROBLEMÀTICA DE LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT EN ELS PRÉSTECES HIPOTECARIS

Aquest article té per objecte analitzar les conseqüències de la declaració d'abusivitat de les clàusules contractuals i, en especial, de la clàusula de venciment anticipat en els préstecs hipotecaris celebrats amb consumidors. En particular, analitza críticament la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i del Tribunal Suprem espanyol sobre la qüestió.

Les clàusules de venciment anticipat incloses en els contractes de préstec hipotecari amb l'obligació de devolució ajornada faculten el creditor per a reclamar, abans del venciment del termini pactat, la totalitat d'allò degut en concepte de capital i interessos, en cas que es donin determinades circumstàncies que posin en risc el recobriment de la quantitat donada en préstec, de manera que el deutor perd el dret a utilitzar el termini. El venciment anticipat del préstec pot estar fonamentat en la llei o en el mateix contracte.¹ L'article 1129 del Codi civil espanyol (CC) preveu quatre causes legals de venciment anticipat de les obligacions a termini, entre les quals no s'inclou l'impagament de les quotes.²

En l'àmbit dels préstecs i crèdits hipotecaris, l'article 693.2 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC),³ en la redacció vigent fins al 14 de maig de 2013, permetia als creditors vèncer anticipadament els contractes de préstec hipotecaris «en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes», sempre que aquesta facultat s'hagués inclòs expressament en el contracte i constés inscrita en el Registre de la Propietat.⁴ Amb anterioritat a l'any 2013 i en virtut de l'autonomia de la voluntat, pràcticament tots els contractes de préstec hipotecari incloïen clàusules de venciment

1. Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Artículo 1129 CC», a Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, València, Tirant lo Blanch, 2013, p. 8298.

2. María José PUYALTO FRANCO, *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 80.

3. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 7 (8 gener 2000).

4. L'article 693.2 LEC, en la redacció vigent fins al 14 de maig de 2013, establia: «2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

anticipat que reproduïen o estaven inspirades en el contingut de l'antic article 693.2 LEC.⁵

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea va declarar en la STJUE de 14 de març de 2013 (cas Aziz, C-415/11)⁶ que una clàusula de venciment anticipat per falta de pagament d'alguna de les quotes, que no és abusiva *per se*, pot considerar-se abusiva segons les circumstàncies del cas. El TJUE va fixar els criteris que el jutge nacional ha de ponderar a l'hora d'avaluar l'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat; entre d'altres, si la facultat de vèncer anticipadament el préstec està prevista per als casos en els quals l'incompliment és suficientment greu en relació amb la durada i la quantia del préstec. Aquests criteris van ser reiterats pel TJUE en la Sentència de 26 de gener de 2017 (cas Banco Primus, C-421/14).⁷

Com a conseqüència de la sentència del cas Aziz, el legislador espanyol va reformar l'article 693.2 LEC mitjançant la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social.⁸ Després de la reforma, l'article 693.2 LEC requeria l'incompliment d'almenys tres quotes mensuals o el seu equivalent per a poder declarar vençut anticipadament el préstec hipotecari i accedir al procés executiu especial.

La Sala Primera del Tribunal Suprem va declarar, en les sentències 705/2015, de 23 de desembre de 2015,⁹ i 79/2016, de 18 de febrer de 2016,¹⁰ l'abusivitat de les clàusules de venciment anticipat de préstecs hipotecaris que no modulen la gravetat de l'incompliment en funció de la duració i l'import del préstec, ni permeten al consumidor evitar la seva aplicació mitjançant una conducta diligent de reparació. A més, el Tribunal Suprem va afirmar que «en cualquier caso [...] una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves».¹¹

5. José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», a Àngel CARRASCO PERERA (dir.), *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* (en línia), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. RB-13.2.

6. ECLI:EU:C:2013:164.

7. ECLI:EU:C:2017:6. Vegeu un comentari de la Sentència a Rosa MILÀ RAFEL i Alicia AGÜERO ORTIZ, «Control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017», a Àlbert RUDA GONZÁLEZ i Carmen JEREZ DELGADO (coord.), *Estudios sobre jurisprudencia europea: Materiales del I y II Encuentro Anual del Centro Español del European Law Institute*, Madrid, Sepín, p. 627-646.

8. BOE, núm. 116 (15 maig 2013).

9. Magistrat ponent (MP): Pedro José Vela Torres; ECLI: ES:TS:2015:5618.

10. MP: Pedro José Vela Torres; ECLI: ES:TS:2016:626.

11. Sentència del Tribunal Suprem (TS), Sala Primera, 705/2015, de 23 de desembre, fonament jurídic (FJ) 4t.

A més, en les sentències esmentades, el Tribunal Suprem es va pronunciar sobre les conseqüències de la declaració d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat. En particular, va afirmar que en aquest cas es donen els requisits, assenyalats en la jurisprudència del TJUE, que permeten al jutge nacional modificar o integrar la clàusula abusiva mitjançant una disposició supletòria de dret nacional. En particular, la clàusula de venciment anticipat podria ser reemplaçada per la regla de l'article 693.2 LEC, en la redacció introduïda per la Llei 1/2013, que permetia el venciment anticipat del préstec en cas de falta de pagament d'almenys tres terminis mensuals, de manera que el creditor podia accedir a l'execució hipotecària o no veure-la sobreseguada en cas que es trobés en procés d'execució.

Segons la Sala Primera del Tribunal Suprem, si la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obligués el jutge a anul·lar el contracte en la seva totalitat i es tanqués l'accés al procés d'execució hipotecària, el consumidor quedaria exposat a conseqüències de tal índole que li representarien una penalització, ja que «no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva sea en todo caso más favorable al consumidor» que el procediment declaratiu basat en l'article 1124 CC.¹² Les sentències enumeren els suposats beneficis que el procés d'execució hipotecària ofereix al consumidor quan el bé executat és el seu habitatge habitual, continguts en els articles 693.3, 579 i 682.2.1a LEC, i que no resultarien aplicables en el procés declaratiu.

Aquest pronunciament del Tribunal Suprem no va ser seguit per gran part dels tribunals d'instància que estaven enjudiciant casos de nul·litat de clàusules de venciment anticipat perquè van posar en dubte la seva compatibilitat amb els articles 6 i 7 de la Directiva 93/13.¹³ Aquest fet va provocar que es plantegessin davant del TJUE diverses qüestions prejudicials, entre les quals hi havia la del mateix Tribunal Suprem, mitjançant la Interlocutòria de 8 de febrer de 2017.¹⁴ Arran del plantejament d'aquesta qüestió prejudicial, van ser declarats suspesos la majoria dels procediments d'execució hipotecària en els quals s'estava tractant la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat inclosa en un contracte celebrat amb consumidors.¹⁵

12. STS, Sala Primera, 705/2015, de 23 de desembre, FJ 5è.

13. José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», p. RB-13.2.

14. MP: Pedro José Vela Torres; ECLI:ES:TS:2017:271A.

15. José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», p. RB-13.2.

2. EL NOU RÈGIM DEL VENCIMENT ANTICIPAT DE L'ARTICLE 24 DE LA LLEI DELS CONTRACTES DE CRÈDIT IMMOBILIARI

L'any 2019 el legislador espanyol va aprofitar la LCCI,¹⁶ que té per objecte principal la transposició de la Directiva 2014/17/UE del Parlament i del Consell, de 4 de febrer de 2014,¹⁷ per a introduir una nova regulació del venciment anticipat de caràcter imperatiu, aplicable amb independència del que hagin pactat les parts.¹⁸ El nou règim del venciment anticipat de l'article 24 LCCI s'aplica als contractes de préstec sempre que el prestatari, el fiador o el garant sigui una persona física. A més, el contracte de préstec ha d'estar garantit amb una hipoteca o qualsevol altra garantia real sobre béns immobles d'ús residencial o ha de tenir com a finalitat l'adquisició o la conservació de drets de propietat sobre béns immobles d'ús residencial.

El precepte exigeix la concurrència acumulativa de tres requisits per tal que es produeixi el venciment anticipat del contracte: *a)* «que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses; *b)* «que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga al menos» a un determinat percentatge del capital o a un nombre de quotes que varia en funció de si la mora es produeix dins de la primera o la segona meitat de la duració del préstec, i en aquest sentit el precepte amplia l'estat moratori del prestatari requerit en les dues versions anteriors de l'article 693.2 LCCI¹⁹ i es garanteix que el venciment anticipat només pugui tenir lloc en cas d'incompliments suficientment significatius;²⁰ i *c)* «que el prestatario haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo».

D'acord amb l'apartat quart de la disposició transitòria primera de la LCCI, la regulació de l'article 24 LCCI reemplaça la clàusula de venciment anticipat pactada en els contractes de préstec celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei, el 16

16. BOE, núm. 65 (16 març 2019).

17. *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) L 60 (28 febrer 2014).

18. Les regles contingudes en el precepte no admeten pacte en contra, segons l'apartat 2 del precepte. Vegeu, en contra que el venciment anticipat de l'art. 24 LCCI es produeixi automàticament, amb independència del que hagin pactat les parts, José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», p. RB-13.9.

19. José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», p. RB-13.7. La LCCI ha modificat novament l'apartat 2 de l'article 693 LEC, amb efectes a partir del 16 de juny de 2019. De conformitat amb el nou article 693.2 LEC, «[s]iempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley hipotecaria».

20. En aquest sentit, vegeu el preàmbul de la LCCI.

de juny de 2019,²¹ sempre que el contracte en qüestió inclogui una clàusula de venciment anticipat i que el deutor no al·legui que la previsió que conté el contracte resulta més favorable per a ell. Aquesta possibilitat ha estat considerada conforme amb la Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors (Directiva 93/13).²² En particular, la STJUE de 20 de setembre de 2018 (cas OTP Bank i OTP Faktoring, C-51/17)²³ estima que el legislador pot aprovar, amb posterioritat a la celebració del contracte controvertit, normes imperatives que substitueixin una determinada clàusula contractual abusiva.²⁴

No obstant això, de conformitat amb la mencionada disposició transitòria, l'article 24 LCCI no és aplicable als contractes de préstec celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei si el prestador ha vençut anticipadament el contracte abans d'aquella data. En conseqüència, en la LCCI el legislador no va donar resposta a la problemàtica que en aquell moment estava pendent de solució pel TJUE i que afectava milers de préstecs hipotecaris que ja havien estat vençuts anticipadament pels creditors i que es trobaven en un procés d'execució hipotecària suspès.²⁵

El motiu de la retroactivitat limitada de l'apartat quart de la disposició transitòria primera de la LCCI és la voluntat del legislador estatal de no intervenir en el cas Abanca (C-70/17 i C-179/17), que estava en curs davant del TJUE en el moment de l'aprovació de la Llei. A més, el 13 de setembre de 2018 l'advocat general del TJUE, M. Szpunar, havia presentat les seves conclusions,²⁶ en les quals es manifestava en contra de la integració de la clàusula de venciment anticipat amb l'article 693.2 LEC en la redacció introduïda per la Llei 1/2013 i, per tant, en contra de la continuació de l'execució hipotecària dels procediments suspesos.²⁷

La resposta a la qüestió de les conseqüències de la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat abusiva s'ha de buscar, doncs, en la jurisprudència del TJUE i, en especial, en la Sentència de 26 de març de 2019 (cas Abanca, C 70/17)²⁸ i en les

21. Disposició final setzena de la LCCI.

22. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOCE), núm. 95 (21 abril 1993).

23. ECLI:EU:C:2018:750, ap. 70.

24. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, núm. 2/2019, p. 5 (editorial).

25. José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», p. RB-13.17.

26. ECLI:EU:C:2018:724.

27. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Almacén de Derecho* (blog), 6 de juny de 2020, p. 10, disponible en línea a <almacenderecho.org> (última consulta: 20 maig 2020), explica que la finalitat d'aquesta excepció va ser evitar que, amb l'entrada en vigor de la LCCI, es reprenguessin les execucions hipotecàries suspeses, amb la confiança que finalment el TJUE acolliria en la seva sentència les conclusions de l'advocat general del TJUE, M. Szpunar. Disponible en línea a <almacenderecho.org> (última consulta: 20 maig 2020).

28. ECLI:EU:C:2019:250.

tres interlocutòries del TJUE de 3 de juliol de 2019 (casos Bankia, C-486/16,²⁹ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-167/16,³⁰ i Bankia, C-92/16),³¹ així com en la posterior Sentència del Tribunal Suprem (STS), Sala Primera, 463/2019, d'11 de setembre,³² analitzades en les pàgines que segueixen.

3. LA REGLA I L'EXCEPCIÓ DE LA PROHIBICIÓ DE LA MODERACIÓ I LA INTEGRACIÓ D'UNA CLÀUSULA ABUSIVA

3.1. LA REGLA DE LA PROHIBICIÓ DE LA MODERACIÓ I LA INTEGRACIÓ D'UNA CLÀUSULA ABUSIVA

En relació amb les conseqüències que es deriven de la declaració del caràcter abusiu d'una clàusula, per regla general el jutge nacional ha de deixar la clàusula abusiva sense aplicació amb la finalitat que no produeixi efectes vinculants, llevat que el consumidor s'hi oposi. A més, el jutge no està facultat per a modificar o integrar el contingut de la clàusula. Aquesta és la regla defensada pel TJUE en la seva jurisprudència consolidada, fundada en l'article 6, apartat 1, de la Directiva 93/13.

En la STJUE de 14 de juny de 2012 (cas Banco Español de Crédito, C-618/10),³³ el TJUE va establir la prohibició de la reducció conservadora de la validesa d'una clàusula abusiva, en particular la reducció, del 29% al 19%, d'una clàusula d'interessos de demora inclosa en un contracte de préstec. Segons la Sentència, «los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma» (ap. 65). A més, en la sentència esmentada, el TJUE va especificar, i ho va reiterar posteriorment en la STJUE de 30 de maig de 2013 (cas Asbeek, C-488/11),³⁴ que «el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible» (ap. 65).

Arran d'aquesta Sentència, el legislador espanyol va derogar, mitjançant la Llei 3/2014, de 27 de març,³⁵ l'article 83.2 del text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, aprovat pel Reial

29. ECLI:EU:C:2019:572.

30. ECLI:EU:C:2019:570.

31. ECLI:EU:C:2019:560.

32. MP: Pedro José Vela Torres; ECLI: ES:TS:2019:2761.

33. ECLI:EU:C:2012:349.

34. ECLI:EU:C:2013:341, ap. 57.

35. BOE, núm. 76 (28 març 2014).

decret legislatiu 1/2007,³⁶ que atribuïa al jutge nacional, quan aquest declarava la nul·litat d'una clàusula abusiva, la facultat d'integrar aquest contracte modificant el contingut de la clàusula abusiva, de conformitat amb l'article 1258 CC i el principi de la bona fe objectiva.

El fonament d'aquest pronunciament del TJUE en la Sentència del Banco Español de Crédito és el manteniment de l'efecte dissuasiu que exerceix sobre els professionals la impossibilitat d'aplicar les clàusules declarades abusives als consumidors. En paraules del TJUE, «si el juez nacional tuviere la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...] en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegará a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales» (ap. 69).

Després de la Sentència del Banco Español de Crédito, la doctrina es va plantejar si la prohibició defensada pel TJUE incloïa només la reducció conservadora de la validesa del contracte, és a dir, l'ajustament del contingut de la clàusula al mínim compatible amb les exigències de la validesa,³⁷ o també comprenia la integració del contracte amb una norma de dret nacional supletori aplicable si no hi havia pacte entre les parts.³⁸ Posteriorment, el TJUE va resoldre aquesta qüestió en la STJUE de 30 d'abril de 2014 (cas Kásler, C-26/13),³⁹ en el sentit d'incloure dins la prohibició la integració de la clàusula abusiva, si bé va preveure algunes excepcions.

3.2. L'EXCEPCIÓ: SI EL CONTRACTE NO POT SUBSISTIR SENSE LA CLÀUSULA ABUSIVA I EL CONSUMIDOR QUEDA EXPOSAT A CONSEQÜÈNCIES ESPECIALMENT PERJUDICIALS

En la STJUE de 30 d'abril de 2014 (cas Kásler, C-26/13), el TJUE es va haver de pronunciar sobre les conseqüències de la declaració d'abusivitat de la clàusula de

36. BOE, núm. 287 (30 novembre 2007).

37. Tal com la defineix Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 6. Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, València, Tirant lo Blanch, 2019, p. 171, defineix la reducció conservadora de validesa com l'operació de resta d'aquells aspectes d'una clàusula que determinen el seu caràcter abusiu o excessiu fins al límit del que seria una regulació tolerable d'acord amb la bona fe.

38. Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, p. 164-165.

39. ECLI:EU:C:2014:282.

risc de tipus de canvi d'un préstec hipotecari en divises. En aquesta decisió, el TJUE va declarar que la integració de la llacuna deixada per la nul·litat de la clàusula abusiva amb una norma supletòria nacional és compatible amb l'article 6.1 de la Directiva 93/13, ja que la seva finalitat no és «anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas», sinó «reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas» (ap. 82). No obstant això, en la sentència del cas Kásler el TJUE afirma que el jutge nacional únicament pot substituir la clàusula abusiva per una norma de dret nacional de caràcter supletori quan concorrin dos requisits.

En primer lloc, el TJUE exigeix que la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obligui el jutge a anul·lar el contracte en la seva totalitat perquè no pugui subsistir sense la clàusula. Així, la sentència del cas Kásler va establir que la finalitat de la substitució de la clàusula abusiva per una disposició supletòria, que es presumeix que no conté clàusules abusives, ha de ser aconseguir «que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula [...] y siga obligando a las partes», de manera que el jutge nacional no es vegi obligat a anul·lar el contracte en la seva totalitat (ap. 81). En el cas, la clàusula abusiva definia l'objecte del contracte i, per tant, la seva nul·litat afectava la subsistència del contracte.

El segon requisit que ha de concórrer és que la nul·litat del contracte comporti que el consumidor quedi exposat a conseqüències que representin per a ell una penalització.⁴⁰ En efecte, la sentència del cas Kásler exigeix, perquè el jutge nacional pugui integrar el contracte que conté una clàusula abusiva, que en el supòsit que el jutge es vegi obligat a anul·lar el contracte en la seva totalitat, la substitució tingui com a finalitat evitar que el consumidor quedi exposat «a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse» (ap. 83).

En el cas dels contractes de préstec, si la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obliga el jutge a declarar la nul·litat de la totalitat del contracte, l'entitat financera pot exigir immediatament al consumidor el pagament de l'import del préstec pendent de devolució, en una quantia que pot excedir la seva capacitat econòmica. Això és el que succeïa en el litigi principal de la sentència del cas Kásler i per aquesta raó el TJUE afirma que la nul·litat total del contracte hauria penalitzat més el consumidor que no pas el mateix prestatari, a qui, en conseqüència, no se'l dissuadiria d'incloure clàusules abusives en els seus contractes.

Aquesta doctrina va ser confirmada posteriorment per la STJUE de 21 de gener de 2015 (cas Unicaja, C-482/13, C-484/13, C-485/13 i C-487-13).⁴¹

40. Conclusions de l'advocat general del TJUE, Sr. Maciej Szpunar, del 13 de setembre de 2018 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17), ap. 82.

41. ECLI:EU:C:2015:21, ap. 33.

3.3. CRÍTiques A LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNió EUROPEA SOBRE LA PROHIBICIó DE LA INTEGRACIó DE LES CLÀUSULES ABUSIVES

La jurisprudència del TJUE sobre la prohibició de la integració de les clàusules abusives ha estat fortament criticada per diversos motius.

En primer lloc, la no integració de la llacuna deixada per la nul·litat d'una clàusula abusiva pot comportar que el compliment del programa contractual esdevingui impossible i el contracte sigui ineficax.⁴² Tal com ha posat de manifest Fernando Gómez, l'opció de no integrar la llacuna en el contracte després de la declaració de nul·litat d'una clàusula abusiva no existeix si es vol mantenir el contracte i, per tant, no declarar-lo ineficax.⁴³ Certament, en casos excepcionals, la declaració d'abusivitat de determinades clàusules no deixarà una llacuna en el contracte, tal com succeeix amb les clàusules sòl o les clàusules que confereixen potestats exclusivament a l'empresari.⁴⁴ No obstant això, en la majoria d'ocasions, inclús en aquells casos en què la clàusula nul·la no defineix l'objecte del contracte o el preu, si la clàusula existeix en el contracte és perquè el supòsit de fet succeeix en la realitat i, per tant, requereix una solució en cas de conflicte entre les parts.⁴⁵

El professor Fernando Gómez posa com a exemple la llacuna que deixa en el contracte de préstec la nul·litat de la clàusula d'interès de demora. En aquests casos, la jurisprudència del TJUE, tot i no admetre-ho expressament, ha permès als jutges nacionals integrar la llacuna amb una regla de decisió per al cas que el deutor entri en mora: aplicar allò pactat en matèria d'interès remuneratori. Però assenyala que haguessin estat possibles altres solucions, com ara establir un tipus d'interès de demora equivalent a zero.⁴⁶

Coincideix amb aquesta anàlisi Fernando Pantaleón, qui, a més, afegeix que, en conseqüència, no es pot afirmar que en la sentència del cas Kálser el TJUE hagi prohibit la integració de les clàusules abusives, ja que aquesta també integra, tot i que

42. Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, p. 173-174.

43. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 4.

44. Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, p. 174; Fernando PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (i)», *Almacén de Derecho* (blog), 22 de març de 2020, p. 8, disponible en línia a <almacenederecho.org> (última consulta: 20 maig 2020), i Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo», a Esther ARROYO AMAYUELAS i Ángel SERRANO DE NICOLÁS (dir.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 91.

45. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 4.

46. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 4.

d'una altra manera: no reequilibra, en benefici del consumidor, els drets i les obligacions derivats del seu contracte amb l'empresari o el professional, sinó que els desequilibra, ara en perjudici de l'empresari o el professional que va imposar al consumidor la clàusula abusiva.⁴⁷

En efecte, la segona gran crítica que ha rebut la doctrina de la no integració del TJUE és que l'objectiu de l'article 6.1 de la Directiva 13/93 no és castigar o sancionar l'empresari o el professional que va incloure la clàusula abusiva.⁴⁸ El mateix TJUE ha defensat que la finalitat del precepte mencionat és «reemlazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas»,⁴⁹ i aquest objectiu no sempre s'aconsegueix sense la integració contractual.

La jurisprudència del TJUE contrària a la integració de les clàusules abusives es fonamenta, tal com s'ha destacat en l'anàlisi de la sentència del cas Kásler, en el fet que els empresaris o professionals no vegin garantit el seu interès en el cas que es declari la nul·litat d'una de les clàusules contractuals, fet que, en lloc de dissuadir-los d'incloure tals clàusules, els incentiva a introduir-les.⁵⁰ No obstant això, es posa en dubte l'afectació d'aquest efecte dissuasiu en cas d'integració de la llacuna contractual amb una norma de dret supletori perquè, tal com afirma Esther Arroyo, aleshores l'empresari queda no ja en pitjor situació que la que tenia amb la clàusula abusiva, sinó en la mateixa situació en què estaria si no hagués pactat res.⁵¹ En efecte, la doctrina de la no integració de les clàusules abusives comporta una pena o sanció excessiva al predisponent, qui no només no estarà en una situació millor que la que tindria si no hagués introduït la clàusula, sinó que acabarà en una situació pitjor que la que tindria en aquell escenari, perquè no podrà veure satisfet el seu interès ni tan sols amb l'aplicació de la norma cridada a regir si no hi ha conveni entre les parts.⁵²

S'ha assenyalat que és el dret administratiu sancionador, i no el dret privat, l'eina més adient per a dissuadir els empresaris i professionals de la inclusió de clàusules abusives en els seus contractes amb consumidors. En aquesta línia, l'article 8ter de la Directiva 93/13, introduït recentment per la Directiva 2019/2161, de 27 de novembre de 2019, relativa a la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió,⁵³ insta els estats membres a establir un règim de

47. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad», p. 9.

48. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas», p. 91.

49. STJUE de 30 d'abril de 2014 (cas Kásler, C-26/13), ap. 82.

50. Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, p. 170.

51. Esther ARROYO AMAYUELAS, «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas», p. 91.

52. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad», p. 9, i Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, p. 172-174.

53. DOUE L 328 (18 desembre 2019).

sancions efectives, proporcionades i dissuasives, aplicables a qualsevol infracció de la legislació nacional que transposa la Directiva, així com a garantir-ne l'execució. El dret privat, en canvi, s'hauria de circumscriure a reequilibrar els drets i les obligacions de les parts contractuals en benefici del consumidor.⁵⁴

4. JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA SOBRE LA INTEGRACIÓ CONTRACTUAL DE LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT

En la STJUE de 26 de març de 2019 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17) el TJUE es pronuncia sobre les conseqüències que ha de deduir el jutge nacional que tindrà l'abusivitat d'una clàusula de venciment anticipat inclosa en un contracte de préstec hipotecari.

La Sentència resol conjuntament les qüestions prejudicials plantejades pel Tribunal Suprem espanyol mitjançant la Interlocutòria de 8 de febrer de 2017 i pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Barcelona mitjançant la Interlocutòria de 30 de març de 2017. En ambdós litigis, la clàusula de venciment anticipat inclosa en un contracte de préstec hipotecari per a l'adquisició d'un habitatge havia estat redactada inspirant-se en l'article 693.2 LEC, en la seva versió anterior a la Llei 1/2013. La clàusula és qualificada d'abusiva per ambdós òrgans jurisdiccionals perquè estableix que l'entitat financera pot declarar el venciment anticipat del préstec en cas que el deutor deixi de pagar una mensualitat.

Les dues qüestions prejudicials resoltes pel TJUE en la sentència del cas Abanca són les següents: la primera fa referència a l'aplicabilitat de la regla del fraccionament de la clàusula o *blue pencil rule* a la clàusula de venciment anticipat controvertida; la segona qüestió que es va plantejar al TJUE és si era possible integrar la clàusula de venciment anticipat abusiva amb l'aplicació supletòria d'una norma de dret nacional, com l'article 693.2 LEC, en la redacció introduïda per la Llei 1/2013, que permeti la continuació de l'execució hipotecària dels procediments suspesos.

4.1. INAPLICACIÓ DE LA REGLA DEL FRACCIONAMENT DE LA CLÀUSULA O *BLUE PENCIL RULE*

En la primera qüestió prejudicial el Tribunal Suprem espanyol pregunta si és compatible amb l'article 6.1 de la Directiva 93/13 que el jutge nacional que ha declarat

54. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad», p. 9.

l'abusivitat d'una clàusula de venciment anticipat per impagament d'una única quota mensual pugui declarar la clàusula parcialment abusiva i mantenir la subsistència de la part de la clàusula que no considera abusiva, en aplicació de la regla del fraccionament de la clàusula o *blue pencil rule*, reconeguda per la jurisprudència del Tribunal Suprem Federal alemany (Bundesgerichtshof, BGH).⁵⁵

El Tribunal Suprem proposa fraccionar la clàusula de venciment anticipat abusiva, que permetia a l'entitat financera vèncer anticipadament el préstec hipotecari en cas de falta de pagament de qualsevol dels venciments, eliminant l'element abusiu de la clàusula, és a dir, el venciment anticipat en cas de falta de pagament d'una única quota, i mantenir la resta de contingut que no tingui caràcter abusiu. Defensa que no es tracta d'un supòsit d'integració de la clàusula, o de reducció conservadora de la seva validesa, sinó d'un d'ineficàcia parcial.

L'anomenada *blue pencil rule* es distingeix de la reducció conservadora de la validesa pel fet que no permet al jutge modificar el tenor de la clàusula.⁵⁶ En efecte, la *blue pencil rule* únicament autoritza el jutge a fraccionar el contingut d'una clàusula eliminant els elements abusius i mantenint la resta, sempre que la part abusiva pugui ser taxada sense que es vegi alterat el sentit gramatical de la resta de la clàusula.

El Tribunal de Justícia respon a la sentència del cas Abanca que l'aplicació de la *blue pencil rule* per a eliminar l'element abusiu d'una clàusula, i deixar subsistent la part que no es considera abusiva, és contrària a la Directiva 93/13 si el fraccionament afecta l'essència de la clàusula i, per tant, comporta una modificació del seu contingut.⁵⁷ En el cas analitzat, «la mera supresión del motivo del vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas [...] equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas» (ap. 55).

D'aquesta manera, el TJUE confirma, en aquest punt, les conclusions de l'advocat general, M. Szpunar, de 13 de setembre de 2018 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17), que analitzen amb tots els ets i uts aquesta qüestió i en les quals afirma que el que proposa el Tribunal Suprem espanyol es pot qualificar de modificació conservadora de la validesa de la clàusula de venciment anticipat. Segons l'advocat general, no es donen els requisits per a l'aplicació de la regla del fraccionament de la clàusula o *blue*

55. Amb anterioritat a la Interlocutòria del Tribunal Suprem de 8 de febrer de 2017, aquesta tesi havia estat defensada en la doctrina per Àngel CARRASCO PERERA, «Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, o cada día un poco más cerca del abismo», *Análisis GA&P*, desembre 2015, p. 3. Vegeu també Àngel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 785.

56. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 6.

57. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 6-7.

pencil rule, entre altres motius perquè no es preserva en la frase subsistent la finalitat inicial de la clàusula. Per a mantenir el sentit inicial de la clàusula hauria estat necessària una referència precisa al nombre de quotes mensuals no satisfetes que permeten el venciment anticipat del préstec.⁵⁸

Després d'aquest pronunciament del TJUE, queda oberta la qüestió general de la compatibilitat de la *blue pencil rule* amb la Directiva 93/13 en altres casos diferents dels inclosos en la sentència del cas Abanca.⁵⁹

4.2. CONTINUÏTAT DEL PROCEDIMENT D'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA AMB L'APLICACIÓ SUPLETÒRIA DE L'ARTICLE 693.2 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL

4.2.1. *Plantejament de la qüestió prejudicial*

La segona qüestió prejudicial que analitza la sentència del cas Abanca fa referència a la continuïtat del procediment d'execució hipotecària fonamentat en la clàusula de venciment anticipat abusiva amb l'aplicació supletòria d'una norma de dret nacional com és l'article 693.2 LEC en la seva redacció introduïda per la Llei 1/2013, atès que la impossibilitat de recórrer a aquest procediment podria ser contrària als interessos dels consumidors.⁶⁰

De la Interlocutòria del Tribunal Suprem de 8 de febrer de 2017, de plantejament de la qüestió prejudicial, així com de les seves sentències 705/2015, de 23 de desembre de 2015, i 79/2016, de 18 de febrer de 2016, es desprèn que, una vegada declarada l'abusivitat d'una clàusula de venciment anticipat, es plantegen dues possibilitats en relació amb les conseqüències d'aquesta abusivitat.

La primera possibilitat és que el jutge no integri la llacuna que ha deixat la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat en el contracte de préstec hipotecari i que sobresegui el procediment d'execució hipotecària suspès. En aquest cas, d'acord amb la interlocutòria del Tribunal Suprem esmentada, el creditor hauria d'iniciar un judici declaratiu en el qual, basant-se en l'article 1124 CC, podria demanar la resolució del contracte per incompliment del deutor i la restitució recíproca de les prestacions. La sentència ferma d'aquest procediment podria ser executada en un procediment d'execució ordinari, en el qual es podran realitzar forçosament tots els béns del deutor, incloent-hi el seu habitatge habitual.⁶¹

58. Conclusions de l'advocat general del TJUE, Sr. Maciej Spuznar, del 13 de setembre de 2018, ap. 89-109.

59. En aquest sentit, vegeu Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 6-7.

60. STJUE de 26 de març de 2019 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17), ap. 55.

61. Interlocutòria de 8 de febrer de 2017, FJ 5è.

En efecte, tot i que el Codi civil configura el préstec com un contracte real i unilateral, la Sala Primera del Tribunal Suprem ha reconegut, en la Sentència del Ple 432/2018, d'11 de juliol,⁶² que el préstec amb interès és un contracte bilateral o sinal·lagmàtic i que, per tant, «es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1224 CC, qua abarca las obligaciones realizadas o prometidas» (fonament jurídic [FJ] segon).⁶³

No obstant això, alguns autors, com Fernando Pantaléon,⁶⁴ han posat de manifest que en aquest escenari, és a dir, en cas que es permeti a l'entitat financera resoldre el contracte per incompliment del consumidor prestatari basant-se en l'article 1124 CC, també estariem davant d'una integració contractual de la llacuna deixada per la clàusula de venciment anticipat abusiva amb una norma supletòria de dret nacional. Per tant, la conseqüència de no integrar la clàusula de venciment anticipat seria, segons l'autor esmentat, que el prestador no podria fer valdre el venciment anticipat ni tampoc resoldre el contracte, amb independència del nombre i la gravetat de les quotes impagades. És a dir, que l'entitat financera hauria d'esperar a la finalització del termini contractual per a sol·licitar el pagament de tot allò degut i que l'únic remei disponible seria reclamar judicialment i de manera repetida les quotes impagades per cadascun dels incompliments parcials del deutor.

La segona possibilitat que el Tribunal Suprem planteja al TJUE és integrar la llacuna que ha deixat la clàusula de venciment anticipat abusiva en el contracte de préstec i, en conseqüència, permetre la continuïtat del procediment d'execució hipotecària suspès, basant-se en l'aplicació supletòria de l'article 693.2 LEC en la redacció introduïda per la Llei 1/2013.

El Tribunal Suprem defensa que en aquest cas es donen els requisits exigits pel TJUE en la sentència del cas Kásler per a integrar el contracte, ja que el tancament, en tot cas, de l'accés al procés especial d'execució hipotecària comportaria que el consumidor quedés exposat a conseqüències greument perjudicials.

La Sala Primera afirma que el procés especial d'execució hipotecària de l'habitatge habitual comporta per al consumidor uns beneficis dels quals no pot gaudir en el procés d'execució ordinària de la sentència ferma dictada en un judici declaratiu. Aquests beneficis, continguts en els articles 693.3, 579 i 682.2.1 LEC, són que el deutor pot alliberar el bé hipotecat abans del tancament de la subhasta mitjançant la con-

62. MP: María de los Ángeles Parra Lucán; ES/TS:2018:2551.

63. La Sala Primera ja s'havia pronunciat *obiter dicta* en la STS 705/2015, de 23 de desembre (ES/TS:2015:5618; MP: Pedro José Vela Torres), a favor que el creditor pugui sol·licitar en un procés declaratiu la resolució del contracte de préstec hipotecari basant-se en l'art. 1124 CC.

64. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», p. 2. Vegeu també Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «La sentencia del TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho* (blog), 26 de març de 2019, p. 2, disponible en línia a <almacenederecho.org> (última consulta: 20 maig 2020).

signació de la quantitat deguda, que pot obtenir una reducció parcial del deute i que el bé hipotecat venut no pot ser venut per un preu inferior al 75 % del valor de taxació.⁶⁵

Aquesta tesi va ser replicada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Barcelona, que en el seu escrit de plantejament de la qüestió prejudicial posa en dubte que el procediment d'execució hipotecària sigui més avantatjós que la resolució judicial del contracte de préstec hipotecari basat en l'article 1124 CC i l'inici d'un procediment d'execució ordinària.⁶⁶

4.2.2. *La resposta del Tribunal de Justícia de la Unió Europea*

El TJUE respon a la segona qüestió prejudicial del cas Abanca que la Directiva 93/13 no s'oposa que els jutges nacionals substitueixin la clàusula abusiva de venciment anticipat per una nova disposició legal posterior a la signatura del contracte —en particular, per l'article 693.2 LEC, en la seva versió posterior a la Llei 1/2013— sempre que el contracte de préstec hipotecari en qüestió no pugui subsistir en cas de supressió de la clàusula abusiva esmentada i l'anul·lació del contracte exposi el consumidor a conseqüències especialment perjudicials;⁶⁷ per tant, sempre que concorrin els dos requisits assenyalats en la sentència del cas Kásler que permeten al jutge nacional integrar la llacuna contractual deixada per la nul·litat de la clàusula abusiva.

Tot i que el TJUE deixa en mans dels òrgans jurisdiccionals remittents determinar si en el cas d'una clàusula de venciment anticipat es donen els requisits esmentats, en el seu pronunciament desenvolupa els criteris que s'han de seguir per a dur a terme aquesta anàlisi. A més, fa una sèrie d'afirmacions que deixen entreveure que ratifica els arguments del Tribunal Suprem a favor de la integració de la clàusula de venciment anticipat.

65. En particular, els avantatges previstos en els art. 693.3, 579.22 i 682.2.1a LEC són els següents: a) el deutor podrà alliberar el bé mitjançant la consignació de la quantitat deguda fins a la data; b) alliberat un bé per primera vegada, podrà alliberar-se en segona o ulteriors ocasions sempre que hagin transcorregut almenys tres anys entre la data de l'alliberament i la de requeriment del pagament judicial o extrajudicial efectuat pel creditor; c) es preveu una limitació del càlcul de les costes processals en funció únicament de les quotes del préstec endarrerides, en cas d'enviació de l'acció executiva hipotecària, i, per acabar, d) el preu a l'efecte de la subhasta no podrà ser inferior, en cap cas, al 75 % del valor assenyalat en la taxació.

66. STJUE de 26 de març de 2019 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17), ap. 35.

67. STJUE de 26 de març de 2019 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17), ap. 59 i 65.

La doctrina de la sentència del cas Abanca ha estat confirmada posteriorment per tres interlocutòries del TJUE de 3 de juliol de 2019, en els casos Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-167/16),⁶⁸ Bankia (C-92/16)⁶⁹ i Bankia (C-486/16).⁷⁰

4.2.2.1. Resposta del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre la subsistència jurídica dels contractes de préstec hipotecari sense la clàusula de venciment anticipat abusiva, d'acord amb un criteri objectiu

De conformitat amb l'ordenament jurídic espanyol, la clàusula de venciment anticipat en un contracte de préstec hipotecari per impagament del deutor no és una clàusula que defineixi o configuri l'objecte principal del contracte o del preu. Si fos així, no es qüestionaria que la nul·litat de la clàusula comporta la nul·litat de tot el contracte.⁷¹ La nul·litat de la clàusula de venciment anticipat significa, no obstant això, que el creditor hipotecari perd una de les seves facultats essencials: la de forçar la venda de la cosa hipotecada en el procés d'execució hipotecària per a satisfer amb el preu l'import degut. En aquest context, la principal qüestió que es planteja en la sentència del cas Abanca és si els contractes de préstec hipotecari controvertits poden subsistir jurídicament després de la supressió de les clàusules de venciment anticipat abusives.

El TJUE respon a aquesta qüestió de manera diferent de com ho fa l'advocat general, el Sr. Szpunar, qui en les seves conclusions va defensar que, a diferència del que succeïa en el cas Kásler, en els presents assumptes els contractes de préstec controvertits poden subsistir sense la clàusula de venciment anticipat.⁷²

En canvi, el TJUE respon als òrgans jurisdiccionals remitents que han d'examinar la qüestió «con arreglo a las normas de derecho interno y adoptando un enfoque objetivo» (ap. 60), i es remet a la STJUE de 15 de març de 2012 (cas Pereničová, C-435/10),⁷³ en la qual el TJUE va assenyalar que l'anàlisi de la possibilitat jurídica de la subsistència del contracte s'ha de fer d'acord amb criteris objectius, i no en funció dels interessos d'una de les parts.⁷⁴

68. ECLI:EU:C:2019:570.

69. ECLI:EU:C:2019:560.

70. ECLI:EU:C:2019:572.

71. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 7; FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, p. 201-202, i José María MARTÍN FABA, «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», p. RB-13.22.

72. Conclusions de l'advocat general del TJUE, Sr. Maciej Szpunar, del 13 de setembre de 2018, ap. 102.

73. ECLI:EU:C:2012:144.

74. La STJUE de 15 de març de 2012 (cas Pereničová, C-435/10) afirma que «[p]or lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/73 como los requisitos

La sentència del cas Pereničová es remet, al seu torn, a les conclusions de l'assumpte de l'advocada general del TJUE, Verica Trstenjak, presentades el 29 de novembre de 2011⁷⁵ i en les quals es detallen els criteris decisius per a l'anàlisi de la subsistència del contracte d'acord amb un criteri objectiu. En paraules de l'advocada general, s'han de tenir en consideració «factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente, podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la *finalidad o la naturaleza jurídica* del contrato ya no sean las mismas [...]» (ap. 68).⁷⁶

Tot i que el TJUE deixa la resolució de la qüestió a les mans dels tribunals espanyols, de la remissió expressa de la sentència dels cas Abanca a la sentència del cas Pereničová i a les conclusions de l'advocada general en l'assumpte es pot deduir que el TJUE estima que difícilment pot subsistir un contracte de préstec de llarga durada sense que el prestador tingui la facultat de vèncer anticipadament el contracte en cas que el prestatari incompleixi greument les seves obligacions.⁷⁷ A més, en el préstec garantit amb hipoteca, la facultat de forçar la venda de la cosa hipotecada en el procés d'execució hipotecària per a satisfer amb el preu l'import degut, forma part de la configuració del contracte.⁷⁸

En aquest pronunciament es troba el punt més innovador de la sentència del cas Abanca respecte de la jurisprudència anterior sobre la integració de les clàusules abusives. En particular, pot afirmar-se, tal com destaca Fernando Gómez, que en la sentència del cas Abanca el TJUE inicia una certa ampliació del concepte d'*inviabilitat jurídica del contracte* en cas de nul·litat d'una de les seves clàusules per ser abusiva. En aquest nou concepte s'inclourien supòsits en els quals el contracte no pot subsistir

relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición de manera que, como ha señalado la abogada general [...] la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato» (ap. 32).

75. ECLI:UE:C:2011:788.

76. La cursiva és meua.

77. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «La sentencia del TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», p. 2, i Fernando PANTALEÓN PRIETO, «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho* (blog), 31 de març de 2019, p. 6, disponible en línia a <almacendederecho.org> (última consulta: 20 maig 2020).

78. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 7-8.

encara que la clàusula nul·la no entri dins de la categoria de clàusules que configuren l'objecte principal del contracte.⁷⁹

Més recentment, el TJUE ha reiterat en les sentències de 14 de març de 2019 (cas Dunai, C-118/17)⁸⁰ i 3 d'octubre de 2019 (cas Dziubak, C-260/18)⁸¹ que el jutge nacional ha d'aplicar un criteri objectiu per a determinar si és possible jurídicament la subsistència del contracte sense les clàusules abusives d'acord amb les normes del dret nacional. Segons la sentència del cas Dziubak, la possibilitat de subsistència del contracte s'ha d'examinar aplicant els criteris previstos en el dret nacional i l'únic límit que el dret de la UE estableix a aquest és que la posició d'una de les parts en el contracte no es consideri «el criterio determinante que decida sobre el ulterior destino del contrato».⁸² En ambdós casos, la clàusula abusiva declarada nul·la era la clàusula de risc de tipus de canvi d'un préstec denominat en divises que afectava l'objecte principal del contracte. És per aquest motiu que el TJUE conclou que, en aquestes circumstàncies, la possibilitat objectiva de manteniment del contracte de préstec resulta si més no incerta.

4.2.2.2. Resposta del Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre si la nul·litat del contracte comporta per al consumidor conseqüències especialment perjudicials, d'acord amb els interessos expressats pel consumidor

La segona gran qüestió tractada en la sentència del cas Abanca és si la nul·litat dels contractes de préstec hipotecari objecte dels litigis principals exposaria els consumidors a conseqüències especialment perjudicials.⁸³ Com s'ha assenyalat, el TJUE no respon expressament a aquesta qüestió, sinó que remet la seva resolució als jutges nacionals, ja que «las características de estos procedimientos se enmarcan exclusivamente en la esfera del derecho nacional» (STJUE de 26 de març de 2019, ap. 62).

No obstant això, el TJUE sembla acceptar en el seu pronunciament el plantejament del Tribunal Suprem espanyol, ja que afirma que «el deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y [...] podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos

79. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?».

80. ECLI:EU:C:2019:207, ap. 51 i 52.

81. ECLI:EU:C:2019:819, ap. 44.

82. STJUE de 3 d'octubre de 2019 (cas Dziubak, C-260/18), ap. 41.

83. STJUE de 26 de març de 2019 (cas Abanca, C-70/17 i C-179/17), ap. 60 i 61.

jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado art. 693, apartado 2, de la LEC» (STJUE de 26 de març de 2019, ap. 62).

Amb posterioritat a la sentència del cas Abanca, el TJUE ha establert, en la STJUE de 3 d'octubre de 2019 (cas Dziubak, C-260/18), criteris perquè els jutges nacionals avaluin si la nul·litat del contracte exposa el consumidor a conseqüències especialment perjudicials.⁸⁴ En primer lloc, aquestes conseqüències han de ser avalades necessàriament tenint en compte les circumstàncies existents o previsibles en el moment del litigi. Aquesta solució es basa en el fet que la possibilitat d'integració d'una clàusula abusiva per una norma de dret supletori troba la seva justificació en la protecció del consumidor, per la qual cosa és necessari tenir en compte els interessos reals i actuals del consumidor.

En segon lloc, en la sentència del cas Dziubak el TJUE es pronuncia sobre la importància que s'ha de donar a la voluntat expressada pel consumidor en relació amb les conseqüències derivades de la nul·litat del contracte. La sentència assenyalava que, atès que el sistema de protecció contra les clàusules abusives no és obligatori per al consumidor i que aquest pot oposar-se a la seva aplicació pel jutge nacional, també ha de tenir el «derecho a oponerse a ser, en aplicación del mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no quiera invocar aquella protección» (ap. 55).

Arran d'aquest pronunciament s'ha plantejat si el consumidor pot optar per la no integració del contracte encara que la nul·litat d'aquest li comporti conseqüències perjudicials. Es planteja, doncs, si l'aplicació d'aquesta jurisprudència al cas de les clàusules de venciment anticipat abusives podria tenir com a conseqüència que el consumidor pogués optar per la no continuïtat del procediment d'execució hipotecària renunciant a l'aplicació supletòria d'una norma de dret nacional que permetés la continuïtat del procés.⁸⁵

5. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 463/2019, D'11 DE SETEMBRE: LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT EN PRÈSTECES HIPOTECARIS HA DE SER INTEGRADA

En la Sentència 463/2019, d'11 de setembre, dictada en el procés en el qual es va plantejar la petició de decisió prejudicial que va donar lloc a la sentència del cas Abanca, la Sala Primera del Tribunal Suprem es pronuncia de manera definitiva sobre les conseqüències de la declaració d'abusivitat de la clàusula de venciment anticipat

84. STJUE de 3 d'octubre de 2019, ap. 50-52.

85. Aquesta tesi ha estat acollida per la Interlocutòria del Tribunal de Primera Instància núm. 38 de Barcelona de 22 de novembre de 2019 (MP: Francisco González de Audicana Zorraquino).

inclosa en un contracte de préstec hipotecari.⁸⁶ En aquest pronunciament, el Tribunal Suprem assumeix la doctrina del TJUE establerta en les sentències dels casos Abanca i Pereničová i en les tres interlocutòries de 3 de juliol de 2019 (cas Bankia, C-486/16, cas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-167/16, i cas Bankia, C-92/16), i fa els pronunciaments següents.

En primer lloc, declara que el contracte de préstec hipotecari no pot subsistir en cas de nul·litat de la clàusula de venciment anticipat abusiva. A més, per a evitar que la nul·litat del contracte exposi el consumidor a conseqüències especialment perjudicials, la clàusula anul·lada s'ha de substituir per una norma del dret nacional.

En segon lloc, concreta amb quina norma els tribunals han d'integrar la llacuna contractual derivada de la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat. La norma és l'article 693.2 LEC, en la versió introduïda per la Llei 1/2013, però no literalment, sinó conforme a la interpretació que el Tribunal Suprem en va fer en les sentències 705/2015, de 23 de desembre, i 79/2016, de 18 de febrer.

Per acabar, la Sala Primera estableix unes pautes o orientacions jurisprudencials⁸⁷ que han de servir per a harmonitzar les decisions dels tribunals inferiors relatives a les conseqüències de la nul·litat de les clàusules de venciment anticipat en els procedi-

86. Amb posterioritat a la STS, Sala Primera, 463/2019, d'11 de setembre, aquesta Sala s'ha pronunciat en el mateix sentit en les sentències 603/2019, de 12 de novembre (MP: Pedro José Vela Torres; ECLI:ES:TS:2019:2761), 613/2019, de 14 de novembre (MP: José Luis Seoane Spiegelberg; ECLI:ES:TS:2019:3765), 616/2019, de 14 de novembre (MP: Rafael Sarazá Jimena; ECLI:ES:TS:2019:3659), 663/2019, de 12 de desembre (MP: Pedro José Vela Torres; ECLI:ES:TS:2019:3922), i 3/2020, de 8 de gener (MP: Pedro José Vela Torres; ECLI:ES:TS:2020:9).

87. En particular, la STS, Sala Primera, 463/2019, d'11 de setembre, estableix en l'ap. 10 del FJ 8è els criteris següents, que s'han d'aplicar als procediments d'execució hipotecària en curs en els quals no s'hagi produït encara l'entrega de la possessió a l'adquirent:

a) Els processos en què, amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 1/2013, es va donar per vençut el préstec per aplicació d'una clàusula contractual nul·la, hauran de ser sobreseguits sense més tràmit.

b) Els processos en què, amb posterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 1/2013, es va donar per vençut el préstec per aplicació d'una clàusula contractual reputada nul·la i l'incompliment del deutor no reuneixi els requisits de gravetat i proporcionalitat exposats abans, hauran de ser igualment sobreseguits.

c) Els processos referits en l'apartat anterior, en què l'incompliment del deutor revesteixi la gravetat prevista en la LCCI, podran continuar la seva tramitació.

d) Les interlocutòries de sobreseïment dictades conforme als apartats a i b anteriors no tindran efecte de cosa jutjada respecte d'una nova demanda executiva basada no en el venciment anticipat per previsió contractual, sinó en l'aplicació de disposicions legals (Interlocutòria del TJUE de 3 de juliol de 2019, assumpte C-486/16). Solució que no pugna amb l'article 552.3 LEC, ja que no es tracta d'un segon despatx d'execució amb fonament en el mateix títol, sinó d'execucions basades en diferents títols (el contracte en el primer cas i la llei en el segon).

e) S'ha d'entendre que les disposicions legals mencionades en l'apartat anterior són les contingudes en la Llei de contractes de crèdit immobiliari, tot i que les resolucions del TJUE es refereixin expressament a l'art. 693.2 LEC en la redacció introduïda per la Llei 1/2013 i pugui haver-hi alguna discordança amb la disposició transitòria primera, ap. 4, de la Llei 5/2019.

ments d'execució en curs.⁸⁸ La facultat dels òrgans jurisdiccionals superiors d'un estat membre d'elaborar criteris harmonitzadors en relació amb el caràcter abusiu de les clàusules contractuals ha estat declarada conforme a la Directiva 93/13 pel TJUE en les seves sentències de 7 d'agost de 2018 (cas Banco Santander, C-96/16 i C-94/17)⁸⁹ i de 14 de març de 2019 (cas Dunai, C-118/17).

5.1. EL CONTRACTE DE PRÉSTEC HIPOTECARI NO POT SUBSISTIR SENSE LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT ABUSIVA

El Tribunal Suprem respon negativament a la qüestió de la subsistència jurídica del contracte de préstec hipotecari sense la clàusula de venciment anticipat abusiva. En particular, estima que el contracte de préstec hipotecari de llarga durada esdevé ineficax si «la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa».⁹⁰ És a dir, si el prestador no té la possibilitat de resoldre anticipadament el préstec i d'executar la garantia en el procediment d'execució hipotecària per a reintegrar-se la totalitat del capital degut i els interessos meritats, en cas que s'hagi produït l'impagament del prestatari.

La Sentència del Tribunal Suprem aplica la doctrina de la STJUE del cas Pere-ničová i, en especial, la de les conclusions de l'advocada general en aquell assumpte, i afirma que el contracte de préstec hipotecari no pot subsistir, des d'un punt de vista objectiu, perquè el negoci no s'hauria realitzat sense la clàusula de venciment anticipat nul·la, conforme a la voluntat comuna real o hipotètica d'ambdues parts.

En efecte, d'acord amb el Tribunal Suprem, el contracte de préstec hipotecari és un negoci jurídic unitari o complex perquè, tot i que préstec i hipoteca són dues figures jurídiques diferenciades, ambdues conformen una única institució.⁹¹ Les causes del préstec i de la hipoteca «están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago».⁹² En altres paraules, el fonament de la celebració del contracte de préstec hipotecari és que

88. La STS 463/2019, d'11 de setembre, es va dictar després que algunes audiències provincials ja haguessin fixat el seu criteri respecte de les conseqüències de la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat en el procediment hipotecari, tal com posa de manifest José María FERNÁNDEZ SEIJO, «La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica», *Diario La Ley*, núm. 9479 (17 setembre 2019), «Sección Tribuna», p. 1.

89. ECLI:EU:C:2018:643.

90. FJ 8è, ap. 8.

91. FJ 8è, ap. 5.

92. FJ 8è, ap. 7.

el consumidor obté crèdit més barat a canvi que l'entitat financera obtingui una garantia eficaç en cas d'impagament.

Conclou, per tant, que en el «préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia». En canvi, la Sentència afirma que no succeiria el mateix en el cas dels préstecs personals, en què «la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato».⁹³

Per acabar, seguint el que ja ha defensat la mateixa Sala en la seva jurisprudència anterior, el Tribunal afirma que cal integrar la clàusula de venciment anticipat nul·la amb la finalitat d'evitar que la nul·litat del contracte exposi el consumidor a conseqüències especialment perjudicials. En concret, per a eludir «la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas económicas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria [...] y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC [...], con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo».⁹⁴

La conclusió a què arriba la STS 463/2019, d'11 de setembre, és satisfactòria. La nul·litat de la clàusula de venciment anticipat en préstecs hipotecaris genera una llacuna en el contracte que cal integrar. Si l'entitat financera no pot acudir als remeis i a les vies processals propis del contracte escollit, el contracte no pot subsistir. A més, aquesta solució evita que milers de procediments d'execució hipotecària que es trobaven suspesos en el moment en què es va publicar la Sentència, no se sobreseguin. La solució contrària hauria obligat el prestador a iniciar un nou procés declaratiu i un posterior procés executiu ordinari, i això que en quasi la totalitat dels casos el consumidor havia estat sense pagar la quota del préstec hipotecari més de dotze o quinze terminis mensuals —que és l'estat moratori que l'article 24 LCCI requereix per vèncer anticipadament el préstec— i, per tant, es trobava en un estat de morositat molt elevat.⁹⁵ En definitiva, la solució del Tribunal Suprem permet evitar la innecessària duplicació successiva de procediments i la saturació encara major dels tribunals de justícia.⁹⁶

No obstant això, la STS 463/2019, d'11 de setembre, ha estat fortament criticada per les conseqüències que comporta respecte dels préstecs personals que inclouen clàusules de venciment anticipat abusives. Segons Fernando Pantaleón, el Tribunal Suprem no hauria d'haver fonamentat la impossibilitat de subsistència jurídica del préstec hipotecari en la desnaturalització de la garantia real —que no es veu des-

93. FJ 8è, ap. 8.

94. FJ 8è, ap. 9.

95. José María MARTÍN FABÁ, «Notas a la sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas y los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso», *Centro de Estudios de Consumo* (en línia), 14 de setembre de 2019, p. 10.

96. Fernando GÓMEZ POMAR, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos?», p. 12.

naturalitzada, sinó que únicament té una utilitat menor per al prestador—, sinó en la naturalesa sinal·lagmàtica del contracte.⁹⁷ L'aplicació d'aquesta diferenciació ha portat la Sala Primera del Tribunal Suprem a defensar en diversos pronunciaments⁹⁸ que en «los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato». Per tant, a estimar que no es donen els requisits exigits per la jurisprudència del TJUE per a integrar la clàusula de venciment anticipat abusiva. A més, d'acord amb aquesta jurisprudència, en els préstecs personals no hi ha una disposició legal que permeti el venciment anticipat com a pacte o previsió legal, a diferència del que succeeix en els préstecs hipotecaris (art. 693.2 LEC i 24 LCCI).

5.2. INTEGRACIÓ DE LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT AMB L'ARTICLE 693.2 DE LA LLEI D'ENJUDICIAMENT CIVIL, CONFORME A LA INTERPRETACIÓ REALITZADA EN LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPREM 705/2015 I 79/2016

En relació amb la qüestió relativa a la norma amb la qual han d'integrar els tribunals la llacuna contractual derivada de la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat, la STS 463/2019, d'11 de setembre, estableix que s'ha d'integrar amb l'article 693.2 LEC en la versió introduïda per la Llei 1/2013, tal com indiquen la sentència del cas Abanca i les tres interlocutòries de 3 de juliol de 2019 esmentades. No obstant això, segons la Sala Primera l'article 693.2 LEC no s'ha d'aplicar literalment, sinó conforme a la interpretació que el tribunal en va fer en les sentències 705/2015, de 23 de desembre, i 79/2016, de 18 de febrer.⁹⁹

En particular, el Tribunal Suprem declara en primer lloc que s'han de complir les condicions mínimes establertes en l'article 693.2 LEC en la seva versió introduïda per la Llei 1/2013, és a dir, l'incompliment d'almenys tres quotes mensuals o el seu equivalent, sempre que l'escriptura de constitució es trobi inscrita en el Registre de la Propietat i hi consti la clàusula de venciment anticipat.

Una vegada complerts els requisits anteriors, el Tribunal Suprem assenyala que els tribunals han d'aplicar el règim de venciment anticipat respectuós amb la doctrina de la sentència del cas Aziz, que va establir en les sentències 705/2015, de 23 de

97. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III)», *Almacén de Derecho* (blog), 19 d'abril de 2020, p. 15, disponible en línia a <almacendederecho.org> (última consulta: 20 maig 2020).

98. Sentències del Tribunal Suprem, Sala Primera, 101/2020, de 12 de febrer (MP: Pedro José Vela Torres; ECLI:ES:TS:2020:336), 105/2020, de 19 de febrer (MP: Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2020:500), 106/2020, de 19 de febrer (MP: Rafael Sarazá Jimena; ECLI:ES:TS:2020:501), i 107/2020, de 19 de febrer (MP: Ignacio Sancho Gargallo; ECLI:ES:TS:2020:503).

99. FJ 8è, ap. 9.

desembre, i 79/2016, de 18 de febrer. És a dir, «los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

»Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuantas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor».¹⁰⁰

L'element innovador de la STS 463/2019, d'11 de setembre, és que estableix que per a determinar si el venciment anticipat exercit pel prestador està justificat, els tribunals han d'aplicar com a «elemento orientativo de primer orden» els requisits de l'article 24 LCCI. La Sentència considera que aquesta aplicació és conforme amb la Directiva 93/13 perquè «[l]a STJUE de 20 de septiembre, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de derecho nacional aprobada con posterioridad».¹⁰¹

Tal com s'ha assenyalat en analitzar el nou règim del venciment, el subapartat quart de la disposició transitòria primera de la LCCI no és aplicable als contractes de préstec celebrats amb anterioritat a la seva entrada en vigor —el 16 de juny de 2019— si el prestador havia vençut anticipadament el contracte abans d'aquella data. En conseqüència, la Sala Primera no podia integrar directament el contracte de préstec hipotecari amb l'article 24 LCCI perquè aniria en contra del tenor literal de la Llei.

El motiu de la retroactivitat limitada de l'article 24 LCCI —la voluntat del legislador estatal de no intervenir en l'assumpte del cas Abanca i l'esperança dels autors del subapartat quart de la disposició transitòria primera que el TJUE acabaria estimant les conclusions de l'advocat general del TJUE, M. Szpunar, en l'assumpte—, així com el pronunciament del TJUE en la sentència del cas Abanca favorable a la integració de la clàusula de venciment anticipat, fan concloure que la solució adoptada pel Tribunal Suprem és encertada. A més, la regla de l'article 24 LCCI és més protectora per al consumidor que l'article 693.2 LEC en la redacció introduïda per la Llei 1/2013, ja que exigeix un estat moratori major per tal de permetre el venciment anticipat del préstec.¹⁰²

100. FJ 8è, ap. 10.

101. FJ 8è, ap. 10.

102. Amb anterioritat a la STS, Sala Primera, 463/2019, d'11 de setembre, Fernando PANTALEÓN PRIETO, «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado», p. 9, ja s'havia mostrat a favor d'integrar la llacuna del contracte generada per la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat, amb l'article 24 LCII, per la via d'entendre que concreta, per als préstecs hipotecaris amb consumidors, la regla general sobre resolució per incompliment de l'article 1124 CC. En contra de l'aplicació orientadora de l'article 24 LCCI, vegeu José María MARTÍN FABA, «Notas a la sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», p. 11, qui considera que integrar una clàusula abusiva és contradir el text literal i que es vulnera el principi constitucional de seguretat jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. «La sentència del TJUE sobre clàusulas de vencimiento anticipado». *Almacén de Derecho* (blog), 26 de març de 2019. Disponible en línia a: <almacenederecho.org> [última consulta: 20 maig 2020].
- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo». A: ARROYO AMAYUELAS, Esther; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (dir.). *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 65-96.
- CARRASCO PERERA, Ángel. «Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, o cada día un poco más cerca del abismo». *Análisis GA&P*, diciembre de 2015, p. 1-7.
- CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María. «La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica». *Diario La Ley*, núm. 9479 (17 setembre 2019), «Sección Tribuna», p. 1-10.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE». *InDret*, núm. 2/2019, p. 1-12 [editorial].
- MARTÍN FABA, José María. «Capítulo XIII. Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado». A: CARRASCO PERERA, Ángel (dir.). *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario* [en línia]. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. RB-13.1 - RB-13.23.
- MARTÍN FABA, José María. «Notas a la sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas y los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso». *Centro de Estudios de Consumo* [en línia], 14 de setembre de 2019, p. 1-13.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «Artículo 1129 CC». A: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). *Comentarios al Código civil*. València: Tirant lo Blanch, 2013, p. 8298-8306.
- MILÀ RAFEL, Rosa; AGÜERO ORTIZ, Alicia. «Control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017». A: RUDA GONZÁLEZ, Albert; JEREZ DELGADO, Carmen (coord.). *Estudios sobre jurisprudencia europea: Materiales del I y II Encuentro Anual del Centro Español del European Law Institute*. Madrid: Sepín, p. 627-646.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado». *Almacén de Derecho* (blog), 31 de març de 2019. Disponible en línia a: <almacenederecho.org> [última consulta: 20 maig 2020].

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas». *Almacén de Derecho* (blog), 6 de juny de 2019. Disponible en línea a: <almacendederecho.org> [última consulta: 20 maig 2020].
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (I)». *Almacén de Derecho* (blog), 22 de març de 2020. Disponible en línea a: <almacendederecho.org> [última consulta: 20 maig 2020].
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III)». *Almacén de Derecho* (blog), 19 d'abril de 2020. Disponible en línea a: <almacendederecho.org> [última consulta: 20 maig 2020].
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*. València: Tirant lo Blanch, 2019.
- PUYALTO FRANCO, María José. *Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos bancarios al consumo*. Madrid: Dykinson, 2007.

LA REFORMA DE L'OBLIGACIÓ D'OFERIR UNA PROPOSTA DE LLOGUER SOCIAL I ALTRES NOVETATS DEL DECRET LLEI 17/2019. UNA ANÀLISI DES DEL DRET PRIVAT

Laura Esteve Alguacil
Idoia Elizalde Salazar
Investigadores predoctorals
Departament de Dret Civil
Universitat Pompeu Fabra

Resum

El Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per a millorar l'accés a l'habitatge, ha incorporat una sèrie de reformes a la normativa catalana amb la finalitat de resoldre l'emergència en matèria d'accés a l'habitatge. El present article analitza les que tenen una major incidència civil: la reforma de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social, la nova definició del concepte d'*habitatge buit*, l'ampliació d'alguns supòsits d'expropiació forçosa fonamentats en l'incompliment de la funció social de la propietat, la reforma i la introducció de nous drets de tanteig i retracte de l'Administració i les mesures per a propiciar una moderació dels preus del lloguer articulades mitjançant l'índex de referència de preus de lloguer d'habitatges. L'article posa de manifest que la possibilitat de consecució de les finalitats exposades pel legislador en aquesta matèria queda fortament colpida pels efectes civils reduïts (o inclús inexistents) de moltes de les mesures.

Paraules clau: dret a l'habitatge, mesures urgents, lloguer social, habitatge buit.

LA REFORMA DE LA OBLIGACIÓN DE OFRECER UNA PROPUESTA DE ALQUILER SOCIAL Y OTRAS NOVEDADES DEL DECRETO LEY 17/2019. UNA ANÁLISIS DESDE EL DERECHO PRIVADO

Resumen

El Decreto ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, ha incorporado una serie de reformas a la normativa catalana con el fin de resolver la emergencia en materia de acceso a la vivienda. El presente artículo analiza las que tienen una mayor incidencia civil: la reforma de la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social, la nueva definición del concepto de *vivienda vacía*, la ampliación de algunos supuestos de

expropiación forzosa fundamentados en el incumplimiento de la función social de la propiedad, la reforma e introducción de nuevos derechos de tanteo y retracto de la Administración y las medidas para propiciar una moderación de los precios del alquiler articuladas mediante el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas. El artículo pone de manifiesto que la posibilidad de consecución de las finalidades expuestas por el legislador en esta materia queda fuertemente debilitada por los efectos civiles reducidos (o incluso inexistentes) de muchas de las medidas.

Palabras clave: derecho a la vivienda, medidas urgentes, alquiler social, vivienda vacía.

THE LEGAL REFORM OF MANDATORY SOCIAL RENT PROPOSALS
AND OTHER CHANGES IN HOUSING LAW BY DL 17/2019.
AN ANALYSIS FROM PRIVATE LAW

Abstract

Decret llei 17/2019, of December 23, on urgent measures to improve the access to housing, has reformed several Catalan norms in order to address the current access to housing emergency. This article analyzes those with the highest private incidence: the reformed obligation to offer a social rent proposal, the new definition of the concept of empty dwelling, the expansion of some cases of forced expropriation based on an infringement of the social function of property, the reform and introduction of new preferential rights and rights of withdrawal of the Administration and measures to promote a moderation of rental prices articulated by means of the benchmark index of rental prices of homes. The article shows that the possibility of achieving the purposes set forth by the legislator in this matter is strongly weakened by the reduced (or even non-existent) civil effects of many of the measures.

Keywords: right to adequate housing, urgent measures, rented social housing, empty dwelling.

1. PRESENTACIÓ DEL DECRET LLEI 17/2019, DE 23 DE DESEMBRE, DE MESURES URGENTS PER A MILLORAR L'ACCÉS A L'HABITATGE

El Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per a millorar l'accés a l'habitatge (en endavant, DL 17/2019),¹ entrà en vigor el passat 31 de desembre de 2019. Posteriorment reformat pel Decret llei 1/2020, de 21 de gener (en endavant, DL 1/2020),² va ser validat pel Parlament de Catalunya el 5 de febrer de 2020.³

Fent ús de la seva competència exclusiva en matèria d'habitatge (art. 137.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya [EAC]) i amb l'aprovació del DL 17/2019, el Govern de la Generalitat de Catalunya pretén afrontar els «reptes immediats» en matèria d'accés a l'habitatge, «fonamentalment, mitjançant l'increment del parc d'habitatge protegit i de l'oferta general dels habitatges en règim de lloguer».⁴ Tècnicament, les mesures aprovades pel DL 17/2019, encaminades a afrontar dits reptes, s'aproven com a modificacions de diverses normes anteriors en matèria d'habitatge, principalment la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge,⁵ la Llei 24/2015, del 29 de juliol, de mesures urgents per a afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica,⁶ la Llei 4/2016, del 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial,⁷ i el Decret llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària.⁸

Aquest treball té com a objectiu principal analitzar críticament les mesures introduïdes pel DL 17/2019 amb major incidència en l'ordre privat i civil. Així, està dividit en cinc apartats addicionals. En l'apartat següent analitzem la mesura més controvertida reformada per aquest decret llei: l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social. En el tercer apartat analitzem una reforma molt lligada a aquesta obligació: la de la definició d'*habitatge buit* de la LDH. En l'apartat quart donem notícia de les novetats quant a supòsits d'expropiació forçosa d'habitatges. En l'apartat cin-

1. Publicat al *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), núm. 8032 (30 desembre 2019).

2. Publicat al DOGC, núm. 8047 (22 gener 2020). Validat per la Resolució 751/XII del Parlament de Catalunya, de validació del Decret llei 1/2020, del 21 de gener, pel qual es modifica el Decret llei 17/2019, del 23 de desembre, de mesures urgents per a millorar l'accés a l'habitatge. Aquest Decret llei ha estat objecte del Dictamen 2/2020, de 17 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries.

3. Resolució 732/XII del Parlament de Catalunya, de validació del Decret llei 17/2019, del 23 de desembre, de mesures urgents per a millorar l'accés a l'habitatge (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* [BOPC], núm. 538 [10 febrer 2020]; DOGC, núm. 8062 [12 febrer 2020]).

4. Exposició de motius, p. 2.

5. En endavant, LDH.

6. En endavant, Llei 24/2015.

7. En endavant, Llei 4/2016.

8. En endavant, DL 1/2015.

què comentem dos supòsits de dret de tanteig i retracte de l'Administració que el DL 17/2019 crea o modifica. Finalment, en l'apartat sisè comentem les mesures per a propiciar una moderació dels preus del lloguer dels habitatges lliures, que, sense significar limitacions de renda als lloguers lliures, sí que representen noves obligacions relatives a l'índex de preus de referència del lloguer.

Així doncs, en aquest treball no abordarem el capítol 2 del DL 17/2019, de modificacions del text refós de la Llei d'urbanisme; amb una excepció: l'article 10, que modifica els articles 173 i 174 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme, el qual analitzarem quan tractem els drets de tanteig i retracte de l'Administració.

2. LA MODIFICACIÓ DE L'OBLIGACIÓ D'OFERIR UNA PROPOSTA DE LLOGUER SOCIAL

Malgrat l'enrenou que l'aprovació del DL 17/2019 va causar amb relació a l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social,⁹ aquesta obligació no era pas nova, sinó que, com ja hem avançat, havia estat introduïda pel legislador català l'any 2015 en l'article 5 de la Llei 24/2015.¹⁰ És també l'article 5 del DL 17/2019 el que modifica dit article de la Llei 24/2015 i hi introdueix una nova disposició addicional, la primera, en què també s'introdueixen canvis respecte a l'obligació que ara ens ocupa.

Potser una raó que l'obligació d'oferir un lloguer social aparegués amb força en el debat social en el moment de l'aprovació del DL 17/2019 és que la Llei 24/2015 havia estat suspesa durant pràcticament tota la seva vigència i, per tant, hi havia hagut poques oportunitats per a la seva aplicació. El 5 de maig de 2016 el Govern de l'Estat en funcions, del Partit Popular, va interposar un recurs d'inconstitucionalitat (núm. 2501/2016) contra alguns preceptes de la mateixa Llei, que havia entrat en vigor feia menys d'un any, el 6 d'agost de 2015. El 3 de juny de 2016 el Ple del Tribunal Constitucional va ordenar la suspensió provisional d'alguns dels seus preceptes, entre els quals es trobava l'article 5. Tot i que el procediment va finalitzar mitjançant

9. Per exemple, Custodio PAREJA, «El decreto-ley de vivienda en Cataluña desata la guerra: los expertos hablan de “drama” y “desprotección”», *IdealistaNews*, 27 de gener de 2020, <www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/01/27/779587-el-decreto-ley-de-vivienda-en-cataluna-desata-la-guerra-los-expertos-hablan-de-drama> (última consulta: 16 maig 2020), diu: «Si bien el objetivo es social, los profesionales que se encargan de dinamizar este sector han interpretado este Decreto Ley (en concreto el 17/2019) como un ataque directo al sector privado, tildándolo de “drama” y de “desprotector” para los actores del negocio inmobiliario en toda la comunidad».

10. Aquesta llei va ser fruit d'una iniciativa legislativa popular impulsada per un grup promotor format per l'Observatori DESC, l'Aliança contra la Pobresa Energètica i les plataformes d'Afectats per la Hipoteca de Catalunya. El mateix grup ha estat consultat per a l'elaboració del DL 17/2019.

una sentència en la qual es declarava la inconstitucionalitat d'alguns preceptes (els art. 3 i 4 i la disposició addicional),¹¹ el Govern de l'Estat, que va canviar de signe en el transcurs del procediment, havia desistit prèviament de la major part del recurs (incloent-hi l'article 5). Així, tot i que la Llei ha estat suspesa durant la major part de la seva vigència, la constitucionalitat de l'article 5 no s'ha arribat a analitzar.

En tot cas, com ara veurem, l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social sorgeix en els supòsits determinats legalment entre alguns propietaris d'habitatge (grans tenidors o assimilats) i els ocupants que es trobin en risc d'exclusió residencial.¹² La principal característica d'aquest tipus de contracte és que la renda màxima és determinada per un percentatge reduït dels ingressos de la unitat de convivència ocupant. És una obligació similar, però bastant més àmplia, a la regulada per l'article 1.1 de la Llei estatal 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social.¹³

2.1. SUBJECTES OBLIGATS

Començarem, doncs, per analitzar qui són els potencials subjectes obligats al possible contracte de lloguer social. En la majoria de supòsits, seran els propietaris grans tenidors, d'una banda, i les persones ocupants en risc d'exclusió residencial, de l'altra.

2.1.1. *Gran tenidor o persona jurídica equiparada*

L'apartat 9 de l'article 5 de la Llei 24/2015 ens ofereix la definició de *gran tenidor* als efectes d'aquesta obligació.

D'una banda, tenen aquest caràcter totes les entitats financeres i les seves filials immobiliàries, els fons d'inversió i les entitats de gestió d'actius, incloent-hi els procedents de la reestructuració bancària.

El DL 17/2019, amb la introducció de la nova disposició addicional primera (DA 1a) en la Llei 24/2015, amplia aquest llistat de persones jurídiques a les quals els és atribuït el caràcter de gran tenidor. Passen a ser considerats com a tals els fons de capital de risc i de titulització d'actius.

11. Sentència del Tribunal Constitucional 13/2019, de 31 de gener (magistrat ponent: Andrés Ollero Tassara).

12. Vegeu en l'annex I un quadre resum de quins subjectes estan obligats a oferir un lloguer social i en quins supòsits.

13. Publicat al *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 116 (14 maig 2013).

L'atribució directa d'aquesta condició a aquest tipus de persones jurídiques sembla raonable en un sector immobiliari com el de Catalunya (o del conjunt de l'Estat espanyol), on cada vegada més sembla que són els grans fons d'inversió els que aconsegueixen la titularitat dels habitatges.¹⁴ Ara bé, la redacció dels preceptes, que introdueixen una enumeració de *numerus clausus*, podria ser millorada perquè pot deixar fora molts casos dignes de ser generadors d'aquesta obligació. En primer lloc, crida l'atenció que només es considerin les filials immobiliàries de les entitats bancàries i no s'inclouin també, per exemple, les filials immobiliàries dels fons d'inversió. En general, és criticable que la redacció del precepte no permeti la inclusió de tot l'entramat d'empreses participades per societats gestores de fons d'inversió, que són les qui, en última instància, ostenten la titularitat dels habitatges amb els quals fan negoci.¹⁵

D'altra banda, es formula una descripció genèrica de *gran tenidor*. Originalment, la Llei 24/2015 atorgava aquesta condició a les persones jurídiques que eren titulars d'una superfície habitable de més de 1.250 m².

El DL 17/2019 reformula aquesta definició: en primer lloc, passa del criteri de superfície habitable al de nombre concret d'habitatges sobre els quals s'ostenta la titularitat; i, en segon lloc, permet que també les persones físiques puguin ser considerades grans tenidores d'habitatge. Així, en l'actualitat qualsevol persona física o jurídica propietària de més de quinze habitatges passa a ser considerada gran tenidora a efectes de la Llei 24/2015 i, per tant, susceptible d'estar obligada a oferir una proposta de lloguer social si es verifiquen la resta de requisits.

El Decret llei canvia de criteri amb la intenció que sigui més objectiu, ja que a la pràctica el criteri de la superfície podia ser confús perquè no és estrany que existeixin discrepàncies entre la superfície que consta al Registre de la Propietat i la que consta al cadastre, per exemple. No obstant això, aquest nou criteri no està exempt d'ambigüitats i a la pràctica també pot plantejar dubtes. Per exemple, no es determina com s'hauria de computar la titularitat d'una quota indivisa de propietat, ni tampoc s'especifica si els habitatges sobre els quals s'ostenta la titularitat han d'estar radicats en un territori

14. És difícil trobar estadístiques fiables sobre la titularitat dels habitatges a Catalunya o a l'Estat espanyol, però és un fet freqüentment comentat a la premsa: <www.eleconomista.es/construccion-inmobiliario/noticias/9687211/02/19/Cerberus-Lone-Star-y-Bain-siguen-a-Blackstone-y-planean-lanzar-socimis.html> (última consulta: 16 maig 2020); <www.eldiario.es/economia/senores-ladrillo-expulsando-vecinos-ciudades_0_745425879.html> (última consulta: 16 maig 2020).

15. Un exemple d'aquest tipus de pràctica podria ser el fons d'inversió Blackstone. El gegant internacional està format per un complicat entramat de societats de diferents formes jurídiques. El que trobem és que són societats immobiliàries nacionals participades per filials de Blackstone, les quals es dediquen a comprar i arrendar habitatges. Dos exemples d'aquesta pràctica podrien ser Fidere Patrimonio Socimi, SA a la Comunitat de Madrid (<www.fidere-socimi.com/> [última consulta: 16 maig 2020]) i Anticipa Real Estate, SL a Catalunya (<www.anticipa.com/corp/es/anticipa-real-estate> [última consulta: 16 maig 2020]).

concret, com pot ser Catalunya, o si, per contra, computen també els habitatges situats a la resta de l'Estat espanyol o, inclús, a l'estranger.¹⁶

També s'ha de posar de manifest que en el preàmbul del DL 17/2019 s'ha optat per la xifra de quinze habitatges sense cap justificació; una xifra que entenem bastant folgada, sobretot si la comparem amb la que conté l'article 4 del Reial decret llei 11/2020, de 31 de març, pel qual s'adopten mesures urgents complementàries en l'àmbit social i econòmic per a fer front a la covid-19: «[...] la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m²». A banda de fer servir un criteri alternatiu entre el nombre concret d'immobles i la superfície construïda, no limita els immobles als que tinguin la consideració d'habitatges i baixa el llindar als deu.

En qualsevol cas, la Llei estableix que estan exempts de tenir aquesta consideració de grans tenidors els promotors socials i les persones que tinguin més d'un 15% de la superfície habitable de la propietat, qualificada com a habitatges amb protecció oficial destinats al lloguer.

Finalment, l'article 5.2b de la Llei 24/2015, que no ha estat modificat pel DL 17/2019, estableix que també tenen l'obligació d'oferir un lloguer social, només en determinats supòsits que analitzarem més endavant, les persones jurídiques que la Llei considera equiparades amb els grans tenidors. Són les que hagin adquirit després del 30 d'abril de 2008 habitatges que siguin, en una primera transmissió o en transmissions ulteriors, provinents d'execucions hipotecàries, provinents d'acords de compensació de deutes o de dacions en pagament o provinents de compravendes que tinguin com a causa la impossibilitat de retornar el préstec hipotecari.

Pel que fa a la identificació del gran tenidor, no hauria de representar un problema per a les persones afectades, ja que l'accés al Registre de la Propietat per a consultar el nombre d'habitatges que algú té en titularitat és públic. No obstant això, a la pràctica és dubtós que: primer, totes les persones afectades amb dret a un lloguer social coneguin que tenen aquest dret; segon, sempre puguin sospitar que el titular de l'immoble pot ser un gran tenidor, i, tercer, sàpiguen que poden tenir accés a aquesta informació mitjançant l'accés públic, però no pas gratuït, al Registre de la Propietat. En conclusió, les principals novetats que introdueix el DL 17/2019 són: a) l'extensió de l'atribució directa de la consideració de gran tenidor als fons de capital de risc i de titulització d'actius; b) el canvi i l'adopció d'un criteri basat en el nombre d'habitatges

16. En qualsevol cas, la premsa ha posat de manifest la dificultat que poden tenir els ocupants d'un habitatge (en aquest cas, els arrendataris) per a saber si el propietari de l'habitatge és un gran tenidor (l'article fa referència a un altre tipus de gran tenidor, com comentarem més avall): M. José G. SERRANILLOS, «¿Cómo puedo saber si mi casero es dueño de diez pisos?», *Expansión*, 2 d'abril de 2020: <www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2020/04/02/5e83cd3f468aeb346f8b45a0.html> [última consulta: 16 maig 2020]).

en propietat (quinze) per a ser considerat gran tenidor, i c) la possibilitat que les persones físiques també puguin ostentar dita consideració.

2.1.2. *Persones en risc d'exclusió residencial*

Adicionalment, perquè es generi l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social, el propietari gran tenidor s'ha de trobar que algun dels seus habitatges estigui ocupat per persones en risc d'exclusió residencial. Aquest és un requisit i un concepte que ja consideraven els apartats 10 i 11 de l'article 5 de la Llei 24/2015 i que el DL 17/2019 no modifica en cap sentit.

La Llei 24/2015 va prendre com a índex per a determinar si una persona es troba en risc d'exclusió residencial, l'indicador de renda de suficiència de Catalunya (en endavant, IRSC). Actualment, l'IRSC està fixat en 569,12 € mensuals o 7.967,73 € anuals.¹⁷ Entén que les persones i unitats familiars es troben en situació de risc d'exclusió residencial sempre que tinguin uns ingressos¹⁸ inferiors a dues vegades l'IRSC, si es tracta de persones que viuen soles; a 2,5 vegades l'IRSC, si es tracta d'unitats de convivència, i a tres vegades l'IRSC, en cas de persones amb discapacitat o amb gran dependència.

Cal apuntar que sembla que per a determinar si existeix risc d'exclusió residencial només s'han de tenir en compte els ingressos, segons la literalitat del precepte, i no pas el patrimoni o les condicions socials del beneficiari o la beneficiària, com així s'ha considerat, per exemple, en la Llei 13/2006, de 27 de juliol, de prestacions socials de caràcter econòmic, que pren també l'IRSC per a valorar si existeix situació de necessitat. Potser hauria estat oportú que el legislador també hagués inclòs en la Llei 24/2015 el patrimoni de la persona afectada per a valorar la situació de risc d'exclusió residencial, perquè d'aquesta manera s'evitaria que algú amb patrimoni important però que no tingui ingressos pugui sol·licitar un lloguer social.

També segons la interpretació literal de l'article 5 de la Llei 24/2015 s'entén que per a determinar la situació de risc d'exclusió residencial s'haurien de tenir en compte els ingressos sense ponderar.¹⁹ No obstant això, el Decret 75/2014, del Pla per al Dret a l'Habitatge, afegeix un mecanisme per a atorgar un equilibri a les diverses unitats fa-

17. Mentre no s'aprovi la Llei de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per a l'exercici 2020, continua vigent el valor de l'indicador de renda de suficiència de Catalunya de l'any 2017, fixat en la disposició addicional trenta-dosena de la Llei 4/2017, del 28 de març, de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2017.

18. En el cas que els ingressos siguin superiors a 1,5 vegades l'IRSC, cal un informe dels serveis socials que acrediti el risc d'exclusió residencial. I, excepcionalment, es poden superar els llindars si l'informe acredita risc imminent de pèrdua de l'habitatge i no disposició d'alternativa d'habitatge propi.

19. El legislador podria haver especificat que es tracta d'ingressos ponderats, com ho fa quan es refereix al càlcul de la renda del lloguer social, per exemple. Vegeu *infra* l'apartat sobre les rendes.

miliars o unitats de convivència que opten als ajuts. Els ingressos es ponderen segons la zona geogràfica on s'ubica l'habitatge, i en aquest sentit es diferencien quatre zones, i segons el nombre de membres de la unitat, d'entre un i quatre o més membres, d'acord amb els coeficients establerts en l'article 4 del Decret.²⁰

A partir de la combinació d'ambdós coeficients, d'ubicació i de composició de la unitat, i tenint en compte la quantitat fixada per l'IRSC del 2020,²¹ els ingressos mensuals màxims per a apreciar risc d'exclusió residencial en persones sense discapacitat o gran dependència²² són:

		Coeficient C (nombre de membres)			
		1	2	3	4
Coeficient U (zona geogràfica)	A	1.770,61 €	2.281,71 €	2.379,85 €	2.459,18 €
	B	1.659,94 €	2.139,10 €	2.231,11 €	2.305,48 €
	C	1.562,30 €	2.013,27 €	2.099,87 €	2.169,86 €
	D	1.327,96 €	1.711,28 €	1.784,89 €	1.844,38 €

TAULA 1. Ingressos mensuals màxims per a apreciar risc d'exclusió residencial en persones sense discapacitat o gran dependència.

És confús, però, què s'ha d'entendre per unitat de convivència, i més tenint en compte que la Llei 25/2014 utilitza indistintament aquest terme i *unitat familiar* i que no defineix cap dels dos als seus efectes. Entenem que la definició aplicable a efectes d'aquesta Llei és l'establerta en l'article 5 del Decret 75/2014, que considera ingressos de la unitat de convivència, entesa com el conjunt de persones que conviuen en un habitatge, amb independència de si tenen o no relació de parentiu entre elles, la suma dels ingressos de tots els membres que la formen. Entenem, també, que el precepte previst en el mateix article per als casos de violència masclista és aplicable per a determinar els ingressos mensuals per a apreciar risc d'exclusió residencial.²³ Per tal de donar resposta a aquesta confusió, el legislador podria haver definit aquests conceptes als efectes de la Llei 25/2014 o podria haver fet una remissió expressa a la llei segons la qual s'han d'interpretar.²⁴

20. Coeficient U (ubicació): zona A: 0,75; zona B: 0,80; zona C: 0,85; zona D: 1. I coeficient C (composició de la unitat): 1 membre: 1; 2 membres: 0,97; 3 membres: 0,93; 4 membres o més: 0,90.

21. Recordem: 569 € mensuals o 7.967,73 € anuals.

22. Per a saber quins són els ingressos mensuals màxims per a apreciar risc d'exclusió residencial amb persones amb discapacitat o gran dependència, vegeu la taula 3 en l'annex II, «Llindars per a apreciar risc d'exclusió residencial».

23. L'article 4.1 *in fine* del Decret 75/2014 preveu que «[e]n els casos de violència masclista, s'han de tenir en compte únicament les rendes o ingressos personals de què disposi la persona sol·licitant».

24. Altres lleis diferents del Decret 75/2014 també defineixen aquests conceptes o similars. Per exem-

Finalment, cal fer menció del deure que té la persona obligada a oferir el lloguer social, de recopilar tota la informació dels possibles beneficiaris. Segons els articles 5.1 i 5.2 de la Llei 24/2015, correspon al gran tenidor recopilar la informació per a determinar que aquests compleixen els requisits per a ser considerats en risc d'exclusió residencial, per això prèviament ha de requerir-los la informació.

Pot plantejar-se, no obstant això, fins a quin punt aquest precepte respecta el dret a la privacitat i a la intimitat personal de les persones reconegut en l'article 18 de la Constitució espanyola (CE). D'altra banda, en un dels pocs casos en què s'ha arribat a judicialitzar aquesta qüestió, el subjecte obligat a oferir el lloguer social va al·legar aquesta inaccessibilitat a la informació.²⁵ Però els magistrats van considerar que les persones obligades no havien dut a terme l'activitat suficient per a recopilar aquesta informació.²⁶

2.2. SUPÒSITS GENERADORS DE L'OBLIGACIÓ

La redacció original de l'article 5 de la Llei 24/2015 disposava que aquesta obligació es generava en tres supòsits diferents, continguts en els apartats primer i segon. L'article 5 del DL 17/2019 modifica i amplia els dos supòsits de l'apartat segon i regula un nou supòsit mitjançant la inclusió d'una nova disposició addicional primera. Adicionalment, la disposició transitòria primera del DL 17/2019 introdueix una clàusula de retroactivitat d'aquesta obligació en alguns casos.

ple, l'article 14 de la Llei 13/2006, de 27 de juliol, de prestacions socials de caràcter econòmic, sobre els conceptes d'*unitat familiar* i *unitat de convivència* remet a la definició establerta pels articles 2 i 3 de la Llei 18/2003, del 4 de juliol, de suport a les famílies; o la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social, defineix, en l'article 1.2, els executats hipotecaris vulnerables susceptibles de rebre un lloguer social: les famílies nombroses, les monoparentals i les que inclouen menors, persones amb algun tipus de discapacitat reconeguda o una víctima de violència de gènere, així com els deutors majors de seixanta anys i les famílies en les quals el deutor hipotecari es trobi en situació de desocupació.

25. Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Tretzena, 417/2016, de 20 de desembre, fonament jurídic (FJ) 1: «La ejecutante presentó escrito, acompañando comunicaciones a los ejecutados, vía burofax, ofreciendo la posibilidad de solicitar alquiler social, alegando no haber sido posible recabar más datos económicos para valorar la concurrencia de los presupuestos legales previstos al efecto, así como que, de alegarse y acreditarse estar en alguno de los supuestos de forma sobrevenida, se compromete a valorar y proponer una oferta de alquiler social a los afectados»; veg. també el FJ 2 *in fine*.

26. Íbidem, FJ 5: «No consta actividad suficiente de la actora dirigida a recopilar todos los datos, ni por ello su comprobación por la misma, para garantizar que los demandados cumplen los requisitos antedichos».

2.2.1. *Alguns supòsits d'adquisició d'habitatge*

En primer lloc trobem els supòsits continguts en l'article 5.1 de la Llei 24/2015, els quals no han estat directament modificats pel DL 17/2019.

D'acord amb aquest article, existeix l'obligació d'oferir una proposta de lloguer socials als ocupants d'un habitatge en risc d'exclusió residencial per part de qualsevol persona que adquireixi dit habitatge mitjançant: *a)* l'assoliment d'un acord de compensació o dació en pagament de préstecs o crèdits hipotecaris sobre l'habitatge habitual, o *b)* una compravenda que tingui com a causa de la venda la impossibilitat per part del prestatari de retornar el préstec hipotecari.

Cal tenir en compte que la dicció literal d'aquest article no requereix que l'adquirent i obligat a oferir la proposta de lloguer social tingui la consideració de gran tenidor.²⁷ De fet, la definició de *gran tenidor* s'afegeix en l'apartat següent de l'article.

2.2.2. *Reclamació d'un deute hipotecari*

En segon lloc, l'article 5.2 de la Llei 24/2015 establia, prèviament a la modificació del DL 17/2019, l'obligació d'oferir un lloguer social abans d'interposar qualsevol «demanda judicial d'execució hipotecària». El DL 17/2019 modifica la redacció de l'article 5.2 per una «acció executiva derivada de la reclamació d'un deute hipotecari».

D'aquesta manera, s'estén l'obligació d'oferir un lloguer social abans d'iniciar qualsevol acció executiva judicial o extrajudicial de reclamació d'un deute hipotecari.

2.2.3. *Impagament de lloguer o venciment de la durada del contracte*

En tercer lloc, el mateix article 5.2 de la Llei 24/2015 inclou un segon supòsit que genera aquesta obligació: abans d'interposar una demanda de desnonament per impagament de rendes de lloguer. En aquest supòsit també són potencials obligades les persones jurídiques equiparades amb grans tenidors d'habitatges de l'article 5.2*b* de la Llei 24/2015.

27. A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda», *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), núm. 9573 (13 febrer 2020), «Sección Tribuna», p. 1-18, esp. p. 4. Seminari «Novetats legals sobre dret d'habitatge a Catalunya», organitzat per Enfoque XXI a la Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona el 6 de febrer de 2020. Ara bé, pensem, per la naturalesa del supòsit, que l'adquirent és normalment una entitat bancària.

Ara el DL 17/2019, mitjançant la introducció de la disposició addicional primera de la Llei 24/2015, amplia aquest supòsit lligat als contractes d'arrendament, també als supòsits de desnonament per venciment de la durada del contracte.²⁸

Crida l'atenció, però, que aquesta ampliació tingui una limitació temporal de tres anys des de l'entrada en vigor del DL 17/2019. És a dir, només existeix l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social per venciment de la durada del contracte d'arrendament fins al 31 de desembre de 2022. Potser la idea ha estat intentar compensar la curta durada de tres anys dels lloguers celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor del Reial decret Llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, que va incrementar la durada mínima dels contractes d'arrendaments urbans de la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (en endavant, LAU). Tanmateix, entenem que aquesta limitació temporal té poca operativitat. Davant d'aquesta limitació temporal, les persones en risc d'exclusió residencial amb un contracte d'arrendament amb data de venciment posterior al desembre del 2022 podrien deixar de pagar la renda abans de dita data. I si deixen de pagar la renda, el procediment s'hauria d'iniciar per impagament del lloguer, que, a diferència del procediment per venciment de la durada del contracte, no està subjecte a cap límit temporal.

2.2.4. *Manca de títol jurídic que habiliti l'ocupació*

Segurament la mesura estrella que conté la DA 1a de la Llei 24/2015, incorporada pel DL 17/2019, és l'extensió de l'obligació de l'article 5.2 de la Llei a les demandes de «desnonament per manca de títol jurídic que habiliti l'ocupació».²⁹

En primer lloc, com que és una extensió de l'obligació continguda en l'apartat segon de l'article 5 de la Llei 24/2015, la persona obligada en aquest supòsit, a diferència de les de l'apartat 1, no és qualsevol persona propietària, sinó que ha de ser un gran tenidor. Tampoc no és aplicable a tots els tipus de grans tenidors; tal com indica

28. Segons A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña», p. 4, es tracta d'una mesura antifrau per a evitar que el gran tenidor o assimilat intenti evitar l'obligació d'oferir un lloguer social deixant transcórrer el contracte amb l'arrendador fins al seu venciment per a després interposar la corresponent demanda de desnonament per expiració del termini.

29. Diem estrella perquè ha tingut un ampli ressò mediàtic tant en la premsa *mainstream* i els portals immobiliaris (<www.lavanguardia.com/local/20191223/472413000477/vivienda-generalitat-calvet-desahucio-alquiler.html> [última consulta: 16 maig 2020]; <www.idealista.com/news/inmobiliario/vivienda/2020/02/05/779786-luz-verde-para-la-okupacion-cataluna-obligara-a-legalizarla-con-un-alquiler-social> [última consulta: 16 maig 2020]), com en les plataformes i els mitjans dels moviments socials (<<https://afectadosporlahipoteca.com/2019/12/23/hemos-logrado-ampliar-la-ley-24-2015-catalana-adaptandola-a-las-nuevas-caras-de-la-emergencia-habitacional/>> [última consulta: 16 maig 2020]; <<https://observatoridesc.org/es/ampliamos-proteccion-ley-242015-adaptandola-nuevas-caras-emergencia-habitacional>> [última consulta: 16 maig 2020]).

la lletra *b* de l'apartat 1 de la DA 1a de la Llei 24/2015, aquesta obligació només és exigible quan el demandant (el propietari) «tingui la condició de gran tenidor d'acord amb la lletra *a* de l'apartat 9 de l'article 5 i amb la lletra *a* de l'apartat 3 d'aquesta disposició». És a dir, quan el propietari de l'immoble ocupat tingui atribuïda directament la seva condició de gran tenidor: entitats financeres i les seves filials immobiliàries, fons d'inversió, entitats de gestió d'actius i fons de capital de risc i de titulització d'actius. Queden exemptes, doncs, les persones físiques i les persones jurídiques diferents de les anteriors, independentment del nombre d'habitatges que tinguin en propietat.

En segon lloc, a aquest supòsit se li afegeixen una sèrie de requisits addicionals:

a) Que l'habitatge es trobi en una situació d'utilització anòmal, d'acord amb l'article 41.1a LDH. Són situacions anòmales la desocupació permanent³⁰ (referència a l'article 5.2b), la sobreocupació (art. 3e) i l'infrahabitatge (art. 3f).

Crida l'atenció la referència a l'article 5.2b perquè en la resta de supòsits es fa referència a les definicions de l'article 3 LDH. Entenem que es tracta d'un error involuntari del legislador.

b) Que l'ocupació sense títol hagi tingut inici abans dels sis mesos anteriors a l'entrada en vigor del DL 17/2019.

Per tant, queden excloses del dret a rebre una oferta de lloguer social les persones afectades per ocupacions sense títol jurídic habilitador que s'hagin produït després del 31 de juny de 2019. Entenem que el legislador ha previst un espai temporal per a donar una solució a un grup de persones ja afectades en el moment de l'aprovació del DL, però amb la voluntat de no incentivar futures ocupacions sense títol jurídic habilitador.

c) Que els ocupants no hagin rebutjat cap opció de real·lotjament social en els darrers dos anys.

A priori, aquest requisit sembla raonable. El real·lotjament pot donar solució a la necessitat d'habitatge de les persones afectades. No obstant això, aquí ens plantejem fins on arriben les condicions de real·lotjament que aquestes han d'acceptar o poden rebutjar, ja que sembla una realitat que aquestes condicions no sempre són les d'un habitatge digne.³¹

d) Que els serveis municipals emetin un informe favorable sobre el compliment, per part dels ocupants, dels paràmetres de risc d'exclusió residencial i d'arrelament i convivència en l'entorn veïnal.

Aquest darrer supòsit, introduït en la DA 1a de la Llei 24/2015, ha tingut una rellevància especial en els últims mesos perquè, des de la seva entrada en vigor, ha tin-

30. El concepte d'*habitatge buit* ha estat modificat de manera molt rellevant tant pel DL 17/2019 com pel DL 1/2020, que modifica el primer. Sobre el tema, vegeu l'apartat 3 *infra*.

31. Algunes plataformes socials i iniciatives veïnals ja havien reivindicat anteriorment la millora de les propostes de real·lotjament. La Plataforma d'Afectats per la Hipoteca (PAH), per exemple, va ocupar el 21 de juny de 2019 l'Institut Municipal de Serveis Socials de Barcelona per a exigir real·lotjaments dignes per a les famílies desnonades.

gut un ressò especial l'intent d'aplicació en un procediment de desnonament d'una sèrie d'habitatges ocupats sense títol habilitador en què es complien els requisits exposats. La resposta judicial ha estat no atorgar cap efecte processal als preceptes de la Llei 24/2015.

2.3. CARACTERÍSTIQUES DEL CONTRACTE

Després d'haver delimitat en quins casos i entre quines parts pot sorgir l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social, cal preguntar-se què és exactament un lloguer social. Com veurem, és principalment la renda, a més de la seva obligatorietat, evidentment, el que diferencia un lloguer social d'un contracte de lloguer d'habitatge lliure.

2.3.1. *Renda*

Si bé és la característica més important, el DL 17/2019 no incorpora cap novetat o cap modificació respecte de la redacció original de la Llei 24/2015.

Per tant, perquè la proposta pugui ésser considerada de lloguer social, ha de fixar rendes que garanteixin que l'esforç per al pagament del lloguer no supera els límits següents (art. 5.7 Llei 24/2015): 10 % dels ingressos ponderats de la unitat familiar, si estan per sota del 0,89 de l'IRSC; 12 % dels ingressos ponderats de la unitat familiar, si estan per sota del 0,95 de l'IRSC, o 18 % dels ingressos ponderats de la unitat familiar, si són iguals o superiors al 0,95 de l'IRSC.

Els coeficients de ponderació dels ingressos de la unitat familiar estan previstos en l'article 4.2 del Decret 75/2014, de 27 de maig, del Pla per al Dret a l'Habitatge, i varien segons la zona geogràfica de residència, el nombre de persones que hi conviuen i si alguna té reconeguda alguna discapacitat.

La renda que ha de pagar l'arrendatari varia, doncs, en funció dels seus ingressos. A tall simplement il·lustratiu, cal esmentar que la renda que pagaria una persona sola amb el màxim d'ingressos per a poder ser considerada en risc d'exclusió residencial, seria de 239,03 €; mentre que si ens trobéssim davant una unitat familiar o de convivència amb el màxim d'ingressos possible, la renda del lloguer ascendiria a 298,79 €. És a dir, seria una persona o una unitat familiar amb ingressos iguals a dues vegades o dues vegades i mitja l'IRSC ponderat,³² respectivament, i, per tant, hauria de pagar una renda equivalent al 18 % dels seus ingressos ponderats.³³

32. Vegeu la taula 1.

33. Vegeu alguns exemples més de rendes i el procediment per a calcular-les en l'annex 2.

2.3.2. *Objecte*

L'article 5.7 de la Llei 24/2015 preveu que la persona obligada a oferir el lloguer social ha de fer-lo preferentment sobre l'habitatge afectat pel procediment. O, alternativament, sobre un habitatge situat dins el mateix terme municipal, llevat que es disposi d'un informe dels serveis socials municipals que acrediti que el trasllat a un altre terme municipal no ha d'afectar negativament la situació de risc d'exclusió residencial de la unitat familiar. El DL 17/2019 no implica cap novetat en relació amb la redacció de la Llei 24/2015.

Entenem que la possibilitat d'oferir un habitatge diferent del ja ocupat per les persones en risc d'exclusió residencial s'hauria d'interpretar restrictivament, tant per temes d'arrelament social i veïnal dels mateixos ocupants, com per a evitar l'expulsió del veïnat en determinades zones i la segregació de la població en funció dels seus ingressos. Ens preguntem de quina manera pot controlar-se que si s'ofereix un habitatge diferent, sigui perquè veritablement l'habitatge actualment ocupat no pot ser ofert per una causa justificada, com ara no complir els requisits d'habitabilitat. Entenem que en cap cas podria ser una causa justificada el fet que el propietari tingui previst dedicar aquest habitatge a alguna promoció immobiliària més lucrativa.

A la vegada, veiem que la possibilitat d'oferir un habitatge inclús fora del propi terme municipal sembla anar en contra d'aquesta línia. De nou, és un supòsit que s'hauria d'aplicar molt restrictivament, per a la qual cosa seran clau els informes dels serveis socials municipals.

2.3.3. *Durada mínima i renovació*

El DL 17/2019 preveu que la durada mínima dels contractes de lloguer social ha de ser, com a mínim, igual a la de la legislació d'arrendaments urbans. Remissió que hem d'entendre, almenys de moment, a la LAU.

En qualsevol cas, la durada no podrà ser inferior a cinc anys quan el titular de l'habitatge sigui una persona física, i a set anys si és una persona jurídica. Si bé en l'actualitat aquests terminis coincideixen amb la durada mínima prevista en l'article 9 LAU, aquests mínims s'haurien de respectar en cas que el legislador reduís el termini de durada mínima dels arrendaments urbans.

D'altra banda, l'article 10 de la Llei 24/2015, afegit per l'article 5.6 del DL 17/2019, crea l'obligació d'oferir una única renovació del contracte de lloguer social postvenciment per un nou termini de cinc o set anys, segons si el titular de l'habitatge és una persona física o jurídica, respectivament, sempre que la persona afectada es continuï trobant dins dels paràmetres d'exclusió social residencial. Correspon als afectats acreditar que es continuen trobant dins d'aquests paràmetres, tot i que és obligació del titular de l'habitatge requerir-los perquè presentin la documentació

que ho corrobori amb una antelació de quatre mesos abans de la data d'expiració del contracte.

Una qüestió controvertida és si aquesta renovació obligatòria del contracte és o no compatible amb la pròrroga legal tàcita anual de fins a tres anys que preveu l'article 10 LAU.³⁴ Tot i que *a priori* no sembla que ambdues figures hagin de ser incompatibles, la resposta dependrà de si entenem o no aplicable de manera subsidiària la LAU al contracte de lloguer social que es formalitzi.

2.3.4. *Llei aplicable als contractes de lloguer social*

Més enllà d'establir l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social en alguns supòsits i sota certes condicions —una renda màxima i una durada mínima—, la Llei 24/2015 no especifica quina serà la normativa aplicable als contractes de lloguer social. Sorgeix la pregunta, doncs, de si és possible l'aplicació de la LAU com a norma supletòria en diferents aspectes o controvèrsies que poden sorgir en el marc d'aquest contracte.

Atès que estem davant d'arrendaments d'habitatges i tenint en compte l'àmbit d'aplicació de la LAU (art. 1 i 2) i el fet que no podem incloure el lloguer social dins de cap categoria d'arrendaments exclosos de la llista de l'article 5 LAU, ens decantem per entendre que la LAU ha de ser d'aplicació subsidiària i ha de regular tots els aspectes sobre els quals la Llei 24/2015 guarda silenci, que són nombrosos, en la línia del que disposa l'apartat 8 de la disposició addicional primera de la LAU per als arrendaments d'habitatges amb protecció oficial. La posició contrària ens portaria a aplicar el règim dels arrendaments de finques del Codi civil (CC), que si bé no ofereix la protecció a la part feble de la relació, com fa la LAU, també proporciona certes prerrogatives a l'arrendatari, com ara la possibilitat de subarrendar l'habitatge si no hi ha pacte en contra (art. 1550 CC).

Un aspecte concret sobre el qual s'han generat dubtes és si resulta d'aplicació o no la pròrroga legal tàcita de tres anys que preveu l'article 10 LAU. Fuentes-Lojo aposta per la incompatibilitat d'aquesta pròrroga amb la renovació obligatòria de l'article 10 de la Llei 24/2015 que comentàvem abans perquè entén que el legislador català ha introduït aquesta renovació precisament perquè ha considerat insuficient la durada de la pròrroga legal tàcita.³⁵ És una opinió discutible, atès que el legislador català no

34. En sentit negatiu es manifesta A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña», p. 5, qui considera que al legislador català li ha semblat insuficient la figura de la pròrroga legal tàcita i ha optat per establir mesures més proteccionistes consistents en l'obligació de renovar el contracte per un termini addicional de cinc o set anys.

35. A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña», p. 1-12, esp. p. 3-4.

la descarta quan fa una remissió explícita a la durada mínima regulada en la normativa d'arrendaments (ap. 2n DA 1a Llei 24/2015).

Després del transcurs de la durada del contracte de lloguer social, si cap de les parts denuncia el contracte, hauria d'operar la pròrroga legal tàcita de l'article 10 LAU. La renovació obligatòria de l'article 10 de la Llei 24/2015 operarà quan, extingit efectivament el primer contracte, l'arrendatari continuï en una situació d'exclusió residencial. Excloure l'aplicabilitat d'aquesta pròrroga als supòsits de contractes de lloguer social portaria a la situació de donar un tractament pitjor a aquest tipus d'arrendataris, més vulnerables que la resta.

2.4. CONSEQÜÈNCIES DE L'INCOMPLIMENT

Probablement una de les qüestions clau d'aquesta obligació és determinar quines són les conseqüències i els efectes del seu incompliment.

2.4.1. *Infraccions administratives*

Fora de tot dubte, l'article 4.5 del DL 17/2019 ha configurat la no formulació de la proposta d'oferta de lloguer social en els supòsits de la Llei 24/2015 com una infracció administrativa greu, així com la inobservança dels requisits legals de l'article 5.7 i de l'apartat 2 de la DA 1a de la Llei en la formulació de la proposta (art. 124.2i i j LDH). Aquestes infraccions poden ser sancionades amb multes de 9.001 a 90.000 euros, en virtut de l'article 118.2 LDH. La quantia s'haurà de determinar de manera proporcional a la gravetat de la infracció, seguint els criteris de l'article 117 de la mateixa Llei. Addicionalment, l'incompliment per part del propietari de l'habitatge del requeriment que pugui fer l'Administració per al compliment de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social, pot significar la imposició de multes coercitives periòdiques, la quantia total de les quals no podrà superar el 50 % de la multa sancionadora establerta per a la infracció (art. 113.2 LDH). La legitimació d'aquestes sancions la trobem en l'article 5.2f LDH, que estableix aquesta conducta com un incompliment de la funció social de la propietat.

2.4.2. *Efectes en el pla privat*

Tanmateix, la qüestió que més controvèrsia ha generat és si aquesta obligació té o no efectes processals. És a dir, si constitueix un requisit d'admissibilitat de les demandes procedents en els supòsits en què està prevista i si el seu incompliment pot arribar a paralitzar procediments de desnonament ja iniciats, en aplicació de la disposició transitòria del DL 17/2019.

La principal demanda del moviment pel dret a l'habitatge i dels grups promotors de la iniciativa legislativa popular de la Llei 24/2015 és que aquesta obligació tingui efectes en el pla civil i que l'objectiu de proporcionar un habitatge assequible a les persones en risc d'exclusió residencial s'aconsegueixi evitant que siguin desnonades dels seus domicilis.³⁶ Ara bé, la posició de propietaris i de gran part de juristes ha estat la contrària: atorgar a aquestes normes un caràcter purament administratiu i centrar el debat en la negació del seu caràcter processal.

Abans de l'aprovació del DL 17/2019, en el període immediatament posterior a l'aprovació de la Llei 24/2015, trobem alguns pronunciaments judicials partidaris de reconèixer la incidència privada i processal de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social. Referint-se a un supòsit entre un deutor hipotecari i una entitat bancària, trobem la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Tretzena, 417/2016, de 20 de desembre (fonament jurídic [FJ] 5; magistrat ponent [MP]: Joan Bautista Cremades Morant). En la mateixa línia van els únics pronunciaments del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la matèria que s'han produït fins a la data, tot i que es referien a la Llei 24/2015, que en aquell moment es trobava suspesa (interlocutòries del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Sala Civil i Penal, Secció Primera, 173/2018 i 178/2018, de 26 de novembre [MP: José Francisco Valls i Gombau], i 175/2019, de 10 d'octubre [MP: Jordi Seguí Puntas]). Abans d'aquests tres pronunciaments, la Secció Onzena de l'Audiència Provincial de Barcelona va considerar, també *obiter dictum*, atesa la suspensió de la Llei, que l'oferiment d'una proposta de lloguer social no es podia entendre com un requisit d'admissibilitat de la demanda (Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció Onzena, 98/2018, de 25 d'abril [MP: Marta Font Marquina]).

Malgrat la posició del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, amb posterioritat a l'aprovació i l'entrada en vigor del DL 17/2019 la posició de la judicatura sembla haver virat. Com avançàvem més amunt, han estat diversos els acords de juntes generals de magistrats de les seccions d'audiències que han decidit unificar el criteri respecte a aquesta qüestió i negar efectes processals a l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social en tots els supòsits de la Llei 24/2015. Tant la junta general de magistrats de les seccions civils de l'Audiència Provincial de Girona, el 10 de febrer de 2020, com la de Barcelona, el 21 de febrer, van acordar que l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social no és un requisit d'admissibilitat de la demanda judicial i que, en cap cas, el seu incompliment no determina la inadmissió de la demanda. Van especificar que l'única conseqüència jurídica que se'n pot derivar és la imposició, per part de l'administració competent, de les sancions administratives previstes en

36. Com s'ha posat de manifest en la premsa. Per exemple, vegeu: <www.lavanguardia.com/vida/20200311/474089952773/entidades-piden-a-jueces-y-administracion-aplicar-ley-emergencia-habitacional.html> (última consulta: 16 maig 2020).

la LDH. Consideren, per tant, que es tracta d'una exigència de caire administratiu, i no de caire processal.

Com s'ha posat de manifest,³⁷ reforcen aquesta posició la distribució competencial de l'article 149 CE, que atorga a l'Estat competència exclusiva en matèria de legislació processal, i el fet que la lletrada de la Generalitat argumentés, durant el procediment del recurs d'inconstitucionalitat núm. 2501/2016, que «[e]l objetivo del artículo 5 no es limitar la libertad de contratación ni establecer requisitos procesales a la interposición de acciones judiciales, sino delimitar el derecho de propiedad, estableciendo una obligación conforme a una finalidad o utilidad social. Este precepto, al igual que las disposiciones transitorias segunda y final tercera, respetan las competencias del Estado. Han sido dictados con base en la competencia atribuida a la Generalitat en el artículo 137 EAC».³⁸

Per la mateixa interpretació s'ha decantat el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (CGEC) en el seu Dictamen del 17 de febrer de 2020 sobre el Decret llei 1/2020. En un fonament jurídic *obiter dictum* es pronuncia respecte a aquesta qüestió i, pel que fa al que s'ha exposat anteriorment, afegeix que una interpretació favorable als efectes processals del precepte vulneraria la tutela judicial efectiva consagrada en els articles 24 CE i 11.3 de la Llei orgànica del poder judicial, així com l'article 403.1 de la Llei d'enjudiciament civil. El CGEC considera que aquesta vulneració es dona especialment en haver inclòs com a supòsit generador de l'obligació algunes ocupacions sense títol legítim, supòsits en què inclús les mateixes sancions administratives per mantenir un habitatge desocupat dels articles 123 i 124 LDH a l'habitatge tindrien, per si mateixes, un efecte limitador de l'accés a la justícia. Aquesta qüestió ens remet a la discussió sobre la nova definició d'*habitatge buit* introduïda pel DL 1/2020, que analitzarem més avall.³⁹ Considerem que aquesta afirmació respecte a la limitació de l'accés a la justícia és una mica excessiva. No pot dir-se que el fet que l'incompliment d'una obligació administrativa comporti una sanció signifiqui una restricció a l'accés a la justícia en el sentit que les persones obligades que es neguin a complir-la evitaran acudir a la jurisdicció civil per a no fer aflorar la seva conducta irregular. A més, de la lectura del dictamen es podria deduir que qualsevol propietari que vegi com un habitatge de la seva propietat és ocupat sense un títol legítim, serà sancionat per l'Administració per incompliment de la funció social de la propietat. Tot i compartir part de la crítica de la nova definició d'*habitatge buit*, el dictamen passa per alt que només en els casos en què efectivament l'habitatge pugui ser considerat buit, l'Administració podria

37. A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña», p. 14. Tot i que l'autor es decanta per no atorgar efectes processals a les disposicions, no ho descarta completament i apunta que, si es considerés requisit de procedibilitat, hauria de ser reparable.

38. Sentència del Tribunal Constitucional 13/2019, de 31 de gener, antecedent núm. 7.

39. Vegeu *infra* l'apartat 3.

incoar un procediment sancionador. Una actuació administrativa que tampoc derivaria automàticament de la interposició d'una demanda civil de desnonament per part del propietari. Considerem, doncs, que costa establir aquesta relació directa entre la Llei 24/2015 i una suposada restricció en l'accés a la justícia dels propietaris d'habitatges.

En qualsevol cas, la nova postura dels tribunals ha buidat d'efectes pràctics l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social a les persones que pateixen una situació d'exclusió residencial. Aquestes veuen ara com l'incompliment dels propietaris dels habitatges on viuen pot no tenir cap repercussió en la seva situació residencial perquè poden ser desnonades igualment, al marge que l'Administració incoï, o no, un procediment sancionador, el qual no tindrà impacte directe en la seva situació. Era aquesta la intenció del legislador català en aprovar la Llei 24/2015? No ho sembla quan llegim el seu article 5.3, que estableix que «una vegada verificada la situació de risc d'exclusió residencial, d'acord amb el que estableixen els apartats 1 i 2, i una vegada formulada l'oferta de lloguer social, en els termes de l'apartat 7, si els afectats la rebutgen, el demandant pot iniciar el procediment judicial».

El legislador català sí que pot incidir en el contingut del dret a la propietat en virtut de les seves competències en matèria d'habitatge, entre d'altres. Dubtem que si no s'hagués introduït el nou supòsit generador de dita obligació de l'apartat 1b de la DA 1a de la Llei 24/2015, s'hagués promulgat ara amb tanta contundència la irrellevància civil de l'obligació. Si, com posa de manifest el CGEC en el seu dictamen, hi ha seriosos dubtes sobre la constitucionalitat del nou concepte d'*habitatge buit* i sobre el nou supòsit contingut en la DA 1a de la Llei 24/2015, pel fet que podria vulnerar la doctrina constitucional continguda en la Sentència del Tribunal Constitucional 32/2019, aquesta és una qüestió sobre la qual s'haurà de pronunciar el Tribunal Constitucional. Considerem que negar efectes en el pla civil a unes disposicions que abans els havien tingut reconeguts pel fet de vincular-les a un supòsit diferent la constitucionalitat del qual és posada en qüestió, comporta negar la possibilitat de beneficiar-se d'aquesta protecció a la gran majoria de persones en risc d'exclusió residencial susceptibles de fer-ho. Recordem que, atenent especialment el requisit de la limitació temporal de l'apartat segon de la lletra b del punt 1 de la DA 1a de la Llei 24/2015, el nombre de casos en què es genera una obligació d'oferir lloguer social a ocupants sense títol legal d'un habitatge està molt delimitat.

Si bé la tècnica legislativa és molt millorable i això fa que aquesta normativa estigui subjecta a una crítica tan intensa que li ha acabat negant efectes pràctics, tampoc no podem compartir els arguments esgrimits per aquesta, que nega la major i, fent una interpretació del precepte que competiria fer al Tribunal Constitucional, deixa sense protecció a la totalitat de possibles beneficiaris d'aquesta mesura encaminada a resoldre la crisi d'exclusió residencial que es viu a Catalunya. Una situació que ja s'està veient accentuada en l'actualitat per la destrucció de l'ocupació causada per la pandèmia de la covid-19.

2.5. DISPOSICIÓ TRANSITÒRIA PRIMERA DEL DECRET LLEI 17/2019

Per acabar de parlar de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social, cal destacar la disposició transitòria primera del DL 17/2019. Aquesta disposició estableix que, pel que fa als supòsits incorporats pel DL 17/2019, és a dir, la DA 1a i l'article 10 de la Llei 24/2015, referents, respectivament, al venciment de la durada del contracte i la manca de títol jurídic i a la renovació dels contractes de lloguer social obligatori, l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social és d'aplicació també en el cas que el procediment judicial corresponent s'hagi iniciat abans de l'entrada en vigor del DL 17/2019 i estigui encara en procés de tramitació.

Imaginem que la intenció del legislador en aquest precepte està en consonància amb la de la nova DA 1a de la Llei 24/2015. És a dir, fer justícia per a casos existents i, ara també, judicialitzats. No és cap sorpresa que la seva redacció torni a ser ambigua i produeixi confusió. De la interpretació literal del precepte es deriva que la retroactivitat només és aplicable als nous supòsits introduïts en la DA 1a de la Llei 24/2015. Això és, a les ocupacions sense títol jurídic habilitador i als supòsits de venciment del contracte de lloguer. Se'ns n'escapa el motiu; absent, en tot cas, de l'exposició de motius del DL 17/2019. És una curiosa opció legislativa que implica que aquesta obligació esdevé aplicable en alguns procediments ja iniciats i en d'altres, no, de manera, aparentment, arbitrària. Per exemple, imaginem dos procediments derivats d'un contracte d'arrendament d'habitatge iniciats abans de l'entrada en vigor del DL 17/2019 en què l'arrendador és una persona física amb més de quinze habitatges en propietat. A l'inici del procediment, en cap dels dos casos el propietari estava obligat a oferir una proposta de lloguer social als arrendataris, els quals imaginem que, en ambdós casos, es troben en situació d'exclusió residencial. Així, si un dels dos processos era per venciment de la durada del contracte, es generarà l'obligació, per part del propietari, d'oferir una proposta de lloguer social perquè aquest és un dels supòsits introduïts pel DL 17/2019 i perquè ara les persones físiques també poden ser considerades grans tenidors; i si l'altre procés era per impagament del lloguer, el propietari no esdevindrà obligat.

En conclusió, per algun motiu que desconeixem, aquesta obligació només es genera retroactivament en processos judicials iniciats en els supòsits que incorpora el DL 17/2019, i no en tots els previstos en la Llei 24/2015.

Un altre aspecte que cal destacar és que ni la Llei 24/2015 ni el DL 17/2019 fixen en quin moment extraprocesal o processal s'ha d'oferir el lloguer social en aquells procediments ja iniciats en què esdevé exigible la proposta de lloguer social segons la disposició transitòria primera del DL 17/2019. Una possible interpretació és que l'oferta s'ha de fer tan aviat com sigui possible, atès que la norma general és fer-la abans de presentar la demanda. Ara bé, aquesta imprecisió fa que es plantegin dubtes de constitucionalitat seriosos respecte a la irretroactivitat de les disposicions sancionadores establerta en l'article 25 CE. Haver determinat que l'obligació és exi-

gible abans de la resolució del procediment, per exemple, hauria contribuït a dissipar aquests dubtes.⁴⁰

3. NOVA DEFINICIÓ DEL CONCEPTE D'HABITATGE BUIT

Una de les primeres mesures contingudes en el DL 17/2019, i també una de les més polèmiques, és la modificació de la definició d'*habitatge buit* de l'article 3d LDH.

Segons el redactat original de la Llei, un habitatge buit era el que romania desocupat permanentment durant un termini de més de dos anys sense una causa justificada. La llista de causes justificades, que entenem taxativa,⁴¹ era la següent: «el trasllat per raons laborals, el canvi de domicili per una situació de dependència, l'abandonament de l'habitatge en una zona rural en procés de pèrdua de població i el fet que *la propietat o la possessió* de l'habitatge sigui objecte d'un litigi judicial pendent de resolució».

La modificació que l'article 2 del DL 17/2019 va fer d'aquesta definició consistia a afegir que l'ocupació sense títol legítim no impedeix que es pugui considerar buit un habitatge llevat que la persona propietària hagi iniciat accions judicials per a la recuperació efectiva de l'habitatge abans del termini de dos anys.

Menys d'un mes després de l'aprovació i l'entrada en vigor del DL 17/2019, va ser aprovat pel Govern el DL 1/2020, que conté un únic article i la finalitat del qual és exclusivament modificar la nova definició d'*habitatge buit* continguda en el DL 17/2019. Aquesta última definició, que es troba actualment en vigor, estableix que, en tot cas, un habitatge ocupat sense títol legítim durant més de dos anys ha de ser considerat «buit», amb independència de si la persona propietària ha iniciat o no accions judicials de recuperació de la possessió abans del termini dit de dos anys.

Així, l'article únic del DL 1/2020 refà la reforma que l'article 2 del DL 17/2019 feia del concepte d'*habitatge buit* de la LDH i n'elimina l'últim incís.⁴² També, per coherència i per a permetre l'operativitat de la disposició transitòria primera del

40. Dubtes que planteja A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña», p. 4. Planteja si en virtut de la disposició transitòria primera l'obligació d'oferir lloguer social és aplicable en els supòsits que es trobaven en fase d'apel·lació en el moment de l'entrada en vigor del DL o, inclús, en els que en el moment de l'entrada en vigor del DL hagués finalitzat el procediment declaratiu amb sentència ferma però encara no s'hagués instat la demanda executiva. Considera que ambdós supòsits mereixen un tracte diferent.

41. Si bé considerem que es tracta d'una llista *numerus clausus*, és cert que moltes d'aquestes causes justificades admeten una interpretació prou àmplia en la qual es poden encabir diferents situacions.

42. «[...] llevat del cas que la persona propietària acreditï haver iniciat les accions judicials adequades per a la recuperació efectiva de la possessió abans de complir-se el termini per considerar l'habitatge buit.»

DL 17/2019, elimina el fet que l'habitatge es trobi immers en un litigi sobre la seva *possessió* com a causa justificada de la desocupació.

Per tant, actualment un habitatge és considerat buit als efectes de la LDH quan ha estat desocupat permanentment durant un termini de dos anys sense una causa justificada. I les causes justificades poden ser: el trasllat per raons laborals, el canvi de domicili per una situació de dependència, l'abandonament de l'habitatge en una zona rural en procés de pèrdua de població o que la *propietat* de l'habitatge sigui objecte d'un litigi judicial pendent de resolució. L'ocupació sense títol legítim, inclús si el propietari ha iniciat accions de recuperació de l'immoble, no pot ser una causa que justifiqui la desocupació de l'habitatge.

Aquesta última modificació ha estat altament criticada i la seva constitucionalitat, posada seriosament en dubte. Tant és així que el Dictamen del CGEC de 17 de febrer de 2020⁴³ la considera per unanimitat inconstitucional, atès que la supressió, com a causa justificada de la desocupació permanent de l'habitatge, de l'ocupació d'aquest sense títol legítim, inclús quan la persona propietària acreditati que va iniciar les accions judicials adequades per a la recuperació efectiva de la possessió abans que es compleixi el termini dels dos anys per considerar l'habitatge com a buit, vulnera el dret a la propietat privada de l'article 33 CE i el cànon d'arbitrarietat de l'article 9.3 CE.

Un dels arguments utilitzats en el Dictamen és que aquesta reforma té efectes més enllà de modificar una definició. Com hem assenyalat en l'apartat anterior, de la configuració d'aquesta definició dependrà, per exemple, que es generi o no l'obligació d'ofrir una proposta de lloguer social en els supòsits d'ocupació sense títol habilitador d'un habitatge. Però els efectes administratius són múltiples i entre aquests cal destacar la possible imposició de sancions per incompliment de la funció social de la propietat (art. 5.2b LDH). L'Administració pot sancionar amb una infracció molt greu el propietari d'un habitatge buit que incompleixi un requeriment per ocupar-lo (art. 123.1b LDH), o amb una infracció greu el que incompleixi la seva obligació de comunicar aquesta situació de l'habitatge a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya (art. 124.1j LDH). Són també imposables multes coercitives de fins a mil euros per cada habitatge per lapses de temps d'un mes mentre romanguin desocupats, amb un import màxim del 50 % del preu estimat de l'habitatge (art. 42.6 i 7 LDH). Totes aquestes sancions i multes són perfectament compatibles amb les que es puguin imposar si concorre també un incompliment de l'obligació d'ofrir una proposta de lloguer social.

43. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, Dictamen 2/2020, de 17 de febrer, sobre el Decret llei 1/2020, de 21 de gener, pel qual es modifica el Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per a millorar l'accés a l'habitatge, p. 1-44, sol·licitat per diputats del Grup Parlamentari de Ciutadans el 28 de gener de 2020.

Tanmateix, la raó de ser d'aquesta controvertida reforma era la pràctica inexistència —segons la memòria justificativa de la Secretaria de l'Agenda Urbana i Territori de 20 de gener de 2020, sobre la necessitat de modificar el DL 17/2020— de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social en els supòsits d'ocupació sense títol jurídic habilitador de la DA 1a de la Llei 24/2015,⁴⁴ que, tal com hem assenyalat, requereix que l'habitatge ocupat tingui la consideració d'habitatge buit. Tal com està plantejat el requisit per a la consideració d'habitatge buit en l'obligació de la DA 1a de la Llei 24/2015, haver mantingut la definició continguda en el DL 17/2019 hauria significat que aquesta obligació només es generaria en els casos en què l'habitatge hagués estat permanentment desocupat durant almenys dos anys des de l'ocupació o en què aquesta ocupació s'hagués produït durant dos anys durant els quals la propietat s'hagués mostrat passiva i no hagués intentat la seva recuperació efectiva per via judicial. Ambdues situacions, com indica el mateix dictamen, que remet a la memòria esmentada, són la minoria de casos.⁴⁵

Resulta evident, doncs, que per a aconseguir la finalitat buscada pel legislador (donar sortida a una sèrie d'ocupacions ja efectuades) ambdues disposicions (DA 1a de la Llei 24/2015 i definició d'*habitatge buit* introduïda pel DL 17/2019) no podien coexistir, i aquesta és la raó de la reforma del DL 1/2020. Sense entrar a qüestionar la legitimitat o constitucionalitat de la finalitat perseguida pel legislador, reforçar les mesures encaminades a aconseguir que es respecti la funció social de la propietat mitjançant l'erradicació de la desocupació injustificada d'habitatges,⁴⁶ considerem que no és la manera òptima de fer-ho des del punt de vista tecnicojurídic.

Sembla que el legislador no ha tingut en compte que modificar el concepte genèric d'*habitatge buit*, atès que s'aplica a totes les disposicions de la LDH, i no només al supòsit d'obligació d'oferir un lloguer social de la DA 1a de la Llei 24/2015, té uns efectes de caire administratiu que contribueixen a posar en dubte la seva constitucionalitat. De fet, així ho manifesta el CGEC en el seu dictamen.⁴⁷

El raonament que porta el CGEC a afirmar la inconstitucionalitat de la definició d'*habitatge buit* aprovada pel DL 1/2020 és el següent. D'una banda, afirma que una de les finalitats perseguides pel legislador català en matèria d'habitatge en els últims quinze anys ha estat posar a disposició de les persones físiques el major nombre d'ha-

44. Cal recordar que aquesta obligació només es genera en els casos d'ocupacions sense títol iniciades almenys sis mesos abans de l'entrada en vigor del DL 17/2019. En la majoria dels casos detectats s'havia constatat la interposició d'una demanda de recuperació de la possessió abans del transcurs del termini de dos anys, la qual cosa feia perdre a l'habitatge la consideració d'habitatge buit.

45. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, Dictamen 2/2020, p. 14-17.

46. Objectiu que el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya considera «susceptible de protecció constitucional», «legítim i ajustat a un bé jurídic, com és el cas del dret a l'habitatge» en la p. 30 del dictamen esmentat.

47. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, Dictamen 2/2020, p. 28-31.

bitatges a través del foment de l'ocupació dels habitatges desocupats injustificadament. El DL 17/2019, doncs, reforça i intensifica les restriccions del dret de propietat en virtut de la seva funció social. Ara bé, el CGEC apunta que aquestes restriccions han d'estar dirigides al compliment de la finalitat que les justifica. En el nostre cas, promoure l'ocupació d'habitatges. Segons el CGEC, es dona una paradoxa *irracional* quan ens trobem davant d'habitatges ocupats il·legalment, atès que amb aquesta nova definició d'*habitatge buit* un propietari que accedeixi a la tutela judicial per a recuperar la possessió de l'habitatge passa a ser susceptible de l'aplicació de les mesures sancionadores adreçades als propietaris d'habitatges buits. Així, segons aquest raonament, el propietari afectat per l'ocupació il·legítima del seu habitatge que actua a l'empara de l'ordenament perquè li'n sigui restituïda la possessió, resulta «perjudicat alhora per una altra llei sectorial que parteix de la ficció jurídica que l'ocupació il·legítima, sigui objecte de recurs o no davant de la justícia, equival a una situació de desocupació permanent si dura més de dos anys».⁴⁸ El CGEC ens recorda que, segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional,⁴⁹ l'ocupació no consentida ni tolerada no pot ser un títol d'accés a la possessió d'un habitatge i tampoc no es troba emparada en el dret a gaudir d'un habitatge digne i adequat (art. 47 CE). I, per tant, amb la nova redacció introduïda pel DL 1/2020 se suprimeix una causa justificada que era «lògica i necessària», atès que la funció social no està essent contradita pel propietari que procura la recuperació efectiva del seu habitatge ocupat il·legalment. És a dir, la definició vigent no distingeix entre una actuació activa i diligent i una actuació merament passiva, la qual cosa representa un tractament irracional i arbitrari sobre el propietari. En conclusió, el CGEC considera la reforma «mancada de total racionalitat» i no troba relació entre el seu contingut i el seu potencial resultat aplicatiu.

De la lectura del dictamen es dedueix que, des de l'aprovació del DL 1/2020, tots els propietaris que interposin una reclamació de recuperació de la possessió d'un immoble seran sancionats per l'administració competent per incomplir la funció social de la propietat, fins al punt que, *obiter dictum*, arriba a afirmar que la reforma significa també restriccions a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Si bé això no és cert —perquè es donés el fet que, en el moment de la interposició de la demanda, el propietari es pogués veure sancionat, l'habitatge hauria d'haver estat buit els dos anys anteriors a la interposició, o bé la suma del temps que hauria estat buit més el temps de transcurs del procediment hauria hagut de durar més de dos anys—, trobem raonable part de la crítica que es fa de dita reforma. Resulta arbitrari o poc coherent que es puguin imposar sancions per «mantenir un habitatge desocupat» a aquell que no té accés a la seva possessió i que fa tot el possible per recuperar-la.

48. Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, Dictamen 2/2020, p. 35.

49. STC 32/2019, de 28 de febrer, FJ 3.

És per això que pensem que si la finalitat era possibilitar l'exigibilitat de l'obligació d'oferir un lloguer social en supòsits d'ocupació sense títol legítim d'habitatges que haguessin estat buits, hauria estat més adient modificar o crear un concepte d'*habitatge buit* especial només als efectes d'aquesta disposició. Així, els efectes d'aquesta reforma haurien estat limitats a la generació de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social en els casos previstos en la DA 1a de la Llei 24/2015, no es posaria la propietat en la situació paradoxal que s'ha descrit i, per tant, no s'obririen les portes a arguments addicionals per a al·legar la inconstitucionalitat d'unes mesures legislatives ja prou polèmiques per si mateixes.

4. EXPROPIACIÓ FORÇOSA

Una altra de les mesures per a resoldre situacions d'emergència social modificada pel DL 17/2020 (art. 6) és l'expropiació forçosa d'habitatges de l'article 15 de la Llei 4/2016.

La finalitat d'aquest tipus d'expropiacions és dotar les administracions competents d'un parc social d'habitatges de lloguer assequibles per a atendre les necessitats d'habitatge de les persones que es troben en situació d'exclusió residencial. La causa d'interès social que la fonamenta és l'incompliment de la funció social de la propietat, relativa a l'ocupació legal i efectiva de l'habitatge perquè constitueixi la residència de les persones.

L'expropiació pot ser tant d'ús com de domini, i aquesta possibilitat és una novetat introduïda per l'article 6 del DL 17/2019. En cas que sigui d'ús, la reforma manté el màxim temporal de deu anys, però elimina el mínim anterior de quatre anys. A més d'haver de trobar-nos davant d'un habitatge buit, hauran de concórrer dos requisits més perquè l'Administració pugui expropiar.

El primer requisit és que l'immoble estigui situat en una àrea de demanda residencial forta i acreditada⁵⁰ o en un dels municipis decretats pel Govern. Per a considerar que estem davant d'una àrea de demanda residencial forta i acreditada, hem de tenir en compte les variables de l'article 3.2 del Decret 75/2014, de 27 de maig, del Pla per al Dret a l'Habitatge: nombre d'inscrits en el Registre de Sol·licitants d'Habitatge Protegit, producció d'habitatge protegit, estoc d'habitatges acabats sense vendre, lloguer mitjà contractual, renda familiar disponible bruta, llars joves, immigració econòmica i variació de la població.

50. Per a saber quines són les àrees de demanda residencial forta i acreditada de Catalunya, consulteu l'annex del Decret 75/2014. El llistat està disponible a: <http://habitatge.gencat.cat/ca/ambits/Preus-ingressos-i-zones/Arees_demanda/> (última consulta: 16 maig 2020).

Actualment són relativament pocs els municipis que han estat reconeguts com a àrees de demanda residencial forta i acreditada. No obstant això, mentre no s'aprovi el Pla Territorial Sectorial d'Habitatge, actualment en fase de projecte,⁵¹ el conseller o la consellera competent en matèria d'habitatge pot modificar els municipis que tenen la consideració d'àrees de demanda residencial forta i acreditada. Com calia esperar, l'esborrany d'aquest Pla inclou, com a àrees de demanda residencial forta i acreditada, molts més municipis que no pas els que es van considerar el 2014, quan es va aprovar el Decret.⁵² En el mateix Pla, en l'article 11 de l'esborrany, es fixen quins són els objectius de solidaritat urbana que els municipis reconeguts com a àrees de demanda residencial forta i acreditada han d'assolir i en quin termini. S'espera que el Pla s'aprovi en el termini màxim d'un any.⁵³

El segon requisit és que l'immoble estigui inscrit en el Registre d'Habitatges Buits i Habitatges Ocupats sense Títol Habilitador, que sigui susceptible d'estar-ho o que pertanyi a persones jurídiques que l'hagin adquirit a un titular d'habitatges inscrits en el Registre en primera transmissió o en transmissions ulteriors.

El Registre d'Habitatges Buits i Habitatges Ocupats sense Títol Habilitador és un registre de caràcter administratiu on han de constar els habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària mitjançant compensació o bé pagament del deute amb garantia hipotecària, que no disposin d'un contracte que habiliti per a la seva ocupació. Aquesta informació prové de les dades obtingudes directament de la persona titular de l'habitatge buit o l'habitatge ocupat sense títol habilitador, del personal inspector de l'Administració de la Generalitat, dels ens o les administracions locals, dels registres públics o de les empreses subministradores de serveis als habitatges i que tenen coneixement de la situació mitjançant denúncies o actes d'inspecció, comunicacions, notes simples o certificats registrals.⁵⁴

51. Per a conèixer l'estat actual del projecte, vegeu: <http://territori.gencat.cat/ca/detalls/Article/projecte_decret_pla_territorial_sectorial_habitatge-00001> (última consulta: 16 maig 2020).

52. Es pot consultar el llistat de municipis de demanda residencial forta i acreditada segons l'esborrany del Pla Territorial Sectorial d'Habitatge (annex 1), a: <http://territori.gencat.cat/web/.content/home/01_departament/transparencia_i_bon_govern/procediments_i_actuacions_juridiques/normativa_en_tramit/projectes_decret/decret_pla_territorial_sectorial_habitatge/20181217_proposta_disposicio.pdf> (última consulta: 16 maig 2020).

53. Segons el conseller de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat de Catalunya, Damià Calvet, en la roda de premsa del 23 de desembre de 2019. També en el comunicat de premsa del 5 de febrer de 2020, disponible a: <<https://govern.cat/govern/docs/2020/02/05/14/39/9d100422-18a7-4c87-9789-be0d80bbf3a3.pdf>> (última consulta: 16 maig 2020).

54. Informació facilitada per l'Agència de l'Habitatge de Catalunya i disponible a: <<http://agenciahabitatge.gencat.cat/wps/wcm/connect/d09f612f-6184-4631-a1c3-629f9c6354f0/Registre+d%E2%80%99habitatges+buits+i+d%E2%80%99habitatges+ocupats+sense+t%C3%ADtol+habilitant+%28GOV%29.pdf?MOD=AJPERES>>. I sens perjudici dels protocols existents en cada municipi per a la intervenció en la desocupació permanent dels habitatges. Per exemple, per al municipi de Barcelona, vegeu: <www.diba.>

Un cop s'ha verificat la concurrència de tots els requisits legals, l'Administració ha de requerir prèviament a la persona titular de l'habitatge afectat que compleixi amb l'obligació que l'habitatge sigui ocupat legalment, amb l'avertiment de les conseqüències que pot tenir el seu incompliment (art. 42.6 LDH). Aquest avertiment haurà d'incloure la possibilitat d'iniciar el procediment d'expropiació forçosa (art. 42.7 LDH). Si no s'acredita l'ocupació en un termini màxim d'un mes, es podrà declarar l'incompliment de la funció social de l'habitatge i, consegüentment, iniciar el procediment per a la seva expropiació. El contingut del dret de propietat es reduirà en un 50 % del seu valor, tot respectant el límit establert per l'article 49.3 del Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei del sòl i rehabilitació urbana.⁵⁵ El 50 % del valor correspondrà al titular de l'habitatge i el restant, a l'Administració expropiadora.

No obstant això, davant de l'incompliment de la funció social de l'habitatge, hi ha la possibilitat de convenir l'adquisició de l'habitatge o el seu ús temporal lliurement i de comú acord, entre l'Administració i la persona titular de l'habitatge, per a destinar-lo a lloguer social en el termini de tres mesos. Per a determinar la renda d'aquest lloguer haurem de tenir en compte les regles previstes per a aquests casos en l'article 5.7 de la Llei 24/2015, i, en cas que no hi hagi acord pel que fa al preu, el fixarà el Jurat d'Expropiació de Catalunya d'acord amb la seva normativa reguladora.

5. DRETS DE TANTEIG I RETRACTE DE L'ADMINISTRACIÓ

Un altre tipus de mesures que introdueix o modifica el DL 17/2019 és el del dret de tanteig i retracte a favor de l'Administració. L'article 10.5 del DL 17/2019 en crea tres de nous i dona una nova redacció al capítol IV del títol cinquè de la Llei d'urbanisme, i l'article 3 del DL 17/2019 en modifica un que ja es considerava en l'article 2 del DL 1/2015. Ens centrarem només en dos supòsits, els que tenen una major incidència en el pla privat: el dret de tanteig i retracte sobre edificis amb habitatges arrendats (art. 173 i 174 de la Llei d'urbanisme) i sobre habitatges adquirits en procediments d'execució hipotecària.

cat/documents/479934/129623166/C%C3%A0psula+4_Protocol+de+mobilitzaci%C3%B3+dels+habitatges+buits+i+ocupats+irregularment.pdf/5d26fd1f-9fdb-41e9-862f-2f4aef2e5749> (última consulta: 16 maig 2020).

55. En la seva redacció literal: «En els supòsits d'expropiació, venda o substitució forçoses que preveu aquest article, el contingut del dret de propietat del sòl no el pot minorar mai la legislació reguladora de l'ordenació territorial i urbanística en un percentatge superior al 50 per cent del seu valor; la diferència correspon a l'Administració».

5.1. EDIFICIS AMB HABITATGES ARRENDATS

Si bé l'article 25.7 LAU exclouïa expressament la possibilitat d'exercitar el dret de tanteig i retracte per part de l'arrendatari quan l'habitatge es transmetia amb la totalitat de l'edifici, la nova redacció introduïda pel Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer, obre la possibilitat que la normativa d'habitatge reguli, a favor de l'administració competent, un dret de tanteig i retracte sobre la totalitat de l'immoble.

El legislador català, així, mitjançant el DL 17/2019 fa ús d'aquesta habilitació legal i introdueix aquest dret en uns nous articles 173 i 174 del text refós de la Llei d'urbanisme. Tal com assenyalava Fuentes-Lojo,⁵⁶ sorprèn la ubicació sistemàtica d'aquest dret en la Llei d'urbanisme, atès que l'habilitació legal de l'article 25.7 LAU és a la «legislación sobre vivienda».

En qualsevol cas, encara que considerem que hauria estat més adient la regulació d'aquest dret en la LDH, aquest nou dret de tanteig i retracte permet al departament competent en matèria d'habitatge, a les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia competents en matèria d'habitatge i a l'Ajuntament de Barcelona, respecte de béns situats al seu terme, exercir-lo en benefici d'ajuntaments, promotors socials, altres subjectes dels articles 51 i 87.3 LDH i ocupants de qualsevol habitatge de l'immoble sempre que compleixin les condicions d'accés al Registre de Sol·licitants d'Habitatge Protegit. L'adquisició de l'habitatge podrà ser conjunta entre l'Administració titular del dret i qualsevol dels possibles beneficiaris.

El termini de caducitat del dret de tanteig és de dos mesos, un període més llarg que els trenta dies naturals previstos en l'article 25.2 LAU, des de la comunicació a l'Administració de les condicions de la transmissió, amb possibilitat de suspendre el termini en els supòsits de l'article 174.2 del Decret legislatiu 1/2010. Si l'Administració decideix exercir el dret de tanteig, el termini per a formalitzar l'adquisició del bé afectat és de tres mesos des de la notificació corresponent a la persona transmissora. En qualsevol cas, l'efecte de la comunicació decau si transcorren sis mesos des que es va efectuar sense que es produeixi la transmissió del bé.

Sorgeix el dret de retracte quan la transmissió de l'immoble es realitza sense complir l'obligació de comunicació o, complerta aquesta, es produeix abans que caduqui el dret de tanteig o en condicions menys oneroses que les comunicades. El termini per a exercir aquest dret és de tres mesos a partir de la inscripció de la transmissió en el Registre de la Propietat o del moment en què l'Administració tingui coneixement de l'alienació. Un període, de nou, més llarg que el previst en l'article 25.3 LAU, de trenta dies.

56. A. FUENTES-LOJO, «Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña», p. 11.

Sembla obvi que aquesta mesura, que s'enquadra dins de les que tenen l'objectiu d'incrementar el patrimoni públic de sòl i d'habitatge destinats als habitatges amb protecció pública, té l'objectiu de protegir arrendataris vulnerables (susceptibles d'inscriure's en el Registre de Sol·licitants d'Habitatge Protegit) que vegin que la totalitat del seu edifici és adquirida per un nou propietari. Tenint en compte que fins a la reforma de l'article 14 LAU introduïda pel Reial decret llei 7/2019, el nou propietari tenia l'obligació de subrogar-se en els drets i les obligacions de l'arrendador només en els casos en què el contracte d'arrendament constava inscrit en el Registre de la Propietat, la nova adquisició de l'edifici, normalment amb objectius especulatius, comportava la rescissió del contracte d'arrendament.

És una reforma tant de la LAU com de la normativa catalana que s'ha de celebrar; ara bé, val la pena destacar algunes de les seves limitacions. En primer lloc, es tracta d'un dret de tanteig i retracte que, evidentment, dependrà de l'actuació de l'Administració i de les seves possibilitats pressupostàries. No és, per tant, un mecanisme de protecció automàtica per als arrendataris enfront d'adquisicions d'edificis sencers amb finalitats especulatives a les ciutats. D'altra banda, un segon problema és que la manera en què es configura aquest dret impossibilitarà exercir-lo en molts casos. Atès que el tanteig, o el retracte, s'han d'exercitar en les mateixes condicions que l'oferta o la transmissió original, l'Administració no podria exercir-lo (o seria pràcticament inviable, tenint en compte les restriccions pressupostàries) en aquells casos en què l'immoble es transmet dins d'una cartera amb més immobles, pràctica habitual entre fons immobiliaris.⁵⁷

5.2. HABITATGES ADQUIRITS EN PROCEDIMENTS D'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA

El segon supòsit que analitzarem és un que ja estava previst en l'article 2 del DL 1/2015 com a mesura davant de la desocupació permanent d'habitatges i que ara pateix modificacions rellevants.

Es tracta d'un dret de tanteig i retracte a favor de l'Administració de la Generalitat en supòsits de transmissió d'habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant una compensació o el pagament del deute amb garantia hipotecària i que hagin estat adquirits després de l'entrada en vigor de la LDH.

En primer lloc, el DL 17/2019 fa aplicable el dret de tanteig a transmissions de l'habitatge posteriors, més enllà de la primera, durant tota la vigència del DL 1/2015, que ha estat estesa fins al 27 de març de 2027 (disposició final 1a). Com a segona reforma, el DL 17/2019 estén la seva aplicabilitat a tots els habitatges, sempre que compleixin els requisits mencionats anteriorment, de qualsevol municipi de Catalunya.

57. Agraïm aquesta observació a Fernando Gómez Pomar.

Elimina, per tant, la restricció prevista en la redacció anterior del DL 1/2015, que només preveia el tanteig per als habitatges que estiguessin situats en àrees de demanda residencial forta i acreditada conforme als paràmetres fixats en el Decret 75/2014, de 27 de maig, del Pla per al Dret a l'Habitatge. Per acabar, afegeix un termini de tres mesos per a la formalització de l'adquisició.⁵⁸ Per a la resta de qüestions sobre el seu exercici, el DL 1/2015 remet als articles 87-91 i 134-136 LDH

Sembla, així, que amb les modificacions introduïdes en l'article 2 del DL 1/2015 pel DL 17/2019 es pretén fomentar l'augment del parc públic d'habitatges i ampliar la possibilitat d'exercici reconegut a l'Administració, ja que totes quatre modificacions faciliten el procediment a l'Administració: eliminen restriccions territorials, amplien la primera transmissió a les transmissions posteriors, amplien el límit temporal per a exercitar aquest dret i afegeixen un termini, bastant ampli, per a la formalització de l'adquisició.

6. MESURES PER A PROPICIAR UNA MODERACIÓ DELS PREUS DEL LLOGUER DELS HABITATGES LLIURES

L'últim grup de mesures que volem analitzar aquí és el de les que pretenen propiciar una moderació dels preus del lloguer dels habitatges lliures, relatives a l'índex de referència de preus de lloguer d'habitatges.

L'article 59 LDH preveu algunes dades obligatòries que tot agent que intervén en l'edificació i la rehabilitació d'habitatges i en la prestació de serveis immobiliaris ha de fer constar necessàriament en qualsevol publicitat⁵⁹ d'un habitatge (localització, estat, superfície útil i construïda, etc.). L'article 8 del DL 17/2019 afegeix la lletra g a aquesta llista i inclou com a dada obligatòria l'índex de referència de preus de lloguer d'habitatges sempre que l'anunci inclogui el preu del lloguer de l'habitatge.

Més enllà de la publicitat, l'índex també s'ha de fer constar en l'oferta d'arrendament prèvia al contracte, així com en el mateix contracte d'arrendament (art. 61 i 66.2, respectivament, LDH, ambdós modificats pel DL 17/2019). L'Agència de l'Habitatge de Catalunya ha posat a disposició de la població una proposta de clàusula per a incloure aquesta informació en els contractes d'arrendament;⁶⁰ ambdues opcions són en funció, respectivament, de si existeix o no un índex de referència per a l'habitatge

58. El termini d'exercici, d'acord amb l'art. 91.3 LDH, és de trenta dies.

59. Art. 58.2 LDH: «S'entén per publicitat tota forma de comunicació adreçada als consumidors o al públic en general amb la finalitat de promoure de manera directa o indirecta la transmissió, l'arrendament i qualsevol altra forma de cessió d'habitatges a títol oneros».

60. Proposta disponible a: <http://agenciahabitatge.gencat.cat/wps/wcm/connect/f7910d5f-b953-4cee-8046-d4a2d9d07df0/Model+de+cl%C3%A0usules+de+contracte+per+Decret+17_2019.pdf?MOD=AJPERES> (última consulta: 16 maig 2020).

en concret, atès que, de moment, només s'ha calculat en alguns municipis de Catalunya⁶¹ i que pot resultar impossible calcular-lo si l'habitatge té certes característiques que fan impossible la seva comparació.

L'incompliment d'aquestes obligacions és tipificat també com una infracció lleu en matèria de protecció dels consumidors i usuaris d'habitatges en el mercat immobiliari, en l'article 125.2 (nova lletra f, introduïda per l'article 8.5 del DL 17/2019) LDH. D'acord amb l'article 118 de la mateixa Llei, les infraccions lleus se sancionen amb una multa que pot anar de tres mil a nou mil euros.

L'article 8.4 del DL 17/2019 proporciona una definició d'aquest índex mitjançant la inclusió de l'article 68 bis en la LDH. L'índex de referència de preus de lloguer és un indicador de consulta pública amb caràcter informatiu que permet conèixer una estimació del preu mitjà del metre quadrat de lloguer d'un habitatge ubicat en una zona i amb unes característiques definides per qui fa la consulta, alhora que orienta sobre el preu mínim i el preu màxim que aquest mateix habitatge pot arribar a tenir.

Segons la definició de l'article 68 bis de la LDH, l'índex de referència s'elabora a partir de les dades que consten en el Registre de Fiances dels Contractes de Lloguer de Finques Urbanes, per això l'article 9 del DL 17/2019 també modifica l'article 2.1 de la Llei 13/1996, de 29 de juliol. En la base de dades, a més, s'inclouen les obtingudes per l'Institut Català del Sòl en recollir el dipòsit de les fiances. Per a la creació de la base de dades i amb la intenció de crear una mostra molt representativa, s'han utilitzat els contractes dels darrers tres anys (2016-2018).⁶² Són tres els elements determinants per al càlcul del lloguer, dels quals el més rellevant és la localització.⁶³

Aquest índex, elaborat pel departament competent en matèria d'habitatge, informa sobre la mitjana del preu del lloguer d'un habitatge de característiques similars en el mateix entorn urbà. El sistema de càlcul i els elements o factors correctors que influeixen en la determinació dels marges de l'índex s'estableixen per ordre del conseller o la consellera competent en matèria d'habitatge. A més, aquest índex serveix per

61. Es pot consultar quins són els cent trenta-set municipis inclosos en aquesta fase d'aplicació de l'índex de referència de preus de lloguer, a: <http://agenciahabitatge.gencat.cat/wps/portal/serveis/busques%20pis%20o%20local/index-preus-de-lloguer/preguntes-freqvents!/ut/p/z1/tZFBu8IwEIX_Ch56zGxo0poeO-IgDKAjI7a5OKHdljglLU2L-O8NjicHZDiY2ybZ7-17CxISkEbtak6XRtVuT-qV4Zt4isYPgvsz-jzlNA4mo_FEcEYph9dLH6R7pmdOTGEFEmRmuqbbQKo2WaY8-oFrj1ps96i-tr9e93fVoB422g3pQ1ZmqPKpNjgfStNhbkiOpqrrsfWouyl706ElRYuuzXT2KNBkOoc0YkE4R-MaIKkIkHLkiIhcBiSL0kfuCF0XgDMILM6fO8-1Zz-MhLK_U_AUUq5EDzGrb3i8oo4_8au-D028IfW3F71e-7nYxd-LXL69BB8j_pOyW_nd_NS2dAdRuiTVFD8sOH5AQfktN8SE7xm-3Lvr-CwWCyIWotPVpXxzRftkiZJ/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/> (última consulta: 16 maig 2020).

62. AGÈNCIA DE L'HABITATGE DE CATALUNYA, *Metodologia pel càlcul de l'IRPLL*, 2020, p. 1-7, esp. p. 1. Disponible a: <<http://agenciahabitatge.gencat.cat/wps/wcm/connect/f0cb4ce4-5c0c-4a52-ae0-97d880442a9f/METODOLOGIA.pdf?MOD=AJPERES&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0>> (última consulta: 16 maig 2020).

63. Podeu consultar el model econòmic emprat per al càlcul de l'índex a ibídem, p. 2-7.

a restringir l'accés a ajuts públics adreçats al foment del lloguer, ja que els arrendadors que hagin pactat una renda superior a aquest índex no els poden sol·licitar (art. 68 bis LDH).

Els arrendadors dels habitatges poden consultar aquest índex mitjançant la calculadora facilitada per l'Agència d'Habitatge de Catalunya en la seva pàgina web oficial.⁶⁴ Per al càlcul de l'índex es demana a l'arrendador que indiqui, obligatòriament, l'adreça de l'immoble, la superfície de l'habitatge sense elements comuns i l'estat de manteniment (en perfecte estat, en bon estat, calen actualitzacions o en estat deficient). L'Agència d'Habitatge de Catalunya ha publicat un document amb informació bàsica i una guia d'ús en la qual s'especifica què s'ha d'entendre per cadascuna de les opcions d'estat de manteniment.⁶⁵

Per a un càlcul més precís de l'índex, l'arrendador pot afegir les dades sobre la planta de l'habitatge, l'any de construcció, el tipus de certificat energètic i si disposa d'ascensor, d'aparcament i de mobiliari. L'índex que l'eina de càlcul mostri com a resultat de la cerca és la mitjana aritmètica dels preus del lloguer per metre quadrat de tots els habitatges que s'han trobat dins l'àrea de cerca, mitjana obtinguda a partir dels criteris introduïts. L'índex es presenta destacat entre dues dades més, que fan referència a l'àrea inferior i l'àrea superior del rang de preus del metre quadrat dels contractes de lloguer existents d'acord amb els criteris de cerca. Aquestes dues dades són una orientació del rang de preus de lloguer per sota i per sobre de l'índex que es pot donar segons les circumstàncies específiques de l'habitatge.

Val a dir que és dubtós que aquestes mesures tinguin alguna rellevància pràctica en el pla civil, en concret, respecte a la validesa dels contractes d'arrendament d'habitatge. En primer lloc, perquè no signifiquen en cap cas una limitació de la renda.⁶⁶ En segon lloc, perquè, a més de constituir simplement una obligació d'incloure l'índex a efectes informatius com una clàusula del contracte, el seu incompliment no té cap efecte sobre el negoci jurídic de l'arrendament.

64. Disponible a: <<http://agenciahabitatge.gencat.cat/indexdelloguer/>> (última consulta: 16 maig 2020).

65. GENERALITAT DE CATALUNYA, *Índex de referència de preus de lloguer. Informació bàsica i guia d'ús de la pàgina de consulta*, 2020, p. 1-17, esp. p. 7. Disponible a: <http://agenciahabitatge.gencat.cat/wps/wcm/connect/c89cc721-dd65-4910-a5f6-b681ef04546a/170621+Index_ref_preus_lloguer_guia_us_DEF.pdf?MOD=AJPERES&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0> (última consulta: 16 maig 2020).

66. Aquesta mesura, la de fixar uns màxims a les rendes dels lloguers d'habitatges en funció de l'índex de referència dels preus de lloguer d'habitatges, va ser introduïda per primera vegada a Catalunya pel Decret llei 9/2019, de 21 de maig, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya en l'àmbit de la penyora, el qual va ser rebutjat en el moment de la seva ratificació, el 26 de juny de 2019.

7. CONCLUSIONS

El DL 17/2019 ha incorporat una bateria de reformes a la normativa catalana d'urbanisme i d'habitatge amb la finalitat de resoldre l'emergència en matèria d'accés a l'habitatge. Hem presentat aquí les que tenen una incidència civil més important: la reforma de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social, la nova definició del concepte d'*habitatge buit*, l'ampliació d'alguns supòsits d'expropiació forçosa fonamentats en l'incompliment de la funció social de la propietat, la reforma i la introducció de nous drets de tanteig i retracte de l'Administració i les mesures per a propiciar una moderació dels preus del lloguer, articulades mitjançant l'índex de referència de preus de lloguer d'habitatges.

Una primera conclusió respecte a la totalitat del text normatiu seria que destaca la seva complexitat tant per la quantitat de normes de diversa naturalesa modificades com per la tècnica utilitzada per a incorporar algunes d'aquestes reformes.⁶⁷ La segona conclusió a la qual arribem és especialment respecte a la seva mesura estrella: l'ampliació de l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social. Resulta evident que la manca de concreció d'alguns detalls rellevants provoca la confusió de tots els actors implicats en la seva aplicació, i també que la concreció tècnica de les mesures que s'han portat a terme ha dificultat, si no impossibilitat, qualsevol rellevància pràctica d'aquestes mesures en el pla civil, de les quals dependrà que les persones en exclusió residencial puguin continuar gaudint o no de l'habitatge. Una conclusió que es fa extensible a l'obligació de fer constar l'índex de referència de preus de lloguer d'habitatge en ofertes i contractes de lloguer.

Sembla, per tant, que moltes de les mesures introduïdes pel DL 17/2019, així com l'obligació d'oferir una proposta de lloguer social en els termes de la Llei 24/2015, quedaran en paper mullat, especialment en l'àmbit civil, allà on podrien haver tingut un impacte rellevant i directe sobre la vida de les persones en risc d'exclusió residencial, en un mercat de l'habitatge dominat per operacions especulatives de grans tenidors que provoquen una exclusió creixent.

67. Per exemple, en relació amb els nous supòsits en els quals s'ha d'oferir lloguer social, hauria estat més senzill, potser, haver-los incorporat tots a l'article 5.2 de la Llei 24/2015, que no pas modificar-lo i, a més, afegir la DA 1a. I es podria dir el mateix pel que fa als nous subjectes que tenen la consideració de gran tenidor. Potser hauria estat suficient afegir-los a l'article 5.9 de la Llei 24/2015.

ANNEX 1. RELACIÓ DE SUBJECTES I SUPÒSITS D'APLICACIÓ

TAULA 2. Diferents supòsits en els quals les persones en situació de risc d'exclusió residencial tenen dret, ja sigui per l'article 5.9 o per la DA 1a de la Llei 24/2015, a l'oferta d'un lloguer social i per quin subjecte obligat, subjecte que no és el mateix en cadascun dels supòsits:

	Obligats	Grans tenidors (art. 5.9)		Grans tenidors (DA 1a)		Persones jurídiques equiparades (art. 5.2)	Qualsevol adquirent, independ. de la seva condició (art. 5.1)
		a)	b)	Fons capital de risc i de titulització d'actius a)	Persones físiques		
Supòsits	Adquisició d'habitatge per acord o CV (art. 5.1)	x	x	x	x	x	x
	Reclamació de deute hipotecari (art. 5.2)	x	x	x	x	x	
	Impagament del lloguer (art. 5.2)	x	x	x	x	x	
	Venciment de la durada del contracte (DA 1a)	x	x	x	x		
	Manca de títol jurídic (DA 1a)	x		x			

ANNEX 2. LLINDARS PER A APRECIAR RISC D'EXCLUSIÓ RESIDENCIAL

TAULA 3.⁶⁸ Ingressos mensuals màxims per a apreciar risc d'exclusió residencial en persones amb discapacitat o gran dependència.

		Coeficient C (nombre de membres)			
		1	2	3	4
Coeficient U (zona geogràfica)	A	2.655,91 €	2.738,05 €	2.855,82 €	2.951,01 €
	B	2.489,92 €	2.566,92 €	2.677,33 €	2.766,57 €
	C	2.343,45 €	2.415,93 €	2.519,84 €	2.603,83 €
	D	1.991,93 €	2.053,54 €	2.141,86 €	2.213,26 €

68. Per a consultar la taula 1, «Ingressos mensuals màxims per a apreciar risc d'exclusió residencial en persones sense discapacitat o gran dependència», vegeu *supra* l'apartat 2.1.2.

ANNEX 3. COM CALCULAR LA RENDA QUE S'HA DE PAGAR EN UN CONTRACTE DE LLOGUER SOCIAL

Tenint en compte els apartats 7 i 10 de l'article 5 de la Llei 24/2015, en conjunció amb l'article 4 del Decret 75/2014, per a calcular la renda que s'ha de pagar en un contracte de lloguer social s'han de seguir els passos següents:

a) En primer lloc, s'ha de comprovar que la persona o unitat de convivència ocupant entra dins dels paràmetres d'exclusió residencial tenint en compte la seva composició i la ubicació geogràfica on resideixen (llindars de la taula 1).

b) En segon lloc, s'han de ponderar els ingressos que té pels coeficients de l'article 4 del Decret 75/2014:

<i>Coefficient U (ubicació)</i>	<i>Coefficient C (composició de la unitat)</i>
Zona A: 0,75	1 membre: 1
Zona B: 0,80	2 membres: 0,97
Zona C: 0,85	3 membres: 0,93
Zona D: 1	4 membres o més: 0,90

c) Els ingressos resultants de la ponderació s'han de comparar amb el 0,89 de l'IRSC i el 0,95 de l'IRSC per a determinar quina fracció d'aquests s'haurà de destinar a la renda del lloguer.

<i>Determinació de la renda</i>	
Si $IP < 0,89 \text{ IRSC}$	10 % IP
Si $IP < 0,95 \text{ IRSC}$	12 % IP
Si $IP \geq 0,95 \text{ IRSC}$	18 % IP

IP: ingressos ponderats

A continuació ho il·lustrem amb l'exemple de dues persones diferents. Ambdues tenen uns ingressos mensuals de sis-cents euros i viuen soles, però la primera ho fa a Barcelona (zona A) i la segona, a Ulldecona (zona D):

<i>Cas 1 (U = A; C = 1)</i>		
Ingressos mensuals	600 €	I < 2,5 IRSC Exclusió residencial
Ponderem els seus ingressos	$600 \cdot 0,75 \cdot 1$	450 €
Quin % dels seus IP ha de pagar?	$450 < 787,92$	IP < 0,89 IRSC
Renda mensual: 10 % dels IP	$450 \cdot 0,1$	45 €

<i>IRSC (U = A, C = 1)</i>	885,31 €
0,89 IRSC	787,92 €
2,5 IRSC	1.770,60 €

<i>Cas 2 (U = D; C = 1)</i>		
Ingressos mensuals	600 €	I < 2,5 IRSC Exclusió residencial
Ponderem els seus ingressos	$600 \cdot 1 \cdot 1$	600 €
Quin % dels seus IP ha de pagar?	$590 < 600 < 630,78$	0,89 IRSC < IP < 0,95 IRSC
Renda mensual: 12 % dels IP	$600 \cdot 0,12$	72 €

<i>IRSC (U = D, C = 1)</i>	663,98 €
0,89 IRSC	590,94 €
0,95 IRSC	630,78 €

REFLEXIONS ESCOCESSES SOBRE LA SUCCESSION INTESTADA DEL CÒNJUGE O PARELLA ESTABLE EN EL DRET CIVIL DE CATALUNYA

Antoni Vaquer Aloy¹
Catedràtic de dret civil
Universitat de Lleida

Resum

L'article fa una proposta de modernització del dret de successions de Catalunya. Sobre la base d'una enquesta i del valor mitjà d'una herència intestada, es proposa que, en la successió intestada, el cònjuge o convivent ocupi el primer ordre. Atès que, però, cal tenir en compte també els drets dels fills del causant en la successió intestada, es formula com a millor opció que la successió del cònjuge o convivent sigui mitjançant un fideïcomís de residu i que els fills siguin hereus fideïcomissaris.

Paraules clau: Catalunya, successió intestada, cònjuge o convivent, fideïcomís de residu.

REFLEXIONES ESCOCESAS SOBRE LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CÓNYUGE O PAREJA ESTABLE EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

Resumen

El artículo contiene una propuesta de modernización del derecho de sucesiones catalán. Sobre la base de una encuesta y del valor medio de una herencia intestada, se propone que,

1. Aquest treball, que s'emmarca en les activitats del grup de recerca consolidat 2017 SGR 997, ha estat redactat en la seva major part durant el confinament. Per aquest motiu, vull expressar el meu agraïment a les persones que m'han proporcionat materials que apareixen citats: Gerardo Bosques Hernández (Universitat Interamericana de Puerto Rico), Alexandra Braun (Universitat d'Edimburg), Naiví Chikoc (Universitat d'Ottawa), Gregor Christandl (Universitat d'Innsbruck), María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universitat Pública de Navarra), Rosa Miquel-Sala (Universitat de Bayreuth) i Montserrat Pereña Vicente (Universitat Rey Juan Carlos I). La realització de l'enquesta i el tractament de les dades no haurien estat possibles sense l'ajut impagable de Núria Cucurull Serra (Vallribera-Baqués i Associats); el meu agraïment s'estén a les persones que han fet circular l'enquesta: els notaris de Barcelona Jesús Gómez Taboada i Ángel Serrano de Nicolás, els alumnes de la Universitat de Lleida Berta Agustí Ramos i Pau Oriol Cosials Perpinyà, i la tècnica d'administració local Emília Chacón Navarro; i també a totes les persones que l'han respost. El capítol d'agraïments es clou en la nota 30. Qualsevol errada, però, només és imputable a la meva persona.

en la sucesión intestada, el cónyuge o conviviente ocupe el primer orden. Ello no supone un desplazamiento total de los hijos del causante, puesto que se establecería un fideicomiso de residuo en el que los hijos del causante serían herederos fideicomisarios.

Palabras clave: Cataluña, sucesión intestada, cónyuge o conviviente, fideicomiso de residuo.

SCOTTISH THOUGHTS ON THE SPOUSE OR PARTNER INTESTATE SUCCESSION IN THE CATALAN PRIVATE LAW

Abstract

The paper makes a proposal to modernise the Catalan law of intestate succession. On the bases of a survey and the average value of an intestate inheritance, the spouse or partner should move to the first order of succession. This does not mean that the children are deprived of their traditional right, but only a postponement, since they will become heirs at the spouse's death.

Keywords: Catalonia, intestate succession, spouse or partner, *fideicomissum residui*.

1. INTRODUCCIÓ

La successió del cònjuge o convivent quan el causant mor intestat es manté, en les seves línies mestres, invariable des de la Llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada: el cònjuge —més tard, també la parella estable— només és hereu quan el causant no deixa fills; en concurrència amb fills del causant, el cònjuge —i el mateix passa amb la parella estable— adquireix l'usdefruit de l'herència. La solució usufructuària és la tradicional a Catalunya, que es podria remuntar fins a l'usatge *Vidua*.² A aquestes línies mestres, el Codi civil de Catalunya (CCCat) hi ha afegit diversos matisos a fi de «millorar»³ la posició del cònjuge o convivent: l'usdefruit ha esdevingut vitalici amb independència que el supervivent torni a casar-se o a conviure en parella, si els fills comuns renuncien a l'herència intestada succeeix el cònjuge o convivent encara que hi hagi altres descendents de grau ulterior, i s'atorga el dret de

2. Vegeu-ne els detalls a Antoni VAQUER ALOY, *L'usdefruit vidual abintestat en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, Tibidabo, 1990.

3. Aquesta idea s'ha manifestat expressament en cada reforma del nostre dret de successions. Així, com a exemple, es poden citar els preàmbuls de la Llei 9/1987, «es millora la posició del cònjuge vidu», i de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: «[...] s'ha de destacar la millora de la posició del cònjuge vidu, que s'estén, com hem dit, al convivent supervivent d'una unió estable, quan concorre a la successió intestada amb descendents».

commutar l'usdefruit universal per l'usdefruit de l'habitatge conjugal i una quarta part alíquota de l'herència en propietat (art. 442-3 i seg. CCCat).⁴ De manera resumida, es pot dir que el cònjuge i la parella estable no ocupen la posició central, sinó que aquesta queda reservada als fills i descendents, que són els únics cridats en primer lloc a l'herència intestada. I això s'ha de combinar amb un règim econòmic legal de separació de béns.

Aquesta situació contrasta vivament amb la de la majoria dels drets de successions més moderns, en què el cònjuge —i, molt sovint, també el convivent— pren el lloc preeminent en la successió intestada. Aquest, s'ha destacat, és el tret més definidor de l'evolució de la regulació de la successió intestada durant els darrers cent anys.⁵ La millora de la posició del cònjuge només pot ser a costa del retrocés de qui ocupava històricament la posició preeminent, que eren els fills i descendents. Fins a tal punt és així que en alguns d'aquests ordenaments jurídics es planteja ara la necessitat d'una reforma a fi de reduir la preponderància del cònjuge i garantir una participació ni que sigui mínima dels fills en l'herència. Aquest és el cas d'Escòcia, darrerament, i també d'alguns països de *common law*, que explicarem tot seguit en l'apartat 2.

És remarcable que sovint, i en especial als països de *common law* i sistemes mixtos, les propostes de reforma legislativa en matèria de successions van acompanyades d'estudis d'opinió. Que jo sàpiga, a Catalunya no s'ha fet pública cap enquesta sobre les preferències en l'ordre de la successió intestada, raó per la qual m'he proposat il·lustrar les possibles reformes que plantejo en aquest treball amb els resultats d'una enquesta molt senzilla que ha estat resposta per tres-centes deu persones, el resultat de la qual es detalla en l'apartat 3. I és que, en efecte, el meu propòsit és encetar un debat sobre si és necessari modificar l'ordre de la successió intestada quan afecta el cònjuge o convivent supervivent, debat que ha de tenir en compte els canvis en la concepció de la família que s'han fet palesos al llarg dels darrers decennis. A més, crec que la decisió de reformar que s'adopti ha de tenir una base empírica indubtable, i aquesta base la proporciona l'import mitjà d'una herència intestada a Catalunya, qüestió que s'abor-

4. Remeto el lector als meus comentaris a aquests articles dins de l'obra col·lectiva coordinada per Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1262 i seg.

5. Com un procés «de la penúria a l'opulència» ho descriuen Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN, «Intestate succession in historical and comparative perspective», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, Oxford, OUP, 2015, p. 489; vegeu, a més, Christoph CASTELAIN, «Introduction and objectives», a Christoph CASTELAIN, René FOQUÉ i Alain VERBEKE (ed.), *Imperative inheritance law in a late-modern society*, Antwerp, Oxford i Portland, Intersentia, 2009, p. 13-15, i Jan Peter SCHMIDT, «Trying to square the circle: comparative remarks on the rights of the surviving spouse on intestacy», *Edinburgh Law Review*, volum 24, núm. 1 (2020), p. 123. La tendència a la prevalença del cònjuge la vaig emfasitzar a «The law of successions», a Mauro BUSSANI i Franz WERRO (ed.), *European private law: A handbook*, Berna, Brussel·les, Durham, Atenes i Munic, Stämpfli, Bruylant, Carolina Academic Press, Ant. N. Sakkoulas i Sellier, 2009, p. 575.

da en l'apartat 4. És en l'apartat 5 on es formulen un seguit de possibles reformes, que recolzen en el resultat de l'enquesta.

2. LES PROPOSTES DE REFORMA A ESCÒCIA I ALS SISTEMES DE *COMMON LAW*

2.1. LES PROPOSTES DE LA LAW COMMISSION ESCOCESA

Fa trenta anys que s'intenta reformar la successió intestada a Escòcia, però només s'ha aconseguit introduir algunes modificacions parcials i menors. D'acord amb el dret vigent,⁶ el cònjuge o convivent té dret a —els anomenats *prior rights*— l'habitatge conjugal fins a un valor de 473.000 lliures (£), al seu contingut mobiliari fins a un valor de 29.000 £ i a 50.000 £ en concepte de *financial provision*. La resta de l'herència és heretada pels fills del causant, per bé que en la pràctica totalitat dels casos, un cop extrets els *prior rights*, l'herència ja s'ha exhaurit, de manera que, a la pràctica, els fills no obtenen res en la successió intestada, tenint en compte els valors mitjans de les herències intestades a Escòcia i, en particular, el preu mitjà dels habitatges.⁷

És per això que la reforma que es proposa busca millorar la situació dels fills en l'herència intestada, tot i mantenir el lloc preeminent del cònjuge o convivent. A tal efecte, la Law Commission ha formulat una consulta⁸ a fi d'encetar un nou debat. La seva proposta s'inspira en el règim matrimonial de comunitat de l'estat nord-americà de Washington, de manera que una de les propostes consisteix que el cònjuge o convivent rebi la totalitat de les adquisicions netes realitzades per la parella durant el matrimoni o la convivència i la meitat dels béns propis —bàsicament, els que tenia abans del matrimoni o de l'inici de la unió estable— del difunt. La Law Commission porta a col·lació un segon exemple comparat, el de la Colúmbia Britànica, que preveu que, en cas que el cònjuge concorri amb fills comuns, té un dret preferent sobre els primers 300.000 dòlars (\$) de l'herència, amb dret a adquirir amb aquest valor l'habitatge conjugal, quantitat que disminueix a 150.000 \$ si la concurrència és amb fills que només ho són del causant. El tercer referent comparat que cita la Law Commission

6. Seccions 8 i 9 de la *Succession (Scotland) Act* de 1964 (reformada). Vegeu Kenneth G.C. REID, «Intestate succession in Scotland», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 388 i seg.; Dot REID, «Why is it so difficult to reform the law of intestate succession?», *Edinburgh Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 112-113; David BARTOS, *Bartos and Meston on the Succession (Scotland) Act*, 6a ed., Edimburg, W. Green, 2015, p. S8-01 i seg.

7. D. REID, «Why is it so difficult», p. 113, i D. REID, «From the cradle to the grave: politics, families and inheritance law», *Edinburgh Law Review*, vol. 12, núm. 3 (2008), p. 406.

8. Vegeu <www.gov.scot/publications/consultation-law-succession/pages/3/> (última consulta: 26 maig 2020).

és l'*Uniform Probate Code* (en endavant, UPC) estatunidenc. D'acord amb aquest text, el cònjuge és hereu únic si el causant mor sense fills o bé si concorre a l'herència només amb fills comuns; dels primers 300.000 \$ i tres quartes parts de la resta de l'herència si concorre amb un progenitor del causant; dels primers 225.000 \$ i la meitat de la resta de l'herència si concorre amb fills comuns i fills propis del supervivent; i dels primers 150.000 \$ i la meitat de la resta de l'herència si concorre només amb fills del causant que no són comuns.⁹ Els objectius declarats de la Law Commission són assegurar que els fills participen en l'herència i prendre en consideració les famílies reconstituïdes, en què la successió del cònjuge es redueix quantitativament en pro dels fills que només ho són del causant.

La doctrina escocesa ha acceptat el debat, per bé que es mostra crítica amb les propostes que s'acaben de resumir. D'entrada, s'assenyala que, sobre la base de treballs empírics previs, la majoria de causants vol que els fills acabin heretant després del cònjuge o convivent, fins al punt que la transmissió horitzontal entre cònjuges o parelles no es concep pròpiament com una successió, sinó com el decurs natural de les coses.¹⁰ La situació actual està decantada en excés cap al cònjuge o convivent en detriment dels fills, que sovint no perceben res de l'herència malgrat que si la successió fos testada, sí que tindrien un dret de caire legitimari, situació que s'hauria de corregir tot respectant la posició principal d'aquell.¹¹ També es destaca que no es tenen en compte les peculiaritats que representen les famílies reconstituïdes en un sistema successori en què el cònjuge obté la part del lleó de l'herència.¹² En fi, la doctrina objecta que només s'ha cridat l'atenció sobre uns models concrets de *common law* que no responen a la tradició escocesa.¹³

El debat a Escòcia il·lustra com de vegades el pèndol s'ha inclinat massa cap al cònjuge o convivent, de manera que els fills poden quedar desheretats *de facto* pel mateix ordenament jurídic. Aquesta situació no és exclusiva d'Escòcia, sinó que és compartida per tots els sistemes que s'organitzen sobre la base de l'atribució preferent

9. UPC, secció 2-102. Vegeu Robert H. SITKOFF i Jesse DUKEMINIER, *Wills, trusts, and estates*, 10a ed., Aspen, Wolters Kluwer, 2017, p. 69-70; Ronald J. SCALISE Jr., «Intestate succession in the United States of America», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 406 i seg.; Carolyn R. GLICK, «The spousal share in intestate succession: stepparents are getting shortchanged», *Minnesota Law Review*, vol. 74 (1990), p. 631 i seg.; Lawrence W. WAGGONER, «The multiple-marriage society and spousal rights under the revised Uniform Probate Code», *Iowa Law Review*, vol. 76 (1991), p. 229-230.

10. D. REID, «Why is it so difficult», p. 117.

11. Kenneth G.C. REID, «Mixing without matching: fractions, slabs, and the succession rights of the surviving spouse and children», *Edinburgh Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 119. Vegeu també Jan Peter SCHMIDT, «Trying to square the circle», p. 125.

12. D. REID, «Why is it so difficult», p. 115.

13. Kenneth G.C. REID, «Mixing without matching», p. 122.

d'un valor de l'herència al cònjuge o convivent, els quals pertanyen al *common law* o bé als sistemes escandinaus.¹⁴

2.2. EL DEBAT EN ELS SISTEMES DE *COMMON LAW*

A Anglaterra, des de finals del segle XIX, després de la revolució industrial, va emergir una nova classe urbana deslligada de la propietat de la terra i, per tant, amb béns que admetien el seu fraccionament, la qual cosa va motivar transformacions profundes en els ordres de la successió intestada, que va perdre el seu tint dinàstic amb el canvi de la transmissió vertical —de pares a fills— a favor de la transmissió horitzontal entre esposos.¹⁵ D'aquesta manera, actualment, quan no hi ha fills ni descendents, el cònjuge esdevé hereu únic; si concorren a la successió intestada el cònjuge o convivent i els fills, aquell rep tots els mobles personals que no siguin diners ni relacionats amb la professió, un llegat legal que actualment té un valor de 250.000 £ i la propietat de la meitat de la resta de l'herència —que pot commutar per l'habitatge conjugal—, i correspon als fills l'altra meitat.¹⁶ El resultat és que, en herències modestes, a la pràctica el cònjuge hereta la totalitat del cabal relict.¹⁷ A més, en el cas de les famílies reconstituïdes, si qui hereta és el consort o convivent no progenitor, els fills del premort

14. Vegeu Jens M. SCHERPE, «Intestate succession in the Nordic countries», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 312 i seg.; Gerhard RING i Line OLSEN-RING, «Dänemark», a Rembert SÜB (ed.), *Erbrecht in Europa*, 3a ed., Bonn, ZERB, 2015, p. 348-349; Ralf SEDLMAYR, «Norwegen», a Rembert SÜB (ed.), *Erbrecht in Europa*, 3a ed., Bonn, ZERB, 2015, p. 937-938. Així, a Dinamarca el cònjuge o convivent que concorre amb fills comuns té dret a la meitat de l'herència, però amb un mínim garantit al voltant dels cent mil euros; a Noruega té dret a una quarta part de l'herència, amb un mínim garantit equivalent a quatre vegades el salari mínim anual (uns cinquanta mil euros).

15. Fiona BURNS, «The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England», *University of New South Wales Law Journal*, vol. 36(2) (2013), p. 476-477; Fiona BURNS, «Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future», *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1 (2013), p. 87 i seg. Vegeu, també, Roger KERRIDGE, «Intestacy reform in 2014 – Unfinished business», a Birke HÄCKER i George MITCHELL (ed.), *Current issues in succession Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 5-6.

16. *Administration of Estates Act* de 1925, secció 46.

17. Roger KERRIDGE, *Parry and Kerridge: The Law of Succession*, 13a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2016, p. 2-11 i seg.; Kathryn O'SULLIVAN, «Distribution of intestate estates in non-traditional families: A way forward?», *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1 (2017), p. 25-26; Elizabeth COOKE, «Wives, widows and wicked step-mothers: a brief examination of spousal entitlement on intestacy», *Child & Family Law Quarterly*, núm. 21 (2009), p. 429; Gillian DOUGLAS et al., «Enduring love? Attitudes to family & inheritance law in England and Wales», *Journal of Law & Society*, vol. 38, núm. 2 (2011), p. 245 i seg.; Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 479. Brian SLOAN, *Borkowski's Law of Successions*, 3a ed., Oxford, OUP, 2017, p. 22, apunta que probablement l'augment del llegat legal ha anat paral·lel a l'increment del preu de l'habitatge.

es veuran privats de l'herència d'aquest si el padrastre o la madrastra moren intestats.¹⁸ Això ha motivat que s'hagin formulat també diverses propostes de reforma del dret vigent. Atès que les de la Law Commission anglesa no representen més que matisos de poca entitat en el dret vigent,¹⁹ ha estat la doctrina la que ha formulat iniciatives més innovadores, tot mantenint el rol central del cònjuge o convivent, que passen per la reducció de la quantia del llegat legal,²⁰ l'atribució d'un usdefruit al cònjuge en comptes de la propietat,²¹ la imputació al llegat de les atribucions de béns del difunt fetes per altres títols,²² la introducció de llegats legals a favor dels fills o la consideració de l'edat dels fills o del seu caràcter de comuns o no a fi d'introduir variacions en els ordres successoris.²³ En tot cas, és important insistir-hi, les diverses proposicions no pretenen remoure el cònjuge de la posició central, sinó incrementar les possibilitats reals que els fills percebin una part de l'herència intestada.

Als Estats Units s'esmenten les mateixes raons per al canvi d'orientació cap a una successió intestada en la qual l'hereu principal és el cònjuge, per bé que s'afegeix l'argument de la progressiva nuclearització de la família.²⁴ I es detecta el mateix problema: quan l'herència és modesta, el cònjuge ho hereta tot perquè no queda residu després del seu llegat legal.²⁵ En general, s'estima que l'opció de l'UPC és ponderada, però, tanmateix, només una minoria d'estats segueixen aquesta orientació,²⁶ amb la reducció del llegat legal en el supòsit que es tracti d'una família reconstituïda. És per

18. Kathryn O'SULLIVAN, «Distribution of intestate estates in non-traditional families», p. 27. A aquests fills només els quedaria la reclamació d'una *family provision* si complissin tots els requisits legals, la qual amb tota probabilitat seria molt inferior a l'import que haurien hagut de rebre en la successió del seu pare o la seva mare.

19. Les explica i analitza Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 500 i seg., i Fiona BURNS, «Surviving spouses», p. 98 i seg.

20. Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 511, i Kathryn O'SULLIVAN, «Distribution of intestate estates in non-traditional families», p. 30.

21. Roger KERRIDGE, «Distribution on intestacy, the Law Commission's Report», *The Conveyancer and Property Lawyer*, núm. 358 (1990), segons el que explica el mateix Roger KERRIDGE, «Intestacy reform in 2014», p. 12.

22. Una versió modernitzada de les *Hotchpot rules* que ha defensat Roger KERRIDGE, «Intestacy Reform in 2014», p. 18-20 (per exemple, la imputació de la meitat de l'habitatge conjugal al llegat legal que rebria per la via del règim matrimonial).

23. Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 512.

24. Nancy Coleman MESSICK, «Intestacy and the surviving spouse», *William and Mary Review of Virginia Law*, vol. 2, núm. 2 (1955), p. 94.

25. Lawrence W. WAGGONER, «The multiple-marriage society», p. 233.

26. Només divuit estats han adoptat totalment o parcialment l'UPC, segons dades de la Uniform Law Commission (<www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a539920d-c477-44b8-84fe-b0d7b1a4cca8>; última consulta: 26 maig 2020).

això que la majoria de propostes de reforma procedeixen d'estats que no han adoptat l'UPC i que es mostren a favor d'aproximar-s'hi.²⁷

Pel que fa a Austràlia, els ordres intestats són diferents en cada estat. Així, en el Territori del Nord, el cònjuge o convivent, si no hi ha fills, ho hereta tot, i si concorre amb fills, adquireix els primers 100.000 \$ —amb dret a incloure l'habitatge familiar en aquesta suma, encara que superi aquest valor— i la resta de l'herència es divideix per la meitat, si hi ha un fill, entre aquest i el cònjuge, i si hi ha dos fills o més, dues terceres parts són per a aquests i l'altra tercera part és per al cònjuge; a Nova Gal·les del Sud, en canvi, el valor del llegat legal és de 350.000 \$ —actualitzables d'acord amb les variacions de l'índex de preus al consum— i la resta és per al cònjuge si els fills són comuns i és per als fills en cas que n'hi hagi que no siguin comuns.²⁸ Aquests dos estats palesen les noves orientacions, basades a mantenir el lloc preminent del cònjuge o parella, amb una rebaixa del llegat legal al Territori del Nord i amb la diferenciació a Nova Gal·les del Sud segons si els fills són comuns o no, però continua essent qüestionable si el pèndol ha trobat el seu punt d'equilibri; probablement una combinació d'aquests dos sistemes conduiria als resultats més ponderats. Endemés, el cònjuge pot optar per un dret sobre l'habitatge conjugal.

3. ALGUNES DADES EMPÍRIQUES: UNA ENQUESTA A CATALUNYA

Una reforma de la successió intestada no és merament un treball acadèmic, sinó que incideix en la transmissió de la riquesa acumulada en vida de les persones amb patrimonis més modestos, com es comprovarà en l'apartat següent, per la qual cosa esdevé necessari conèixer quina és la percepció ciutadana. Amb aquesta finalitat es va elaborar una enquesta destinada a ser resposta per persones que no necessàriament tinguessin formació jurídica i de comarques diferents de Catalunya. L'enquesta era tancada i s'estructurava en un màxim de cinc preguntes.

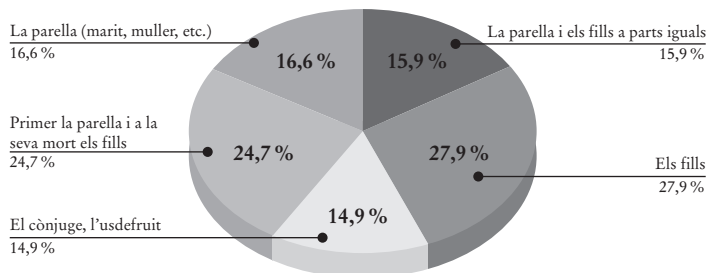
La primera pregunta era la fonamental i s'adreçava a escrutar les preferències en la successió intestada. La pregunta era «qui creus que ha de rebre la teva herència en primer lloc?» i tenia cinc respostes possibles: la parella, els fills, la parella i els fills a parts

27. Per exemple, per al cas de Vermont, un estat considerat dels més liberals i progressistes, vegeu Stephanie J. WILLBANKS, «Parting is such sweet sorrow, but does it have to be so complicated? Transmission of property at death in Vermont», *Vermont Law Review*, vol. 29 (2005), p. 895 i seg., esp. p. 949, que acaba dient que «for those who die intestate, the law should better reflect their probable intent, based on the realities of modern life, not on antiquated principles of feudalism».

28. Nicola PEART i Prue VINES, «Intestate succession in Australia and New Zealand», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 357 i seg.; abans de les darreres reformes, Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 481 i seg.; Ken MACKIE, *Principles of Australian succession Law*, 3a ed., Chatswood (Austràlia), LexisNexis, 2017, p. 274-277.

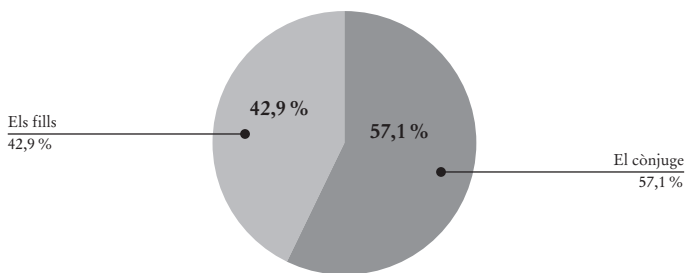
iguals, primer la parella i a la seva mort els fills, i la parella només l'usdefruit (és a dir, mantenir la regulació actual). El resultat de la primera pregunta és el següent:

Qui creus que ha de rebre la teva herència en primer lloc?



L'opció amb major percentatge de preferència és els fills, seguida primer de la parella i després, dels fills. Tanmateix, les cinc respostes es poden agrupar en dues, que corresponen a si el cònjuge ha de passar al primer ordre successori (les respostes serien: la parella, primer la parella i a la seva mort els fills, i la parella i els fills a parts iguals) o si s'ha de mantenir en el segon ordre (els fills i per al cònjuge, l'usdefruit). Aquesta agrupació es tradueix en el resultat següent:

Primer lloc en l'ordre successori: el cònjuge o convivent *versus* els fills

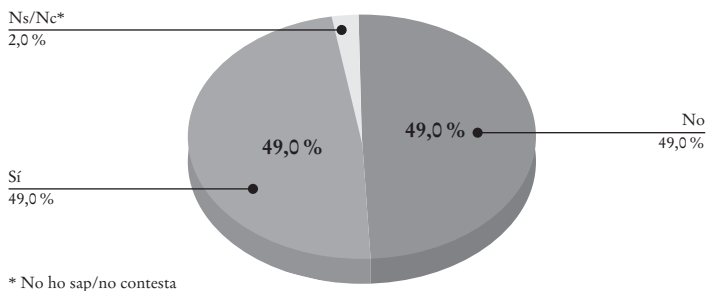


Per franges d'edat, el resultat és que les franges d'edat entre els 51 i els 70 anys són les que donen més suport al pas del cònjuge al primer ordre successori: els enquestats que tenen entre 51 i 60 anys hi estan a favor un 64,6 %, percentatge que puja fins al 71,2 % en els que tenen entre 61 i 70 anys. És possible que aquesta preferència estigui connectada amb el moment en què els fills, atesa la mitjana d'edat de la mater-

nitat a Catalunya (32,3 anys el 2018),²⁹ s'han independitzat i han creat la seva pròpia llar. La preferència pels fills coincideix amb la minoria d'edat d'aquests (50,7% dels enquestats que tenen entre 41 i 50 anys) o amb la senectut (53,8% dels enquestats majors de 71 anys).

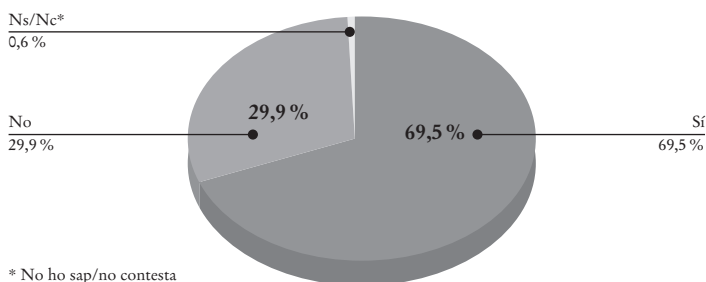
Després es preguntava si, en cas d'haver escollit el cònjuge o convivent com a opció preferida, la resposta seria la mateixa si es tractés de la segona parella ulterior. El resultat és d'empat tècnic entre els que pensen que el cònjuge ha d'heretar sempre i els que pensen que les núpcies ulteriors i la nova parella alteren la resposta. Cal notar que la resposta era binària i no considerava el temps de duració de la nova relació, a fi d'evitar la casuística inherent a aquestes situacions.

Entre els que considereu que la parella és qui ha d'heretar, respondríeu el mateix si fos la segona parella (o tercera)?



En canvi, és molt majoritària la percepció que el cònjuge o convivent ha de succeir en la titularitat de l'habitatge familiar:

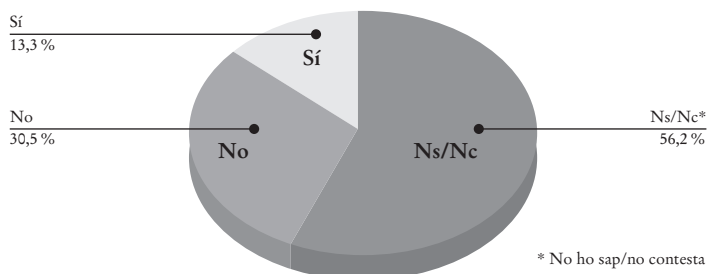
Creus que la parella sempre ha de rebre l'habitatge en què viviu junts?



29. Font: Idescat, <www.idescat.cat/indicadors/?id=ue&n=10090&lang=es> (última consulta: 8 juny 2020).

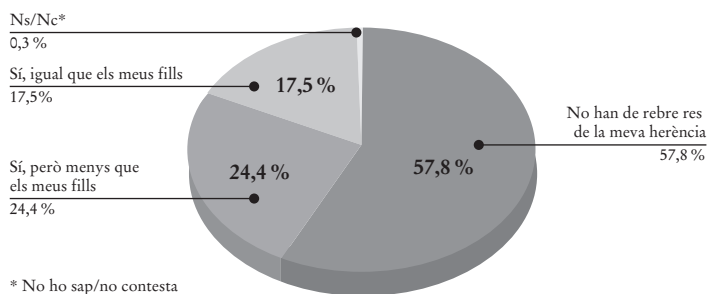
Finalment, s'han efectuat dues preguntes relacionades amb les famílies reconstituïdes. De les respostes es dedueix que la concurrència de la nova parella amb fills propis del causant genera un conflicte que es tradueix majoritàriament en la incapacitat per a donar una resposta binària a si el cònjuge o convivent ha de succeir com a hereu abintestat.

En particular, si tenguessis fills de la teva primera parella, voldries igualment que la teva segona parella ho heretés tot?



És generalitzat el sentiment que els fills que només ho són de la parella, i no del causant, no han de rebre el mateix en la successió que els fills propis; de fet, més de la meitat dels enquestats responen que els fills de la parella no han d'obtenir res en la successió. Dit en altres paraules, les famílies reconstituïdes introdueixen alteracions en els esquemes ordinaris de la successió intestada, tal com és percebuda, si més no, pels enquestats.

Els fills de la parella (fillastres) que no són fills biològics teus, creus que han d'heretar alguna cosa?



La conclusió que s'obté de l'enquesta és que el desig majoritari és que el cònjuge passi a ocupar el primer ordre de la successió intestada, però es percep alhora que els fills tenen encara un suport molt important com a preferència; la suma dels qui responen que s'ha de mantenir la regulació actual més els qui han respost que primer ha de succeir la parella i després els fills, també resulta majoritària entre els enquestats. La proposta que es formula en l'apartat 5 intenta reflectir aquesta ambivalència en les respostes i trobar un punt comú que satisfaci les sensibilitats expressades. A més, com ja s'ha dit, és rellevant tenir en compte els imports mitjans de les successions intestades a Catalunya, cosa que s'exposa a continuació.

4. L'IMPORT MITJÀ DE LES SUCCESSIONS INTESTADES A CATALUNYA

Com s'ha avançat, la successió intestada del cònjuge a Catalunya, en concurrència amb fills, es materialitza en un dret d'usdefruit, que no atorga el domini, sinó només l'ús i el gaudi. Com es concreta després, el cònjuge usufructuari haurà de fer front al pagament dels impostos i les taxes dels béns usufructuats i només té dret als fruits que produeixi el patrimoni relict, alguns dels quals són certament incerts, com passa si en l'herència es contenen participacions en fons d'inversió o diners, atès el tipus de remuneració dels dipòsits bancaris, que actualment acostuma a ser el 0 %.

D'acord amb les dades de l'Agència Tributària de Catalunya, aquest és l'import mitjà de les herències que s'han presentat per a la liquidació de l'impost de successions en el període 2017-2019:³⁰

	<i>Import mitjà del cabal hereditari declarat</i>	
<i>Exercici</i>	<i>Successió intestada</i>	<i>Successió testada</i>
2017	109.549,62 €	261.970,83 €
2018	114.949,55 €	269.124,43 €
2019	128.082,21 €	293.625,23 €

D'una banda, aquestes dades confirmen la tendència que s'ha observat en altres països: els causants amb patrimonis més elevats planifiquen la seva successió mitjançant el testament —o el pacte successori—, mentre que els difunts intestats són els titulars de patrimonis més modestos.³¹

30. Agraïixo a l'Agència Tributària de Catalunya que m'hagi proporcionat aquestes dades. El meu agraïment es personifica en la Sra. Meritxell Herrera Guardiola i el Sr. Antonio Martínez Sánchez.

31. Danaya C. WRIGHT i Beth STERNER, «Honoring probable intent in intestacy: an empirical assess-

D'altra banda, palesen que, atesa la modèstia d'aquests cabals hereditaris, l'usdefruit és poc viable econòmicament. Per bé que no conec estadístiques fiables, no resulta forassenyat intuir que bona part dels habitatges familiars pertanyen en règim de copropietat als cònjuges —probablement també als convivents estables de llarga duració—, la qual cosa, si fos certa, significaria que la major part del cabal hereditari està constituït per la meitat de l'habitatge titularitat del difunt, si es té en compte que l'any 2019 el preu mitjà de compra d'un habitatge usat a Catalunya era de 193.000 € i el d'un de nou era de 224.000 €. ³² El metàl·lic serà residual i, en tot cas, el cònjuge o convivent supervivent tampoc no en pot disposar, sinó només obtenir-ne el rendiment potencial.

És també remarcable observar que, atesa l'extensió de la llegítima a Catalunya, si els fills hereus abintestats i legitimaris reclamessin, teòricament tindrien dret a, aproximadament, 30.000 € en concepte de llegítima, que s'haurien de repartir entre ells, la qual cosa representa, igualment, una quantitat minsa.

En definitiva, el repartiment de l'herència en nua propietat i usdefruit, tenint en compte el valor mitjà de les herències intestades a Catalunya, no pot satisfer ni els interessos dels fills ni, sobretot, els del cònjuge o convivent supervivent. Tampoc no és recomanable el reconeixement d'una quantitat mínima que ha de percebre el cònjuge o supervivent, ja que si no va vinculada al preu de l'habitatge, pot significar que es vegi forçat a vendre l'habitatge per a pagar les llegítimes, amb la consegüent desprotecció, i si hi va vinculada, pràcticament no quedarà res per als fills, tenint en compte els preus mitjans indicats de l'habitatge a Catalunya.

ment of the default rules and the modern family», *ACTEC Law Journal*, vol. 42 (2017), p. 373: «[...] we have two laws: the law of testamentary freedom for the White and the wealthy, and the default rules of intestacy for persons of color and the poor». La diferència és encara més substancial a Austràlia: 774.802 \$ les successions testades contra 213.888 \$ les intestades (Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 506).

32. Dades obtingudes de: <http://habitatge.gencat.cat/ca/dades/estadistiques_publicacions/indicadors_estadistiques/estadistiques_de_construccio_i_mercat_immobiliari/estadistica-de-les-compravendes/compravendes-dhabitatges-registrades-i-el-preu-de-venda-Catalunya/> (última consulta: 26 maig 2020). També pensen que l'habitatge familiar constitueix el bé més valuós de les herències María Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, *Sucesión «mortis causa» de la familia recompuesta (De la reserva vidual a la fiducia sucesoria)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2015, p. 24, 49 i 50, i Montserrat PEREÑA VICENTE, «La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22 (2019), p. 11.

5. PROPOSTES DE REFORMA DE LA SUCCESSION INTESADA DEL CÒNJUGE EN EL DRET CIVIL DE CATALUNYA

5.1. LES PREMISSES

5.1.1. *La centralitat de la successió del cònjuge en el dret comparat*

Es pot afirmar que la majoria de drets de successions comparats tenen el cònjuge —i el convivent, si escau— en el lloc preeminent en la successió intestada. Aquesta ha estat, com s'ha dit, la tendència al llarg del segle xx, i es manté en el present.³³ S'han esmentat els exemples més evidents en el *common law*, però en ordenaments continentals s'aprecia igualment la centralitat del cònjuge i la parella estable en la successió intestada. El cas més paradigmàtic és el dels Països Baixos, on el cònjuge hereta tota l'herència en concurrència amb els fills, els quals només poden reclamar la seva llegítima quan el cònjuge mor o és declarat en concurs, o en els altres supòsits que hagi especificat el causant (art. 4:13 del Codi civil neerlandès).³⁴ A Itàlia, el cònjuge adquireix en propietat una quota de l'herència, la meitat si concorre amb un sol fill —tant si és comú com si no ho és— i un terç si els fills són dos o més (art. 581 *Codice civile*), i té dret a continuar vivint a l'habitatge conjugal.³⁵ A Alemanya, el cònjuge que concorre amb descendents adquireix en propietat una quarta part de l'herència (§ 1931 *Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB, Codi civil alemany]),³⁶ i a Àustria, un terç (§ 744 ABGB).³⁷

A Catalunya, com ja s'ha avançat, el cònjuge i la parella estable estan un o dos esglaons per sota. Es tracta d'una situació similar a la de França, on el cònjuge que

33. Vegeu la nota 5.

34. Wilbert D. KOLKMAN, «Intestate succession in the Netherlands», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 242; Sjef VAN ERP, «The new Dutch Law of succession», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Exploring the Law of succession*, Edimburg, Edinburgh University Press, 2007, p. 195-196; J. Michael MILO, «Acquisition of property by succession in Dutch Law», a M. ANDERSON i E. ARROYO i AMAYUELAS (ed.), *The Law of succession: Testamentary freedom*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 223-224.

35. Abans de la reforma del 2013 el cònjuge tenia un dret d'usdefruit. Vegeu Alexandra BRAUN, «Intestate succession in Italy», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 84.

36. De tota manera, encara cal tenir en compte el règim econòmic dels cònjuges; vegeu Reinhard ZIMMERMANN, «Intestate succession in Germany», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 211 i seg.; D. WEIDLICH, «§ 1931 BGB», a PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79a ed., Munic, C. H. Beck, 2020, par. 3.

37. Un dels objectius de la reforma del 2017 del dret de successions austríac ha estat millorar la posició del cònjuge i del convivent en la successió intestada; el cònjuge, si només concorre amb un ascendent del difunt, obté la meitat de l'herència i la quota de l'altre ascendent premort, i ho hereta tot en concurrència amb altres parents col·laterals. Vegeu Gregor CHRISTANDAL i Kristin NEMETH, «Austrian succession Law rewritten: a comparative analysis», *European Review of Private Law*, vol. 28, núm. 1 (2020), 154.

concorre a la successió intestada pot optar entre una quarta part de l'herència en propietat o l'usdefruit de tota l'herència —llevat, pel que fa a l'usdefruit, que concorri amb fills no comuns— (art. 757 *Code civil*), a més del dret a continuar vivint a l'habitatge conjugal, en particular un dret d'habitació vitalici si era propietat del difunt (art. 764 *Code civil*).³⁸ La situació encara és pitjor al Codi civil espanyol (CC), ja que el cònjuge que concorre a la successió intestada, en concurrència amb descendents, només té dret a l'usdefruit d'una tercera part de l'herència (art. 834 CC).³⁹ El Projecte de Codi civil preparat per l'Asociación de Profesores de Derecho Civil a penes millora la situació, ja que l'usdefruit s'eleva a la meitat de l'herència en concurrència amb un sol descendent i es manté en una tercera part si els descendents són dos o més,⁴⁰ molt menys que la proposta que havia formulat Delgado Echeverría a les XII Jornades d'aquesta associació, favorable a un usdefruit universal.⁴¹

En conclusió, es pot afirmar que en relació amb la majoria de drets de successió occidentals, el cònjuge o convivent té a Catalunya una posició que no és la preeminent en la successió intestada. I, no obstant això, les raons que s'han expressat per a justificar la millora progressiva de la posició del cònjuge estan ben presents: l'increment de l'esperança de vida, que provoca que, quan mor un dels cònjuges o convivents, l'altre tingui, com a norma, una edat avançada i més necessitats que els fills,⁴² que estan en plena edat adulta i han format la seva pròpia família, a banda que en vida ja han rebut transferències de riquesa —bàsicament, les despeses en educació i per a ajudar-los a establir-se— procedents dels guanys obtinguts pel treball i els esforços comuns dels progenitors.⁴³

Per consegüent, la primera decisió de política legislativa que ha de prendre el legislador català és si col·loca el cònjuge i el convivent en el lloc central de la successió

38. Cécile PÉRÈS, «Intestate succession in France», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 46-47; Philippe MALAURIE i Laurent AYNÈS, *Droit des successions et des libéralités*, 7a ed., París, LGDJ, 2016, p. 86 i seg.

39. Una altra cosa —que enllaça amb les propostes de la Law Commission anglesa— és la protecció que resulta del règim econòmic de societat de guanys (*gananciales*), perquè el cònjuge adquireix en la liquidació la meitat del romanent amb dret preferent a incloure-hi l'habitatge habitual (art. 1406 CC).

40. En el sentit d'ampliar la quota usufructuària s'havia manifestat María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2016, p. 312 i seg. i 447-448. Igualment, al País Basc el cònjuge o convivent que concorre amb descendents té dret a l'usdefruit de la meitat de l'herència (art. 52 i 114 Llei 5/2015, de 25 de juny, de dret civil basc).

41. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultado y análisis de la encuesta final», a ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, Murcia, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2006, p. 170.

42. El 2017 l'esperança de vida dels homes era de 80,7 anys i la de les dones, de 86,2, segons l'Idescat (<www.idescat.cat/indicadors/?id=ue&n=10106>; última consulta: 26 maig 2020).

43. Vegeu la mateixa idea a María Ángeles EGUSQUIZA BALMAEDA, *Sucesión «mortis causa» de la familia recompuesta*, p. 49 i 50.

intestada, és a dir, dins del primer dels ordres successoris; i és evident que passar el cònjuge o convivent en el primer ordre significa o bé que compartirà aquesta posició amb els fills i descendents, o bé que aquests hauran de ser relegats al segon lloc.

5.1.2. *Punts febles de la solució usufructuària*

La solució usufructuària no és l'òptima, tot i la seva extensa tradició a Catalunya, atès que significa la concurrència de l'usdefruit amb la nua propietat i el traspàs de totes les facultats d'ús i gaudi dels fills cap al cònjuge o convivent. Respecte a la conservació dels béns usufructuats, si es tracta de coses caldrà determinar si les despeses són ordinàries o extraordinàries per tal de discernir qui se n'ha de fer càrrec (art. 561-12.1 i 3 CCCat), a banda de les complexitats inherents a la mateixa divisió del domini, ja que és probable que el dret de propietat estigui repartit entre el cònjuge —en tots els supòsits de compra conjunta amb el difunt— i els fills, els quals, a més, poden procedir a dividir el seu condomini d'acord amb el règim que preveu l'article 561-11 CCCat. L'usufructuari assumeix el pagament de tributs i taxes (art. 561-12.1 CCCat). Si el capital mobiliari està invertit en fons d'inversió, l'obtenció de rendiments per part de l'usufructuari és, si més no, incerta, segons la regulació que es conté en l'article 561-34 CCCat (dret a les plusvàlues eventuais amb dret a reemborsament de les participacions dels nus propietaris).⁴⁴ En definitiva, llevat que l'herència sigui elevada i proporcionï rendes suficients —o que l'usufructuari disposi de rendiments propis—, l'usdefruit pot esdevenir antieconòmic per al cònjuge o convivent, i encara més per als fills, que veuen el seu dret reduït a la nua propietat.

Si aquesta divisió de les facultats dominicals ja és susceptible de generar conflictes en els nuclis familiars tradicionals, la probabilitat augmenta quan es tracta de famílies reconstituïdes, en particular en aquelles en què el cònjuge o convivent no és progenitor de tots els fills que són hereus abintestats. Les darreres estadístiques disponibles, de l'any 2011, indiquen que a Catalunya hi havia un 8,7 % de famílies reconstituïdes,⁴⁵ dada que amb tota seguretat s'ha incrementat atesa la taxa de divorcis, més de disset mil durant l'any 2018 (una taxa de 2,4 per cada 1.000 habitants).⁴⁶

A més, cal tenir en compte els factors ja esmentats: la longevitat creixent fa que la persona més necessitada en la successió sigui ara el cònjuge o convivent, ja que, llevat de supòsits de defunció prematura, en el moment de l'obertura de la successió,

44. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 6a ed., Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 405-407.

45. Vegeu: <<https://govern.cat/govern/docs/2014/12/17/10/39/e7dc18ef-dadf-4cf8-a915-84872615a8d9.pdf>> (última consulta: 26 maig 2020).

46. Vegeu: <www.ine.es/prensa/ensd_2018.pdf> (última consulta: 26 maig 2020).

d'acord amb l'esperança de vida, els fills és probable que no estiguin independitzats ni hagin creat la seva pròpia família, sinó que estadísticament es troben en el moment amb majors ingressos o patrimoni.⁴⁷ I, atesa la major esperança de vida, usualment la concurrència dels fills en la successió serà amb la mare, i cal tenir en compte que les mares d'edats superiors als setanta-cinc anys pertanyen majoritàriament a una cohort de dones que no han treballat fora de la casa⁴⁸ i que, per tant, no han tingut ingressos propis.

No és estrany, doncs, que la solució usufructuària estigui en recessió en els models comparats.⁴⁹ A Europa es manté com a opció a França, i és encara el dret essencial a Bèlgica,⁵⁰ però, com s'ha vist, s'ha suprimit a Itàlia i també a Hongria, on fins a la reforma del 2013 el cònjuge esdevenia usufructuari universal, mentre que ara l'usdefruit es limita a l'habitatge conjugal i en la resta de l'herència el cònjuge adquireix una quota igual a la dels fills.⁵¹

47. Em remeto a les dades ofertes en el meu treball «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima», *InDret*, núm. 3/2007, p. 8 i seg. Les dades del 2017 continuen reflectint que la franja d'edat amb major riquesa és entre els cinquanta-cinc i els seixanta-quatre anys, seguida de la franja entre quaranta-cinc i cinquanta-quatre (<www.bde.es/bde/es/areas/estadis/estadisticas-por/encuestas-hogar/relacionados/Encuesta_Financi/eff_2017.html>; última consulta: 26 maig 2020). Això fa pressuposar que l'edat dels pares quan els fills assoleixin la màxima riquesa estarà per sobre dels vuitanta anys.

48. Vegeu Teresa TORNOS, Pilar CARRASQUER, Sònia PARELLA i Carolina RECIO, *Les dones i el treball a Catalunya: mites i certeses* (en línia), Barcelona, Institut Català de les Dones, 2007, en especial la tau-la 4.2, a la p. 32, <http://dones.gencat.cat/web/.content/03_ambits/docs/publicacions_estudis2.pdf> (última consulta: 8 juny 2020).

49. El que vaig intuir a «The Law of successions», p. 577, ara ho confirmen Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN, «Intestate succession in historical and comparative perspective», p. 497, que conclouen: «the advantages of life interest have appeared to diminish, so the disadvantages have loomed correspondingly [...]. All of this suggests that the decline of life interest will continue».

50. Art. 745 bis Codi civil belga; l'usdefruit universal és commutable per diner d'acord amb l'art. 745 quater.

51. § 7:58 I Codi civil hongarès; vegeu Hella MOLNÁR, «The position of the surviving spouse in the Hungarian Law of succession», *ELTE Law Journal*, núm. 2014/2. Val la pena transcriure els arguments, perfectament traslladables a la societat catalana, que exposa Lajos VÉKÁS, «Intestate succession in Hungary», a Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN (ed.), *Intestate succession*, p. 286: «[...] the general nature of inheritable assets underwent significant transformation. In typical estates, most of the movables are now rapidly depreciating consumer goods and households effects, and the importance of income-yielding assets (such as the arable agricultural land or residential property) has decreased compared with the past. Secondly, certain types of assets (such as shares in a business, securities, copyrights, patents, and cash) created the possibility of conflicts of interest between the descendant owners and the surviving spouse. This also created serious problems for the courts. Thirdly, the increased average lifespan of people also intensified and prolonged the conflicts between descendant heirs and a surviving spouse entitled to usufruct rights. Finally, as a result of multiple marriages, it is now more common that descendant heirs from the deceased's previous marriage must compete with a surviving spouse from a subsequent marriage (who is, in any event, often not much younger than they are)».

5.1.3. *Una regulació senzilla*

La tercera premissa és que qualsevol proposta de reforma legal ha de servir als interessos generals i no ha d'implicar l'addició de complexitat a l'ordenament jurídic.

La successió intestada és una regulació legal supletòria. Només s'aplica quan el causant no ha ordenat voluntàriament la seva successió o quan aquesta ordenació voluntària —en testament o en pacte successori— esdevé ineficaç (art. 441-1 CCCat). És habitual assenyalar que, precisament per aquest caràcter defectiu, els ordres de la successió intestada haurien de reflectir la voluntat d'un testador mitjà.⁵² En tot cas, les propostes que es fan aquí coincideixen amb la voluntat majoritària expressada en l'enquesta que s'ha realitzat, d'acord amb la qual l'opció de situar el cònjuge o el convivent en el primer ordre de la successió intestada és la preferida, però sense convertir la successió dels fills en testimonial o simbòlica.

A més, la regulació ha de ser tan poc complicada com sigui possible, sense recórrer a institucions desconegudes o amb poca tradició en el nostre dret civil; és a dir, ha de proporcionar certesa i s'ha de fonamentar en regles clares, senzilles i previsibles,⁵³ que raonablement no augmentin la conflictivitat entre els cridats a la successió intestada.

5.2. SOBRE EL CÒNJUGE O EL CONVIVENT QUE COMPARTeix EL PRIMER ORDRE AMB ELS FILLS I DESCENDENTS

L'avançament del cònjuge o del convivent al primer grau afecta directament la preeminència que encara avui gaudeixen els fills i descendents pel dret de representació en la successió intestada. Actualment només els fills i descendents ocupen el

52. Vegeu, per tots, Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo, Marcial Pons, 2017, p. 369; Danaya C. WRIGHT i Beth STERNER, «Honoring probable intent in intestacy», p. 343; Christoph CASTELAIN, «Introduction and objectives», p. 23; Robert H. SITKOFF i Jesse DUKEMINIER, *Wills, trusts, and estates*, p. 63; Shelley KREICZER-LEVY, «Big data and the modern family», *Wisconsin Law Review*, vol. 2 (2019), p. 350. Kenneth G.C. REID, Marius J. DE WAAL i Reinhard ZIMMERMANN, *Intestate succession*, p. 446-447, afegeixen que hi ha un element de moralitat, en el sentit que es considera socialment adequat que els béns passin als familiars més propers al causant. Tanmateix, cal dir que si per moralitat s'entén les creences majoritàries establertes en la societat, el resultat no hauria de ser dispar. Per la seva banda, Shelley KREICZER-LEVY, «Big data and the modern family», p. 353, assenyala que les regles de la successió intestada tenen també una funció expressiva, en el sentit que no només reflecteixen les percepcions socials, sinó que coadjuven a formar-les.

53. Alexandra BRAUN, «Concluding reflections», *Edinburg Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 151; Carolyn R. GLICK, «The spousal share in intestate succession», p. 655, nota 136; Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 491.

primer ordre, fins al punt que solament si renuncien tots al seu dret i el progenitor és comú, la successió salta al segon ordre i s'ometen els descendents ulteriors (art. 442-2.2 CCCat). En teoria, hi ha tres possibilitats: la relegació dels fills al segon ordre que ara ocupa el cònjuge o el convivent, el repartiment per caps i la mera posposició dels fills.

Aquí no es proposa la relegació dels fills al segon ordre. Els arguments són tres: en primer lloc, representaria un canvi molt brusc que no es correspondria amb l'opinió recollida en l'enquesta; en segon lloc, s'ha vist que en el dret comparat s'està corregint el desplaçament del pèndol cap al cònjuge tot cercant un major equilibri amb la posició dels fills; i, en tercer lloc, és possible trobar un punt de compromís que no signifiqui una mera permuta en els ordres successoris.

Tampoc no es proposa un repartiment per caps, ni encara menys atribuir una quota distinta a cònjuge o convivent i fills.⁵⁴ La quantia mitjana de les herències intestades a Catalunya conduiria a un especejament de l'herència que implicaria la successió en una fracció relativament minsa que, probablement, encara provocaria una major insatisfacció als successors, si es té en compte que el principal actiu és l'habitatge conjugal, el qual inevitablement hauria de ser dividit o venut o donaria lloc a compensacions dineràries que complicarien sens dubte la successió i deixarien desprotegit el cònjuge o convivent en el vessant habitacional.

5.3. LA POSPOSICIÓ DEL DRET DELS FILLS A SUCCEIR

5.3.1. *Marc general*

Si la proposta no és reservar el primer ordre successori per al cònjuge, ni tampoc el repartiment amb quotes iguals o desiguals entre cònjuge o convivent i fills comptint tots el primer ordre successori, però alhora es vol col·locar el cònjuge o convivent en el lloc central de la successió intestada, la solució només pot consistir a

54. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Una propuesta de política del derecho», p. 170, havia proposat també per al Codi civil espanyol situar el cònjuge en el primer ordre de la successió intestada i l'atribució d'un terç de l'herència als fills.

El nou Codi civil de Puerto Rico, aprovat recentment i que ha d'entrar en vigor el 28 de novembre de 2020, abandona l'òrbita del Codi civil espanyol (el cònjuge ocupava igualment el tercer ordre, després de descendents i ascendents) i situa el cònjuge en el primer lloc successori, atès que disposa que succeeix a parts iguals amb els fills (art. 1721: «Los hijos del causante y el cónyuge supérstite le heredan por partes iguales. Los nietos y demás descendientes del causante le heredan por representación»). Vegeu Gerardo J. BOSQUES HERNÁNDEZ, «La sucesión por causa de muerte», *El Nuevo Día*, 17 de maig de 2020, <www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/analisisdelpropuestocodigocivillasucesionporcausademuerte-2569209/> (última consulta: 5 juny 2020).

posposar la successió de fills i descendents.⁵⁵ Aquesta solució no representa cap trencament radical amb la situació actual, per les raons següents:

a) Perquè en el dret vigent, l'atorgament d'un dret d'usdefruit amb caràcter vitalici al cònjuge o convivent ja significa un principi de posposició del dret a succeir de fills i descendents, que en vida del cònjuge o convivent només tenen dret a la nua propietat i sols consoliden el domini a la mort d'aquest, puix l'única causa d'extinció de l'usdefruit és la defunció, un cop la convivència marital ha deixat de ser causa d'extinció,⁵⁶ i la desatenció dels fills comuns —traduïda en causa de suspensió de la potestat parental— només opera en la quarta vidual (art. 452-6.1*b* i *d* CCCat).

b) Perquè aquesta mínima posposició ja opera en el dret vigent fins i tot amb un dret de caràcter legal com és la llegítima, atès que en la successió intestada és també d'aplicació la cautela sociniana tàcita (art. 442-4.1 CCCat en relació amb l'art. 451-9.2 CCCat), de manera que si els fills i descendents que són hereus abintestats i legítimaris volen reclamar la seva llegítima, han de renunciar a ser hereus i, aleshores, reclamar la llegítima estricta.⁵⁷

c) Perquè en el dret vigent ja hi ha un supòsit previst en el qual els fills i descendents no hereten, i sí que ho fa el cònjuge o convivent: quan tots ells renuncien a ser hereus abintestats i el cònjuge o convivent n'és el progenitor comú, cas en què aquest esdevé hereu i, a més, hereu lliure amb facultat de disposar sense límit de l'herència que adquireix (art. 452-2.2 CCCat).

d) Perquè el legislador ja ha previst que la pretensió de reclamació de la llegítima dels fills quedi suspensa mentre visqui el cònjuge supervivent que n'és deutor (art. 451-27.2 CCCat), precisament a fi d'evitar els plets entre progenitor hereu i fills.

La posposició és el model que ofereix el Codi civil neerlandès, després d'una llarga discussió capitalitzada per la successió del cònjuge i que va provocar que el llibre de successions entrés en vigor onze anys més tard que la resta del Codi civil. El punt de partida de la reforma va ser el rebuig de la solució usufructuària, que provoca conflictes entre usufructuari i nu propietari per causa de l'obligació de

55. La posposició dels fills la va plantejar ja fa quaranta anys John G. FLEMING, «Changing functions of succession laws», *American Journal of Comparative Law*, vol. 26, núm. 2 (1978), p. 236: «The predominant concern for the surviving spouse has little to do with women's liberation, but much with the importance of an independent home for the widow, amidst housing shortage, the vanishing sense of responsibility by children to support their aged parents and, most important of all perhaps, the substantially increased life expectancy of people over the last one hundred years. Each generation must look after itself. Just as children can no longer be relied upon to look after their widowed mother with respect and grace, so their expectation of succession must in general be postponed to what might be left to them after both parents have died».

56. Sobre aquesta reforma, vegeu el meu comentari de l'art. 442-4 CCCat a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 1272.

57. Vegeu Antoni VAQUER ALOY, «Art. 442-4 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 1268-1271.

conservar el bé que pesa sobre l'usufructuari, i el fet que significava que els béns afectats quedessin fora del mercat durant la vigència de l'usdefruit —difícilment un bé usufructuat té mercat—. La solució neerlandesa consisteix que el cònjuge i el convivent esdevenen hereus universals —i, per consegüent, assumeixen també els deutes hereditaris— i els fills i descendents tenen dret a una quota de l'herència en metàl·lic, la qual només poden reclamar quan el cònjuge mor o és declarat en concurs de creditors. No obstant això, en el cas de les famílies reconstituïdes o si el cònjuge o convivent contreu noves núpcies o constitueix una nova relació de parella registrada, els fills poden fer efectius els seus crèdits i impedir que el supervivent alieni béns hereditaris corresponents a la seva quota, de manera que el dret successori es converteix *de facto* en un usdefruit.⁵⁸

5.3.2. Proposta per a les famílies nuclears

Si les premisses són que el cònjuge o convivent ocupi la posició central de la successió intestada, però sense excloure la successió dels fills i descendents, de manera que únicament es posposi la seva adquisició de l'herència, el dret català proporciona dues opcions que cal considerar pròpies de la successió voluntària però que es podrien incorporar com a figures *ex lege* a la successió intestada: el fideïcomís de residu i la substitució preventiva de residu.

El fideïcomís de residu es troba regulat en els articles 426-51 a 426-58 CCCat.⁵⁹ És una regulació detallada i consolidada en el dret de successions català. Aplicat a la successió intestada del cònjuge o convivent, implica que aquest es converteix en hereu fiduciari de residu i, per tant, amb facultat de disposar de tots els béns fideïcomesos per actes entre vius —només el testador pot limitar les facultats dispositives a una part dels béns— a títol oneros —perquè la facultat de disposar a títol gratuït l'ha de conferir expressament el testador—. Es tracta d'una facultat de disposar lliure, no condicionada o subjecta a autorització, ja que aquestes dues limitacions les ha d'imposar el testador, si de cas (art. 426-54 CCCat). A més, es reconeix la facultat de consumir els béns fideïcomesos per a atendre les pròpies necessitats (art. 426-52 CCCat), i els fills fideïcomissaris disposen de la pretensió de defensar el seu dret davant d'actuacions fraudulentas o que infringeixin qualsevol dels preceptes esmentats. Opera el principi de subrogació real, de manera que els béns fideïcomesos alienats se substitueixen pel

58. Wilbert D. KOLKMAN, «Intestate succession in the Netherlands», p. 241 i seg.; B.E. REINHARTZ, «Recent changes in the Law of succession in the Netherlands: on the road towards a European law of succession?», *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11-1 (maig 2007); Arlette R. VAN MAAS DE BIE, «Niederlande», a Rembert SÜB (ed.), *Erbrecht in Europa*, 3a ed., Bonn, ZERB, p. 924-926.

59. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 197 i seg.

producte que se n'hagi obtingut. Dit en altres termes, és la manera més precisa de garantir la idea de «primer la parella i després els fills», amb un marge d'actuació sobre els béns hereditaris per al cònjuge o convivent per a atendre les seves necessitats, molt més intens que en un usdefruit.

Una altra opció més agosarada seria optar per una substitució preventiva de residu *ex lege*.⁶⁰ Es tracta d'un mecanisme que evita la mort intestada del cònjuge o convivent supervivent, amb la qual cosa s'assegura que els béns fideïcomesos els rebin els fills del causant. No obstant això, cal tenir en compte que la substitució preventiva de residu representa l'ampliació de les facultats dispositives del supervivent, que està facultat per a disposar no només per actes entre vius —a títol oneros i gratuït—, sinó també per causa de mort (art. 426-59 CCCat). És a dir, els fills no hereten si el supervivent aliena els béns o atorga testament, i és lliure d'instituir hereu qualsevol altra persona distinta dels fills, amb la qual cosa es podria trencar la idea de «primer la parella i després els fills», que queda a càrrec de l'exercici de l'àmplia facultat dispositiva del supervivent.

En cas d'optar pel fideïcomís de residu, s'hauria d'excloure la facultat dels fills lligada a la cautela sociniana tàcita: no poden renunciar a l'herència i reclamar la llegítima estricta. Si l'opció és «primer la parella i després els fills», tenint en compte les limitacions a la facultat de disposar i el principi de subrogació real, els fills han d'esperar a la defunció del cònjuge supervivent sense obtenir, mentrestant, els béns hereditaris, ni per via de la llegítima. No els afecten mai negativament les noves núpcies del seu progenitor, que continua gravat amb el fideïcomís de residu tant si es torna a casar com si no o si té fills fruit d'una nova relació. Val a dir que les similituds amb la solució neerlandesa resulten prou evidents. D'aquesta manera s'evita que el cònjuge hagi de vendre l'habitatge, el principal actiu de l'herència, per a satisfer les llegítimes dels fills, si manca el metàl·lic suficient.

En l'àmbit fiscal, el tractament del fideïcomís de residu no hauria de significar un increment de la tributació. Quan el fideïcomís no atribueix facultats de disposició, tributa igual que l'usdefruit (art. 26 de la Llei 29/1987, de 18 de desembre, de l'impost de successions i donacions [LISD]); és cert que si es tenen facultats dispositives, cal tributar com si s'adquirís el ple domini (art. 26d LISD i 53.3 del Reial decret 1629/1991, de 8 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost de successions i donacions), però a la mort del fiduciari els seus hereus tenen dret a la devolució de l'impost corresponent a la nua propietat dels béns dels quals aquell no hagi disposat,⁶¹ amb la qual cosa el resultat final no hauria de ser gaire distint.

60. Vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 200 i seg.

61. Consultes vinculants de la Direcció General de Tributs núm. V2387/2017, de 24 d'abril, i núm. V2791/201818, de 24 d'octubre.

Pel que fa a la facultat de commutar ara prevista en l'article 442-5 CCCat,⁶² aplicada al fideïcomís de residu significaria que el cònjuge o convivent podria optar per una quarta part alíquota de l'herència i, a més, l'usdefruit sobre l'habitatge familiar, per bé que el valor d'aquest usdefruit computaria per al càlcul de la part alíquota. D'entrada, doncs, l'únic avantatge seria que obtindria el metàl·lic que resultés de la quarta part alíquota, ja que perdria el domini sobre l'habitatge. Probablement resultaria més interessant per al cònjuge la facultat de commutar únicament per metàl·lic, en especial en aquells casos en què tingués les necessitats d'habitatge cobertes. En qualsevol cas, l'abandó de la solució usufructuària restaria encara més atractiu a la facultat de commutació,⁶³ si bé es podria conservar limitada a la quarta part alíquota sense l'usdefruit de l'habitatge.

5.3.3. *Proposta per a les famílies reconstituïdes*

Les famílies reconstituïdes presenten una problemàtica especial. D'entrada, la seva tipologia és molt variada i impossible de reconduir a la unitat: amb fills comuns i/o fills d'un o d'ambdós cònjuges o convivents, menors d'edat o majors d'edat, si són menors d'edat no és igual si han estat criats des de menuts pel cònjuge o convivent no progenitor que si ja eren adolescents quan aquest va aparèixer en les seves vides, etcètera. El dret de successions català no reconeix cap dret als fillastres en l'herència de padrastres i madrastres, i a la inversa, tot i que l'augment progressiu del nombre d'aquesta mena de famílies empeny cap a una reforma també en aquest sentit.⁶⁴ Els ordenaments més moderns introdueixen cauteles en la successió del cònjuge o convivent en les famílies reconstituïdes. El mite de la Ventafores té una base real, doncs, i l'enquesta que s'ha realitzat ho corrobora, com ja s'ha fet notar.

La doctrina anglosaxona ha forjat la *conduit theory* a fi de fonamentar la primacia del cònjuge en la successió intestada. Un dels primers autors a utilitzar aquesta terminologia va ser Waggoner, redactor principal de la reforma de l'UPC del 1990. Segons ell, el cònjuge no és només el primer hereu, sinó també el canal pel qual es transmet l'herència als fills, que acaben essent els veritables hereus. Waggoner argu-

62. Sobre la qual tracta Antoni VAQUER ALOY, «Art. 442-5 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart*, p. 1273 i seg.

63. La facultat de commutar s'utilitza molt rarament. No dispo de dades empíriques, però la memòria històrica dels funcionaris de l'Agència Tributària de Catalunya recorda tot just mitja dotzena de casos en els darrers anys que s'hagin liquidat als efectes de l'impost de successions. Un motiu addicional de l'ús escàs de la facultat de commutar és que pot donar lloc a excessos d'adjudicació, els quals tenen una tributació molt desavantatjosa.

64. Vegeu Antoni VAQUER ALOY i Noelia IBARZ LÓPEZ, «Las familias reconstituídas y la sucesión a título legal», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4 (2017), p. 211-235.

mentava que si el causant moria encara jove amb els fills menors d'edat, el cònjuge supervivent era qui millor podia gestionar l'herència en favor d'aquests; si, en canvi, moria a l'edat corresponent a l'esperança de vida, el cònjuge estava més necessitat que els fills adults i podia obtenir un major benefici de l'herència, que igualment a la seva mort acabaria passant als fills.⁶⁵ Aquesta és la mateixa idea subjacent en el que es diu que és el testament més habitual: l'herència de l'un per l'altre i, després, pels fills.⁶⁶

Tanmateix, el mateix Waggoner —i d'això ja fa trenta anys— advertia que en les famílies reconstituïdes la *conduit theory* flaquejava: no hi ha garanties que el cònjuge tracti igualitàriament els fills del causant que no són fills seus i que l'herència acabi fent trànsit cap a ells.⁶⁷ És per això que, com s'ha explicat abans, l'UPC matisa el règim de la successió intestada del cònjuge quan aquest no és el progenitor comú de tots els fills cridats. El mateix passa a Austràlia.

Per tant, hi ha una base empírica per a introduir matisos en la successió intestada del cònjuge o convivent que no és progenitor comú de tots els fills. De fet, el dret vigent, com ja s'ha dit, ja considera la peculiaritat de les famílies reconstituïdes en la successió intestada quan preveu que el cònjuge o convivent hereti en lloc dels fills quan aquests renuncien a l'herència, i exclou la resta de successors de la línia directa descendent només si n'és el progenitor comú (art. 442-2.2 CCCat). Ara bé, no es tracta de reintroduir la reserva vidual en cap forma més menys actualitzada, atès que ja va ser suprimida —amb bon criteri— quan es va aprovar el llibre quart del CCCat. L'únic objectiu ha de ser buscar un punt d'equilibri entre els fills que ho són només del causant i el cònjuge supervivent en els casos en què s'intueix que aquest pot estar davant del dilema de respectar la voluntat hipotètica del causant i protegir els seus propis fills.

65. Lawrence W. WAGGONER, «The multiple-marriage society», p. 232. Vegeu Michelle COTTIER, «Adapting inheritance law to changing social realities: questions of methodology from a comparative perspective», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, núm. 2 (2014), p. 201 i seg.; Elizabeth COOKE, «Wives, widows and wicked step-mothers», p. 433 i seg.; Kathryn O'SULLIVAN, «Distribution of intestate estates in non-traditional families», p. 22.

66. Fins i tot ho ha recollit la premsa: <www.lavanguardia.com/encatala/20161010/41883818667/la-parella-abans-que-els-fills.html> (última consulta: 26 maig 2020).

67. Lawrence W. WAGGONER, «The multiple-marriage society», p. 233: «When a decedent is survived by children not descended from the surviving spouse, or by children of the surviving spouse —not descended from the decedent, the decedent has a surviving spouse with divided loyalties and, hence, a spouse who is a less reliable conduit. If the surviving spouse in either of these two cases were to be granted the entire intestate estate, the prospect of the decedent's children recouping their "loss" later, by inheriting the unconsumed portion of the decedent's property from the surviving spouse, is less secure. The existence of children by a prior marriage places the surviving spouse in a moral conflict as to how later to divide the property he or she inherited from the decedent». En temps recents, recull la mateixa idea la Law Commission anglesa: Fiona BURNS, «Changing patterns», p. 494.

Les solucions possibles són diverses. La primera seria mantenir l'usdefruit universal per al cònjuge o convivent que no és el progenitor comú, de manera que els fills ja serien hereus des de l'acceptació de l'herència, amb la qual cosa no hi hauria risc que l'herència del progenitor es desviés del seu curs pretesament natural. El desavantatge d'aquesta fórmula ja és conegut: la divisió de les facultats dominicals entre els protagonistes de la successió i les dificultats econòmiques que pot patir el cònjuge o convivent supervivent tenint en compte que el principal actiu de l'herència és l'habitatge, tot plegat agreujat per l'existència tal vegada de tensions entre els hereus i l'usufructuari o usufructuària que no és progenitor. Una segona solució consistiria a establir un fideïcomís *ex lege*, que comportaria que el cònjuge o convivent es convertís en hereu fiduciari, mentre que els fills i descendents serien hereus fideïcomissaris, i l'herència faria trànsit cap a ells després de la defunció d'aquell. Amb relació a la solució usufructuària, presenta l'avantatge que hi ha previstos legalment una sèrie de supòsits d'actes dispositius permesos que faciliten una certa gestió dels béns fideïcomesos, el seu manteniment i millora i fins i tot el seu augment (art. 426-38 a 426-42 CCCat).⁶⁸ Òbviament, aquesta solució té també inconvenients: es tracta de procediments complexos, fins i tot amb una intervenció judicial que pot alentir les decisions. S'hauria de complementar amb un recordatori exprés de la cautela sociniana tàcita, en el sentit que els fills hereus disposen sempre de la facultat de reclamar la llegítima immediatament si renuncien a l'herència. La tercera solució consistiria a estendre el fideïcomís de residu sense distingir el tipus de família, reconstituïda o no; la majoria d'objectius s'assolirien igualment sense haver de crear règims jurídics distints, la qual cosa constitueix un argument poderós. És indubtable que cap d'aquestes solucions és simple, però és molt pitjor que siguin inequitatives o, directament, injustes. Les famílies reconstituïdes constitueixen una realitat complexa i un veritable repte per al jurista.

Finalment, pel que fa a la facultat de commutar l'usdefruit per l'usdefruit de l'habitatge i una quarta part alíquota de l'herència, en els termes del vigent article 442-5 CCCat, aplicada a la solució que es proposa perd el seu sentit amb el fideïcomís —simple o de residu—, puix que el cònjuge o convivent n'esdevé propietari, encara que sigui vitaliciament. La commutació actual només li podria reportar l'avantatge addicional del metàl·lic en què es tradueix la quarta part alíquota de l'herència intestada —en la qual cal tenir present que es computa el mateix usdefruit sobre l'habitatge—. Com s'ha dit, la solució usufructuària resulta especialment desaconsellable en les famílies reconstituïdes amb fills que només ho són del causant, per la qual cosa la proposta de reforma legislativa hauria de comportar la supressió de la facultat de commutar. En canvi, una commutació només per metàl·lic sí

68. Per als detalls, vegeu Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, p. 182 i seg.

que tindria sentit —si bé en consideració al valor mitjà de les herències abintestades no tindria gaire interès quan hi hagués més d'un fill— i impediria per al futur conflictes derivats del trànsit dels béns del cònjuge o convivent als fills del causant.

BIBLIOGRAFIA

- BARTOS, David. *Bartos and Meston on the succession (Scotland) Act*. 6a ed. Edimburg: W. Green, 2015.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo J. «La sucesión por causa de muerte». *El Nuevo Día*, 17 de maig de 2020.
- BRAUN, Alexandra. «Intestate succession in Italy». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Exploring the Law of Succession*. Edimburg: Edinburgh University Press, 2007, p. 67-94.
- BRAUN, Alexandra. «Concluding reflections». *Edinburg Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 151.
- BURNS, Fiona. «The changing patterns of total intestacy distribution between spouses and children in Australia and England». *University of New South Wales Law Journal*, vol. 36(2) (2013), p. 470-513.
- BURNS, Fiona. «Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: past, present and future». *Legal Studies*, vol. 33, núm. 1 (2013), p. 85-118.
- CASTELAIN, Christoph. «Introduction and Objectives». A: CASTELAIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (ed.). *Imperative inheritance law in a late-modern society*. Antwerp, Oxford i Portland: Intersentia, 2009, p. 1-37.
- CHRISTANDAL, Gregor; NEMETH, Kristin. «Austrian succession law rewritten: a comparative analysis». *European Review of Private Law*, vol. 28, núm. 1 (2020), p. 149-172.
- COOKE, Elizabeth. «Wives, widows and wicked step-mothers: a brief examination of spousal entitlement on intestacy». *Child & Family Law Quarterly*, núm. 21 (2009), p. 423-442.
- COTTIER, Michelle. «Adapting inheritance law to changing social realities: questions of methodology from a comparative perspective». *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, núm. 2 (2014), p. 196-221.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultado y análisis de la encuesta final». A: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2006, p. 13-172.
- DOUGLAS, Gillian *et al.* «Enduring love? Attitudes to family & inheritance law in England and Wales». *Journal of Law & Society*, vol. 38, núm. 1 (2011), p. 245-271.

- EGUSQUIZA BALMADEA, María Ángeles. *Sucesión «mortis causa» de la familia re-compuesta (De la reserva viudal a la fiducia sucesoria)*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2015.
- FLEMING, John G. «Changing functions of succession laws». *American Journal of Comparative Law*, vol. 26, núm. 2 (1978), p. 233-238.
- GLICK, Carolyn R. «The spousal share in intestate succession: stepparents are getting shortchanged». *Minnesota Law Review*, vol. 74 (1990), p. 631-659.
- KERRIDGE, Roger. «Distribution on intestacy, the Law Commission's Report». *The Conveyancer and Property Lawyer*, núm. 358 (1990).
- KERRIDGE, Roger. «Intestacy reform in 2014 – Unfinished business». A: HÄCKER, Birke; MITCHELL, George (ed.). *Current issues in succession law*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 1-30.
- KERRIDGE, Roger. *Parry and Kerridge the law of succession*. 13a ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2016.
- KOLKMAN, Wilbert D. «Intestate succession in the Netherlands». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 224-247.
- KREICZER-LEVY, Shelley. «Big data and the modern family». *Wisconsin Law Review*, vol. 2 (2019), p. 349-372.
- MACKIE, Ken. *Principles of Australian succession Law*. 3a ed. Chatswood (Australàlia): LexisNexis Butterworths, 2017.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des successions et des libéralités*. 7a ed. París: LGDJ, 2016.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2016.
- MESSICK, Nancy Coleman. «Intestacy and the surviving spouse». *William and Mary Review of Virginia Law*, vol. 2, núm. 2 (1955), p. 94-102.
- MILO, J. Michael. «Acquisition of property by succession in Dutch law». A: ANDERSON, M.; ARROYO I AMAYUELAS, E. (ed.). *The Law of succession: testamentary freedom*. Groningen: Europa Law Publishing, 2011, p. 203-227.
- MOLNÁR, Hella. «The position of the surviving spouse in the Hungarian Law of succession». *ELTE Law Journal*, núm. 2014/2, p. 89-105.
- O'SULLIVAN, Kathryn. «Distribution of intestate estates in non-traditional families: a way forward?». *Common Law World Review*, vol. 46, núm. 1 (2017), p. 21-41.
- PEART, Nicola; VINES, Prue. «Intestate succession in Australia and New Zealand». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 349-369.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat. «La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código civil español». *La Ley Derecho de Familia*, núm. 22 (2019), p. 48-78.

- PÉRÈS, Cécile. «Intestate succession in France». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 46-47.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*. 3a ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. 6a ed. Barcelona: Marcial Pons, 2018, p. 405-407.
- REID, Dot. «Why is it so difficult to reform the law of intestate succession?». *Edinburgh Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 111-118.
- REID, Dot. «From the cradle to the grave: politics, families and inheritance law». *Edinburgh Law Review*, vol. 12, núm. 3 (2008), p. 391-417.
- REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard. «Intestate succession in historical and comparative perspective». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 442-511.
- REID, Kenneth G.C. «Intestate succession in Scotland». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 370-400.
- REID, Kenneth G.C. «Mixing without matching: fractions, slabs, and the succession rights of the surviving spouse and children». *Edinburgh Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 111-118.
- REINHARTZ, B.E. «Recent changes in the Law of succession in the Netherlands: on the road towards a European Law of succession?». *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11-1 (maig 2007).
- RING, Gerhard; OLSEN-RING, Line. «Dänemark». A: SÜB, Rembert (ed.). *Erbrecht in Europa*. 3a ed. Bonn: ZERB, 2015, p. 341-375.
- SCALISE JR., Ronald J. «Intestate succession in the United States of America». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 401-420.
- SCHERPE, Jens M. «Intestate succession in the Nordic countries». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 307-322.
- SCHMIDT, Jan Peter. «Trying to square the circle: comparative remarks on the rights of the surviving spouse on intestacy». *Edinburgh Law Review*, vol. 24, núm. 1 (2020), p. 123-131.
- SEDLMAYR, Ralf. «Norwegen». A: SÜB, Rembert (ed.). *Erbrecht in Europa*. 3a ed. Bonn: ZERB, 2015, p. 933-951.
- SITKOFF, Robert H.; DUKEMINIER, Jesse. *Wills, trusts, and estates*. 10a ed. Aspen: Wolters Kluwer, 2017.

- SLOAN, Brian. *Borkowski's Law of successions*. 3a ed. Oxford: OUP, 2017.
- TORNS, Teresa; CARRASQUER, Pilar; PARELLA, Sònia; RECIO, Carolina. *Les dones i el treball a Catalunya: mites i certeses* [en línia]. Barcelona: Institut Català de les Dones, 2007, taula 4.2, p. 32. Disponible a: <http://dones.gencat.cat/web/.content/03_ambits/docs/publicacions_estudis2.pdf> (última consulta: 8 juny 2020).
- VAN ERP, Sjef. «The new Dutch Law of succession». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Exploring the Law of succession*. Edimburg: Edinburgh University Press, 2007, p. 193-208.
- VAN MAAS DE BIE, Arlette R. «Niederlande». A: SÜB, Rembert (ed.). *Erbrecht in Europa*. 3a ed. Bonn: ZERB, 2015, p. 905-932.
- VAQUER ALOY, Antoni. *L'usdefruit vidual abintestat en el dret civil de Catalunya*. Barcelona: Tibidabo, 1990.
- VAQUER ALOY, Antoni. «Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima». *In-Dret*, núm. 3/2007, p. 1-25.
- VAQUER ALOY, Antoni. «Art. 442-1 a 441-7 CCCat». A: EGEA FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep. *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*. Vol. II. Barcelona: Atelier, 2009, p. 1256-1282.
- VAQUER ALOY, Antoni. «The Law of successions». A: BUSSANI, Mauro; WERRO, Franz (ed.). *European private law: A handbook*. Berna: Stämpfli; Brussel·les: Bruylant; Durham: Carolina Academic Press; Atenes: Ant. N. Sakkoulas; Munic: Sellier, 2009, p. 555-583.
- VAQUER ALOY, Antoni; IBARZ LÓPEZ, Noelia. «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal». *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4 (2017), p. 211-235.
- VÉKÁS, Lajos. «Intestate succession in Hungary». A: REID, Kenneth G.C.; DE WAAL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). *Intestate succession*. Oxford: OUP, 2015, p. 89-105.
- WAGGONER, Lawrence W. «The multiple-marriage society and spousal rights under the revised Uniform Probate Code». *Iowa Law Review*, vol. 76 (1991), p. 223-272.
- WEIDLICH, D. «§ 1931 BGB». A: PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Munic: C. H. Beck, 2020.⁷⁹
- WILLBANKS, Stephanie J. «Parting is such sweet sorrow, but does it have to be so complicated? Transmission of property at death in Vermont». *Vermont Law Review*, vol. 29 (2005), p. 895-949.
- WRIGHT, Danaya C.; STERNER, Beth. «Honoring probable intent in intestacy: an empirical assessment of the default rules and the modern family». *ACTEC Law Journal*, vol. 42 (2017), p. 341-379.

LA CONFORMITAT DEL DRET CATALÀ AL DRET EUROPEU EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ AMB CONSUMIDORS: ELS EFECTES EN CAS DE DRET NO CONFORME

Lídia Arnau Raventós

*Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona¹*

Resum

El treball parteix de l'exigència de conservar i mantenir un dret intern conforme a l'europeu i analitza fins a quin punt aquesta conformitat queda vinculada a la correcta incorporació de les directives europees. Atesa la competència legislativa en matèria civil de la Generalitat de Catalunya, el comentari incideix en l'oportunitat d'exercitar-la en el marc de la transposició de directives en matèria de contractació amb consumidors. Es planteja igualment, amb el rerefons de la manca d'eficàcia directa d'aquest instrument normatiu, fins a quin punt el principi d'interpretació del dret intern conforme a l'europeu empara l'aplicació subsidiària del dret estatal en cas de dret català no conforme.

Paraules clau: dret civil català, transposició de directives, interpretació, eficàcia directa, contractes a distància, contractes fora d'un establiment mercantil.

LA CONFORMIDAD DEL DERECHO CATALÁN AL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES: LOS EFECTOS EN CASO DE DERECHO NO CONFORME

Resumen

El punto de partida del estudio es la exigencia de conservar y mantener un derecho interno que sea conforme al derecho europeo. En este contexto, se analiza hasta qué punto esta conformidad queda vinculada a la correcta incorporación de las directivas europeas. Dada la competencia legislativa en materia civil de la Generalitat de Catalunya, el comentario incide en

1. Aquest treball s'emmarca dins del projecte DER 2017-82129-P. L'autora també pertany al grup de recerca consolidat 2017 SGR 151.

la oportunidad de ejercitarla en el marco de la transposición de directivas en materia de contratación con consumidores. Se plantea también, con el trasfondo de la falta de eficacia directa de este instrumento normativo, hasta qué punto el principio de interpretación del derecho interno conforme al europeo aboca a la aplicación subsidiaria del derecho estatal en caso de derecho catalán no conforme.

Palabras clave: derecho civil catalán, transposición de directivas, interpretación, eficacia directa, contratos a distancia, contratos fuera de un establecimiento mercantil.

CONFORMITY OF CATALAN LAW TO EUROPEAN LAW IN MATTER OF CONTRACTATION WITH CONSUMERS: THE EFFECTS IN CASE OF NO COMPLIANT LAW

Abstract

The comment focuses on the requirement to maintain a national law in accordance with the european law. Then, it is analyzed how much the conformity with the european law depends on the correct transposition of directives. The study claims for the transposition of directives about consumer contract by the Generalitat de Catalunya. Moreover, the lack of direct effect of directives suggests the supplementary application of State law in cas of catalan civil law not conform with the directives.

Keywords: Catalan civil law, transposition of directives, interpretation, direct effect, distance contracts, off-premises contracts.

1. PLANTEJAMENT

L'objecte d'estudi se situa en el marc de les relacions existents entre el dret civil català i el dret privat europeu. D'entre les moltes connexions que es detecten entre ambdós ordenaments, es vol centrar l'atenció en un escenari específic. Dos elements el delimiten: per una banda, la matèria regulada; per l'altra, l'instrument normatiu emprat per la Unió Europea (UE) de cara a aquesta regulació. Aquella matèria és la contractació amb consumidors i aquest instrument és el conjunt de les directives. Interessen, per tant, totes les que disciplinen l'atorgament de negocis de naturalesa contractual per qui és considerat consumidor i que s'adrecen o bé a regular conseqüències derivades d'una modalitat de contractació especial (com ho fa, a propòsit dels contractes atorgats a distància o fora d'un establiment mercantil, la Directiva [Dir.] 2011/83/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors), o bé a establir regles concretes per raó d'allò (uns determinats tipus de béns o serveis) que s'ha contractat (amb aquesta finalitat, vegeu, per exemple, la

Dir. 2015/2302/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2015, relativa als viatges combinats i als serveis de viatge combinats), o bé, en fi, a regular contractes específics atenent, alhora, l'objecte sobre el qual recauen i la manera en què s'han atorgat (n'és un exponent la Dir. 2002/65/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre, relativa a la comercialització a distància de serveis financers). Aquesta delimitació permet deixar de banda: primer, qualsevol altra matèria de dret privat considerada pel dret europeu, encara que la regulació es contingui en una directiva (com succeeix, quant a la responsabilitat per danys generats per productes defectuosos, amb la Dir. 85/374/CEE, del Consell, de 25 de juliol de 1985); en segon lloc, qualsevol aspecte relacionat amb la contractació amb consumidors però regulat al marge d'una directiva (així, entre d'altres, l'article 6 del Reglament 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals).² El fet d'excloure d'aquest estudi l'un i l'altre àmbits (és a dir, tot el que no afecti la contractació amb consumidors i tot el que estigui regulat mitjançant un reglament) obeeix a raons distintes. En el cas de la normativa europea enclosa dins d'un reglament, el motiu és que aleshores no cal una actuació legislativa adreçada a incorporar el seu contingut a l'ordenament català, atès que aquest instrument normatiu té una eficàcia i una aplicació directes als ordenaments interns (art. 288, 2n par., Tractat de funcionament de la UE [TFUE]). I, com que no escau aquesta incorporació, esdevé sobrer valorar llavors què succeeix si aquella transposició no es produeix, que és, justament, una de les qüestions que s'han de tractar en aquest comentari. A més, el límit de les directives en matèria de contractació amb consumidors s'explica en part per una raó tècnica i en part per una opció metodològica. La raó tècnica parteix d'un pressupòsit: la Generalitat de Catalunya només pot incorporar directives si es tenen competències sobre la matèria regulada (art. 113 i 189.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya [EAC]). En aquest sentit, Catalunya té competència legislativa en matèria civil (art. 149.1.8 de la Constitució espanyola [CE] i 129 EAC), i són matèria civil tots els aspectes juridicoprivats relatius a la contractació amb consumidors. En canvi i pel que fa a la matèria mercantil, la competència legislativa recau, en exclusiva i sense fissures, a l'Estat (art. 148.1.6 CE). Per tant, totes les directives que regulen qüestions que en clau interna serien de dret privat però són relatives a matèria mercantil,³ no

2. El precepte determina la llei aplicable als anomenats *contractes de consum*.

3. Per exemple, la Directiva 2011/7/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de febrer, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials entre les empreses. Un altre exponent és la Directiva 2005/29/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb consumidors en el mercat interior. Cal fer notar que el que quedaria exclòs de la competència del legislador català seria l'àmbit de les relacions jurídiques privades entre «competidores» (art. 11.1 Dir. 2005/29), però no allò que afecti les accions que ha d'interposar el consumidor perjudicat per la pràctica deslleial (vegeu l'art. 11 bis Dir. 2005/29/CE, incorporat per l'art. 2.5 Dir. 2019/2161/UE, del 27 de novembre de 2019, per la qual es

poden ésser incorporades pel legislador català per manca de competència per a fer-ho; és per això que, de retruc, en aquests casos tècnicament no escau plantejar-se les conseqüències d'una eventual manca d'incorporació. Dins de l'àmbit civil, atendre només allò relatiu a la contractació amb consumidors obeeix no solament al pes que revesteix aquesta matèria en el conjunt de les directives de dret privat, sinó també al fet que el legislador català ha legislat sobre aquest particular i per aquesta raó s'han generat situacions que propicien tractar dels efectes d'una eventual manca de transposició o d'una transposició incorrecta.⁴

2. MANCA DE CONFORMITAT I MANCA DE TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES: INTERACCIONS

Identificar possibles escenaris de manca de conformitat del dret català a l'europeu (i, si escau, determinar-ne el motiu) passa per delimitar prèviament els conceptes mateixos de *transposició* i *conformitat*. L'exercici, a més, suggereix plantejar si transposar o no directives és una tria que pot fer lliurement el legislador català.

2.1. TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES *VERSUS* CONFORMITAT AL DRET EUROPEU: EL CARÀCTER FORMAL DE LA TRANSPOSICIÓ I EL SENTIT MATERIAL DE LA CONFORMITAT

Parlar de *transposició* (o d'*incorporació* o *execució*) de directives apel·la a una actuació material d'adopció de mesures, eventualment de distinta naturalesa,⁵ adreçades a assolir els resultats previstos en el text europeu.⁶ D'entre aquests mitjans, in-

modifiquem la Directiva 93/13/CEE, del Consell, i les directives 98/6/CE, 2005/29/CE i 2011/83/UE, del Parlament Europeu y del Consell, pel que fa a la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió).

4. Ara per ara, la manca de regulació catalana en matèria de responsabilitat extracontractual permet metodològicament deixar al marge d'aquest comentari la Directiva 85/374/CEE.

5. Així: normes de rang legal, reglamentàries o administratives (vegeu, fent ús de la tríada, per exemple, l'art. 11 Dir. 99/44/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum).

6. El referent és l'art. 288, 3r par., TFUE, que estableix: «La directiva obligará al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». El precepte no parla, literalment, de transposició; ho fa, en canvi, l'art. 260 TFUE, relatiu a la imposició de multes als estats que no informin la Comissió de les mesures de «transposició» adoptades. El concepte de *transposició* també rubrica, a vegades, els preceptes que les directives reserven al deure dels estats membres d'implementar allò que preveu el text europeu (vegeu, per exemple, els art. 16 Dir. 2008/122/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de gener de 2009, relativa

teressa el consistent a legislar. Per la seva banda, la idea de *conformitat* remet a la de *no-oposició* i descriu la relació existent entre l'ordenament intern i l'europeu: el primer serà o no conforme al segon en funció de si els objectius previstos en la directiva s'assoleixen o no degudament en el dret intern. Això últim (que el dret intern s'avingui plenament amb l'europeu) es pot valorar tant quantitativament (el dret intern preveu *tots els aspectes* que imposa la directiva) com qualitativament (cadascun d'aquests aspectes es regula en els termes [en la seva extensió o intensitat] previstos en el text europeu).⁷ En qualsevol cas, esdevé un element determinant de cara a valorar aquesta conformitat el nivell o l'estratègia de protecció imposada per la Directiva o, altrament dit, pel seu llinar d'harmonització o uniformització dels drets interns. Les directives que s'anomenen *de protecció mínima*⁸ cerquen, només, imposar als estats un nivell mínim de protecció del consumidor, per bé que resta a voluntat del legislador intern mantenir o adoptar disposicions més favorables per a aquell contractant (art. 8 Dir. 577/85, del Consell, de 20 de desembre, referent a la protecció dels consumidors en cas de contractes negociats fora dels establiments comercials; art. 14 Dir. 97/7; art. 8 Dir. 93/3/CEE, del Consell, de 5 d'abril, sobre clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors; art. 8 Dir. 99/44; art. 15 Dir. 87/102/CEE, de 22 de desembre, del Consell, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum; art. 11 Dir. 94/47/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre, relativa a la protecció dels

a la protecció dels consumidors respecte a determinats aspectes dels contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi; 28 Dir. 2011/83; 42 Dir. 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer, sobre contractes de crèdit celebrats amb consumidors per a béns immobles d'ús residencial; 28 Dir. 2015/2302; 24 Dir. 2019/771, de 20 de maig, relativa a determinats aspectes del contracte de compravenda de béns; 7 Dir. 2019/2161). En canvi, els termes triats foren *aplicación* en l'art. 15 Dir. 97/7/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig, en matèria de contractes a distància, i *incorporación al derecho nacional* en la rúbrica de l'art. 27 Dir. 2008/48/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril, relativa als contractes de crèdit al consum. L'art. 189.1 EAC opta pels conceptes, també genèrics, d'*aplicació* i *execució*; els anticipa l'art. 113 EAC, que hi afegeix el desenvolupament (vegeu X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposición de directivas en el estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», a X. ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2013, p. 525 [Institut d'Estudis Autonòmics; 85], qui encabeix en aquestes conceptes la transposició de directives,).

7. En aquest sentit, hi ha manca de conformitat si el dret europeu, per exemple, imposa al professional un seguit de deures precontractuals tant de caire informatiu com de tipus documental, de manera que el dret intern en considera uns però no d'altres, o succeeix que, preveient-los tots, les mencions informatives no són totes les que exigeix el dret europeu, o, tot i ser-hi totes, el dret intern no exigeix facilitar-les amb l'antelació, el format, etc., que imposa la directiva. Hom pot reconduir també cap a una manca de conformitat qualitativa les mancances o els desajustos processals que no permeten fer valer degudament les mesures previstes en la norma europea (vegeu *infra* nota 94).

8. Vegeu, rubricat «Cláusula mínima», l'art. 14 Dir. 97/7. De manera semblant, l'art. 8 Dir. 99/44/CE es titula «Derecho interno y protección mínima».

consumidors en relació amb determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit; art. 8 Dir. 90/314/CEE, del Consell, de 13 de juny, relativa als viatges combinats, les vacances combinades i els circuits combinats). Per la seva banda, les directives d'harmonització plena no permeten que els estats mantinguin o adoptin disposicions «contràries» (art. 4 Dir. 2011/83 i 4 Dir. 2015/2302) en el sentit de «diferents» (art. 22 Dir. 2008/48/CE) o de «que se aparten» d'allò previst en la mateixa directiva (art. 4 Dir. 2019/770, de 20 de maig, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals; art. 4 Dir. 2019/771). Aquest nivell d'uniformització exclou tant les disposicions nacionals que protegeixin menys, com les que ho facin més intensament del que ho fa el mateix text europeu.⁹

Mentre que una transposició —diguem-ne— ben feta¹⁰ determinarà la conformitat del dret intern a la directiva incorporada, la conformitat pot apreciar-se independentment d'aquella transposició, és a dir, tot i que la normativa europea no s'hagi implementat o s'hagi incorporat però no del tot bé (així, fora del termini previst per a transposar, sense comunicar a la Comissió les mesures adoptades, sense incloure en els textos legals interns una referència a la norma incorporada, etc.). De fet, aquesta desvinculació entre conformitat i transposició es pot apreciar en dos supòsits, i el dret català ofereix mostres d'ambdós. El primer cas s'esdevé si el dret intern vigent en el moment d'aprovar-se i aplicar-se la directiva ja s'avé, considerant el nivell

9. Vegeu l'art. 2 Dir. 2014/17. És el precepte que aquesta directiva reserva al «Nivell de armonización». Combina les estratègies de protecció mínima i les de protecció màxima en funció de les mesures de què es tracti; així, la norma general seria el nivell de protecció mínima (art. 2.1), per bé que, a propòsit de determinades qüestions, s'exclouen les disposicions nacionals «que diverjan» d'allò previst en la directiva (art. 2.2). Ben mirat, aquesta idea de combinació de llindars de protecció és present en la pràctica totalitat de les directives que, d'entrada, s'autoqualifiquen d'harmonització plena però que, tot seguit, anticipen excepcions (així, per exemple, art. 4 Dir. 2011/83: «[...] salvo disposición en contrario de la presente Directiva [...]»). Aquestes esclertes es corresponen amb supòsits en què el legislador intern pot regular una determinada qüestió de manera distinta a com ho preveu el text europeu, amb el benentès que pot tractar-se de normes que intensifiquin el nivell de protecció previst però no és possible que el rebaixin (per exemple, escurçant terminis, suprimint drets, etc.). La fórmula que en resulta combina les estratègies de protecció màxima (regla general) i les de protecció mínima (excepció). És clar, però, que l'abast quantitatiu i qualitatiu d'aquests excepcions pot arribar a posar en dubte que materialment es tracti d'una directiva d'harmonització màxima o, en fi, fer-ne trontollar el fonament (vegeu M. J. MARÍN LÓPEZ, «La Dir. 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, gener-març 2012, p. 13, qui destaca que l'excepció de l'art. 4, *in fine*, Dir. 2011/83 facilita la fragmentació jurídica que es vol impedir amb l'estratègia de protecció màxima, .

10. S'identifiquen com a supòsits d'incompliment de l'obligació de transposar els d'«incorporación tardía, falta de comunicación de las medidas de transposición, incorporación incompleta o defectuosa, mantenimiento de normativas contrarias al derecho de la UE», a H. LÓPEZ BOFILL, «La transposición de directivas de la Unión Europea en el estado autonómico: una aproximación de derecho comparado», a X. ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno*, p. 217.

d'harmonització imposat, amb les mesures que preveu la dita normativa. Literalment, l'expressió que sovintaja en els textos europeus a l'hora de fixar el grau d'uniformització pretesa rebla aquesta hipòtesi, ja que, juntament amb l'adopció de disposicions noves, s'hi considera el manteniment de les que ja es tenen (art. 8.2 Dir. 99/44: «Los estados miembros podrán adoptar o *mantener* [...]»). En aquestes circumstàncies, la transposició es fa innecessària,^{11,12} però hi ha conformitat del dret intern a l'europeu. Un exemple el proporciona, ara per ara, l'article 621-41.1 i 2 CCCat en relació amb l'article 13.4c Dir. 2019/771, pendent de transposició. Aquest darrer permet, en cas de manca de conformitat greu del bé comprat, optar directament per la resolució o la rebaixa del preu, sense necessitat d'intentar abans la reparació o la compensació.¹³ L'article 621-41.1 CCCat també permet a qualsevol dels contractants, en cas d'incompliment «essencial» de l'altre, resoldre el contracte; enclou, per tant, l'incompliment «greu» de l'obligació de garantir la conformitat del bé venut al consumidor i, per això, assumint l'equivalència entre la gravetat i l'essencialitat de l'incompliment, que la norma sigui conforme a la Directiva 2019/771 fins i tot abans d'ésser incorporada.

El segon cas podria obeir a una transposició tardana o no acompanyada d'alguna de les formalitats que les directives afegeixen a l'obligació mateixa de transposar (comunicar a la Comissió les mesures adoptades; indicar expressament la norma interna aprovada per a incorporar una determinada directiva que aconsegueix aquesta funció...)¹⁴ El retard en la transposició, però, no compromet la conformitat de l'ordenament intern a l'europeu des del moment que s'acaba implementant

11. Quant a aquesta possibilitat, vegeu X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos», a X. ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno*, p. 78.

12. Un altre exponent són els articles 38 i seg. de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista (LOCM). Aquests preceptes van regular la venda a distància inspirant-se en els treballs preparatoris del que seria la Directiva 97/7, que, un cop aprovada, no fou necessari incorporar al dret intern. Cal fer notar que el legislador estatal va ampliar l'àmbit subjectiu d'una regulació que el dret europeu només imposava en cas de compravenda atorgada per un consumidor; és per això que aquells preceptes parlaven, simplement, de «comprador» (vegeu, en canvi, l'art. 48 LOCM, que, relatiu a la irrenunciabilitat de drets, només regia en cas de comprador consumidor).

13. És clar, però, que en les regles contingudes en l'art. 621-41.1 i 2 CCCat caldria afegir-ne una altra, almenys per al cas de compravenda de consum i d'incompliment de l'obligació de lliurar un bé conforme al contracte, i en virtut de la qual, en cas de fracàs d'un primer intent de compliment (sia sol·licitant la reparació, sia reclamant la substitució del bé [art. 621-37.1a CCCat]), el consumidor pugui optar també per la resolució encara que la manca de conformitat no impliqui una privació substancial d'allò a què té dret en virtut del contracte. De fet, la no previsió d'una regla semblant aboca el consumidor, després d'aquell fracàs inicial, a insistir en els remeis obligacionals o a optar per la rebaixa del preu; aquest règim contradiu l'art. 13.4 Dir. 2019/771.

14. Formalitats que obeeixen a la «política de visibilidad» de la transposició (en aquests termes, X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposición de directivas en el estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», a X. ARZOZ SANTISTEBAN [dir.], *Transposición de directivas y autogobierno*, p. 78).

aquella incorporació, sigui quan sigui. Aquella mateixa conformitat tampoc no queda en dubte si la transposició, puntual o no, no es trasllueix en el títol de la norma incorporadora o no es comunica degudament a la Comissió. La relació de conformitat o de no-oposició entre ordenaments, que s'ha de valorar i apreciar en un determinat moment, cal establir-la al marge o prescindint dels paràmetres temporals o formalistes de la transposició. Des d'aquesta perspectiva, hom podria considerar avui que els articles 621-1 i següents del CCCat, en matèria de contracte de compravenda, són conformes al dret europeu perquè s'avenen a allò previst en la Directiva 99/44,¹⁵ per bé que: primer, la incorporació d'aquest text només es trasllueix tímidament en el paràgraf 7 del preàmbul de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes («La regulació de la compravenda de consum incorpora les normes que estableix la Directiva 1999/44/CE [...]»); segon, aquesta incorporació es produeix un cop transcorregut àmpliament el termini previst a aquests efectes (i als de comunicació a la Comissió) en l'article 11 de la Directiva 99/44 (que era fins l'1 de gener de 2002).

2.2. EL DRET INTERN NO CONFORME A UNA DIRECTIVA: UN CAS TAMBÉ, I COM A MÍNIM, DE DRET NO APLICABLE? PLANTEJAMENT

L'exigència de conformitat no es pot desvincular dels efectes que es deriven en cas de dret intern no conforme; de fet, la intensitat d'aquella exigència serà, pràcticament, major o menor en funció de la major o menor rigidesa d'aquells efectes.

2.2.1. *La directiva com a norma sense aplicació directa als estats*

La no aplicació del dret intern no conforme a l'europeu és una manifestació de l'anomenada primacia del dret de la Unió Europea. Aquesta inaplicació (de la norma interna) deriva, sense esgotar-la, de l'aplicabilitat directa del dret primari (o tractats de la UE [art. 1.2 TFUE]) i, d'entrada, només dels instruments normatius de dret derivat de la UE que tenen reconeguda, indubtablement, aquesta aplicació directa (art. 288, 2n par., TFUE: «El reglamento [...]. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro»). Aquesta aplicació directa exclou, perquè

15. L'afirmació que es fa en el text s'ha d'entendre en un sentit general, tot i que a vegades (vegeu *infra* nota 30) hom pot detectar una incorporació no ben ajustada d'alguna de les regles de la Dir. 99/44.

serien sobrerres, l'exigència i la necessitat de mesures d'incorporació¹⁶ i permet fer valer, a més d'aquell efecte exclouent de la norma interna no conforme, els drets i les obligacions emparats directament en la norma europea. Continua sent referent en aquest particular la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 9 de març de 1978 (C-106/77, cas Simmenthal),¹⁷ que, a més de reconèixer aquell efecte (positiu) fonamentador de posicions jurídiques (ap. 15è), desenvolupa l'efecte (negatiu) d'exclusió de l'aplicabilitat de la norma interna no conforme, cosa que fa declarant: primer, que es predica igual si es tracta d'una norma anterior a la disposició europea o d'una de posterior (ap. 17è); segon, que aquesta no aplicació opera «de pleno derecho» (ap. 17è) i, en conseqüència, en cap cas no depèn de la derogació o, si escau, d'una declaració eventual de nul·litat o inconstitucionalitat de la norma nacional contrària (ap. 24).^{18,19} Això últim permet un darrer desenvolupament, a mode d'efecte negatiu reflex: certament, no cal, a fi d'inaplicar la norma interna, que sigui derogada o declarada nul·la, però aquesta no aplicació tampoc no comporta derogació o expulsió de l'ordenament jurídic. És per això que la inaplicació és, des d'aquesta

16. Tot i que en poden ser necessàries d'execució o de desenvolupament, que també estaran lògicament subjectes a l'exigència de conformitat (vegeu *infra* nota 78).

17. ECLI:EU:C:1978:49.

18. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha declarat que, de cara a aquesta inaplicació, no és imprescindible plantejar abans una qüestió prejudicial davant del TJUE, tret que es tracti d'un òrgan judicial que esgoti la via jurisdiccional. Vegeu els apartats 53 de la Sentència de 19 de gener de 2010 (C-555/07, cas Seda Küçükdeci [ECLI:EU:2010:21]) i 32 de la Sentència de 5 d'abril de 2016 (C-689/13, cas Pulgigenica Facility Esco [ECLI:EU:C:2016:199]) i un comentari d'aquesta darrera a M. CIENFUEGOS MATEO, «Eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal de Justicia e inaplicabilidad de las normas y prácticas nacionales limitativas del procedimiento de cuestiones prejudiciales. A propósito de la sentencia Pulgigenica Facility Esco, de 5 de abril de 2016», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41 [2017], p. 98-127.

19. Que el control de l'encaix o la conformitat de la legislació interna a l'europea correspon a la jurisdicció ordinària, sense que tampoc no hi hagi d'intervenir el Tribunal Constitucional (TC), ho declara aquest darrer en la Sentència 28/1991, de 14 de febrer (fonament jurídic [FJ] 7) (ECLI:TC:1991:28). Vegeu M. MARCO ABATO, «Una reflexión sobre la primacía del derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción normativa», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 29 (2017), p. 34. Aquest autor empra la idea de *desplazamiento de la norma interna per l'europea*, que faria que la primera s'inapliqués. Aquesta mateixa idea («la capacidad de desplazar») és present en la Declaració 1/2004, del Tribunal Constitucional, de 13 de desembre, relativa a les relacions entre la Constitució espanyola i el dret de la UE (ECLI:ES:TC:2004: 1D) (FJ 4).

perspectiva, un efecte amb una intensitat mínima: la norma no serà aplicable en el sentit d'invocable,²⁰ però continuarà essent vàlida i vigent en l'ordenament intern.^{21,22} La inaplicació de la norma interna, entesa així, es predica indubtablement, ja s'ha dit, només de la que esdevingui no conforme al dret europeu d'aplicació directa.²³ Vin-

20. De fet, al marge de la invocació o al·legació per les parts, s'imposa un control d'ofici de la conformitat del dret intern a l'europeu per part dels òrgans judicials (vegeu STJUE Simmenthal, ap. 24: «[...] el juez nacional [...] está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, *por su propia iniciativa*, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional»; la cursiva és nostra). La jurisprudència del TJUE no ha variat en aquest particular. Vegeu l'ap. 74 de la Sentència de 22 de juny de 2010 (assumptes C-188/10 i C-189/10, casos Melki i Abdali [ECLI:EU:C:2010:363]).

21. És per això que, per exemple, la derogació de la normativa europea que determinava la no conformitat de la norma interna farà que aquesta, si no ha estat derogada, recuperi la seva aplicabilitat plena. Vegeu, però, insistent en el fet que els estats han de derogar o modificar les normes internes no conformes al dret europeu a fi de garantir la seguretat jurídica, M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64 (2019), p. 794. Destaca la manca de mecanismes, en l'ordenament espanyol, de cara a eliminar *erga omnes* les lleis no conformes al dret europeu, (l'*Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrer de 2008; [vegeu: <<http://consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>>, p. 224 i 248 i seg.

22. Destaca que no hi ha «expulsió» de les normes incompatibles amb el dret europeu, ni tan sols quan aquesta incompatibilitat l'ha declarat el TJUE arran d'una qüestió prejudicial, E. COBREROS MENDAZONA, «Efectos de la sentencia prejudicial», *European Inklings* (dir.: R. Alonso García i J. I. Ugartemendia Eceizabarrena), núm. 4 (2014), *La cuestión prejudicial europea*, p. 140, on l'autora, a més, extreu una conseqüència d'aquesta no expulsio: «[...] con lo que no es, en absoluto, descartable, una aplicación incorrecta en el ordenamiento estatal del derecho europeo». Vegeu, a propòsit de la facultat d'interposar un recurs d'empara davant del TC, per infracció del dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en aquells supòsits en què l'òrgan judicial intern ha acabat aplicant la norma interna declarada contrària al dret europeu pel TJUE i, per tant, ha fet «una selección irracional de la norma jurídica aplicable al caso», la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 145/2012, de 2 de juliol (ECLI: ES:TC:2012: 145) (FJ 4), i la STC 75/2017, de 19 de juny (ECLI:ES:TC:2017:75) (FJ 1). Des d'una altra perspectiva, vegeu M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primacía del derecho de la Unión Europea», p. 814. L'autor es planteja just la situació contrària, és a dir, què s'ha de fer si la inaplicació de la norma interna contrària al dret de la UE implica infringir o desconèixer un dret fonamental reconegut en la constitució nacional.

23. Contextualitzar la jurisprudència dictada en la matèria, a voltes molt generalista i sense matís quant a les modalitats del dret derivat a què es refereix, avala aquesta afirmació. Així, per exemple, en la STC 75/2017, de 19 de juny, s'afirma que, «[c]omo consecuencia de lo anterior, los jueces y tribunales ordinarios de los estados miembros, al enfrentarse a una norma nacional incompatible con el derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión [...]». Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho interno con el derecho de la Unión [...]» (FJ 2, *in fine*). En les tres sentències que el TC cita a fi de fonamentar el seu pronunciament, es plantejava la qüestió relativa a la inaplicació de normes internes per raó de la seva manca de conformitat a un reglament europeu (STJUE del cas Simmenthal [cit.] i STJUE de 5 d'octubre de 2010 [C-173/09, cas Elchinov; ECLI:EC:C:2010:581]) o al mateix TFUE (STJUE dels casos Melki i Abdali [cit.]). Aquesta darrera, però, té com a antecedent que cita (vegeu ap. 70) la STJUE de

cular aquest efecte a una directiva implica plantejar-se si la inaplicació de la norma interna pot vincular-se a una regulació europea que no té aplicació directa als estats (art. 288, 3r par., TFUE). Basten, en aquest context, dues reflexions.²⁴ Ambdues s'inclinen per la inaplicació. La primera seria que la manca d'aplicació directa de les directives implica negar a aquests instruments la força necessària i suficient tant per a excloure o desplaçar l'aplicació de la norma interna no conforme com per a generar *recta via* drets i obligacions. Aquesta negació, però, no pot desconnectar-se de l'efecte vinculant de les directives amb relació a l'«estado miembro destinatario» (art. 288 TFUE). Aquesta vinculació implica, objectivament, l'exigència d'emprendre totes les mesures necessàries per a assolir el resultat previst en la directiva; subjectivament, es projecta sobre totes les «autoridades» del dit estat (art. 288 TFUE).²⁵ La reflexió ulterior és fins a quin punt l'autoritat judicial, atès aquest deure d'actuació, està o no legitimada (o hauria d'estar o no legitimada) per a, senzillament, abstenir-se d'aplicar la norma interna no conforme.

La segona observació mena cap a les anomenades *directives d'harmonització plena* i, en especial, cap a les que pràcticament neguen qualsevol marge de maniobra als estats de cara a poder intensificar alguna de les mesures previstes. En aquests casos, les diferències entre directives i reglaments, quant al contingut de la regulació que acabarà esdevenint aplicable als estats, es desdibuixen: tota ella serà (en el cas dels reglaments) o coincidirà amb (en el cas de les directives) la que hagi aprovat la UE. La diferència entre un instrument i l'altre es redueix a l'escletxa de discrecionalitat que continuen tenint els estats en el cas de les directives; escletxa, però, que només és de caire formal i es projecta sobre la manera d'incorporar el contingut de les directives al dret intern (així, per mitjà d'una llei nova especial, d'una modificació d'una llei preexistent...). ¿Fins a quin punt, aleshores, considerant que l'opció de la directiva només

19 de gener de 2010 (C-555/07, cas Seda Küçükdececi; ECLI:EU:2010:21). Certament, en aquesta darrera sentència, que deriva d'un litigi entre particulars, el TJUE es pronuncia a propòsit d'una regulació nacional contrària al principi de no discriminació per raó d'edat (elevat a principi general del dret de la UE [ap. 21]) i a la Dir. 2000/78/CE, del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació. El TJUE acaba resolent que «[e]n tales circunstancias, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto [...] garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el derecho de la Unión a los justiciables, *dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias*» al dret de la UE (ap. 51) (la cursiva és nostra). En una sentència posterior s'aclareix que la inaplicació del dret nacional es predica perquè la regulació nacional vulnerava aquell principi de no discriminació que, previst en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, té eficàcia directa; la inaplicació, per tant, no derivava de la manca de conformitat a la directiva (vegeu STJUE de 14 de gener de 2014 [C-176/12, cas Association de Médiation Sociale; ECLI:EU:C:2014:2]).

24. Vegeu-ne una anàlisi més aprofundida *infra*, en l'apartat 4.

25. En aquest sentit, vegeu la STJUE del cas Seda Küçükdececi (cit.).

s'explica per tal que els estats conservin aquella llibertat formal, queda justificat que no es pugui inaplicar la norma interna no conforme?²⁶

2.2.2. *De la manca de conformitat de la norma interna... a la seva inaplicació: tipologia*

L'efecte de la inaplicació de la norma interna no conforme a una directiva, si s'admetés, inclouria una casuística molt àmplia en funció de quines fossin les raons de la no conformitat: si la disposició interna establís un requisit, una conseqüència, que impliqués protegir menys el consumidor del que ho fa la directiva, el dit requisit, conseqüència, etc., senzillament esdevindrien inaplicables.²⁷ I el mateix caldria dir de la norma interna que protegís més del que ho fes la directiva però aquesta fos d'harmonització plena o màxima.²⁸ La no aplicació hauria de ser selectiva en aquells

26. Probablement és menys vistent, però, ben mirat, es podria dir el mateix en cas d'una directiva de mínims quan la norma interna no respecta el llindar mínim de protecció que estableix el text europeu. Aleshores, el plantejament hauria de ser si cal entendre justificat que, per a permetre als estats intensificar més la protecció (i, és clar, decidir formalment com s'ha d'incorporar), el jutge no pugui abstenir-se d'aplicar la norma interna que infringeix aquelles mesures mínimes.

27. Per exemple, la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (STJCE) de 13 de desembre de 2001 (C-481/99, cas Heininger; ECLI:EU:C:2001:684) va declarar contrària a la Dir. 577/85 la norma interna que establia que el dret de revocació del consumidor caducava transcorregut un any d'ençà de l'atorgament del contracte. L'art. 5 Dir. 577/85 preveia que aquell dret es podia exercir en el termini de set dies d'ençà de la recepció de la documentació prevista en l'art. 4 Dir. 577/85. Per tant, segons la Directiva, a manca de documentació, no podia iniciar-se el còmput del termini per a revocar. I una norma interna que, en aquests casos, en preveia la caducitat al cap de l'any, rebaixava el llindar de protecció imposat pel text europeu. Per la seva banda, la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banco Español de Crédito; ECLI:EU:C:2012:349) va declarar que era contrària a l'art. 6 Dir. 93/3 la facultat integradora que l'art. 83 del Reial decret llei [RDL] 1/2007, text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris, atorgava al jutge. A parer del TJUE, aquesta integració no s'avenia amb l'art. 6 Dir. 93/3, que, com que estableix que les clàusules abusives no vinculen el consumidor, imposa la seva expulsió del contracte, sense que el buit que deixen sigui integrable pel jutge d'acord amb l'art. 1258 CE i el principi de bona fe (vegeu, quant a la reforma d'aquest precepte en el sentit indicat pel TJUE, l'apartat III del preàmbul de la Llei 3/2014, de 27 de març, de modificació del text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris). En termes semblants, la STJUE de 7 de novembre de 2019 (C-349/18 i C-351/18, cas Nationale Maatschappij; ECLI:EU:C:2019:936) resol que la Dir. 93/3 s'oposa igualment a la norma nacional que permet que el jutge pugui modular l'import d'una clàusula penal considerada abusiva.

28. N'és un clar exemple l'art. 107.1, par. 2, RDL 1/2007, en la versió introduïda per la Llei 3/2014 arran de la incorporació al dret estatal de la Dir. 2011/83. Segons aquest precepte, un cop exercit el desistiment pel consumidor, si el professional no reemborsava el preu satisfet en el termini de catorze dies, aquell li podia reclamar una penalització consistent en l'import doblat del preu pendent d'abonament. Aquesta penalització no es considera en la Dir. 2011/83 i, tot i que la dita mesura es podia concebre com una manera d'intensificar la protecció del consumidor, l'estratègia d'harmonització plena (art. 4 Dir. 2011/83) no admet disposicions diferents de les contingudes en la norma europea (vegeu la disposició final primera, que su-

supòsits en què la norma nacional tingués un àmbit d'aplicació, subjectiu i/o objectiu, que excedís el previst en la directiva: es tractaria, aleshores, d'aplicar-la només en aquells supòsits en què el contracte atorgat quedi comprès en l'àmbit d'aplicació de la norma europea, però no en els altres casos.²⁹ La situació seria també particular si la manca de conformitat obeís a la manca d'incorporació d'un dret, una facultat, un supòsit, una excepció, un termini, un requisit... Aleshores, la no aplicació caldria reprojectar-la: no hauria d'implacar tant desconèixer o rebutjar l'aplicació d'allò que sí que està previst, sinó entendre que el silenci quant a l'aspecte no incorporat (sia un dret, sia una facultat, sia un requisit...) no determina la negació del dret o la facultat, la inexigibilitat del requisit, la inoposabilitat de l'excepció, la irrellevància del supòsit, etcètera.³⁰ Dit altrament, el fet de no considerar o recollir un determinat

primeix aquesta penalització, del RDL 9/2007, de 26 de maig, pel qual es transposen directives de la Unió Europea en els àmbits financer, mercantil i sanitari, i sobre el desplaçament de treballadors).

29. Basti novament la referència a l'art. 621-41.1.2 CCCat amb relació a la Dir. 99/44 i, en concret, als seus art. 3.5 i 3.6. L'art. 621-41.1.2 CCCat és doblement general: primer, perquè s'aplica tant si el contracte atorgat és una compravenda de consum com si no concorren els requisits de l'art. 621-2 CCCat; segon, perquè regeix en cas d'incompliment de qualsevol de les obligacions establertes, per qualsevol de les dues parts. El control de conformitat a la Dir. 99/44 (i, per tant, una inaplicació eventual per oposar-se o contradir aquest text) no escaurà quan la compravenda atorgada no sigui de consum, ni quan, tot i ser-ho, l'obligació incompleta no sigui la relativa a garantir la conformitat del bé (en canvi, afecta la de lliurar el bé o la de pagar el preu).

30. L'art. 621-41.1 i 2 CCCat n'és també un exemple. Només s'hi preveu la resolució per incompliment essencial. Atès que la norma no supedita la resolució a un intent fracassat de compensació (tal com preveu l'art. 3.5 Dir. 99/44), hom podria entendre que intensifica el nivell de protecció previst en la Dir. 99/44, ja que permet recórrer directament a la resolució, només, si l'incompliment és greu. Des d'aquesta perspectiva, el precepte, per si sol, no s'oposa a la Dir. 99/44. La manca de conformitat obeeix, en canvi, al fet de no preveure la facultat de resoldre per al cas d'incompliment no greu. En aquest context, i com a mínim, la no aplicació de la norma interna no conforme al dret europeu justificaria que no es pogués negar al consumidor la facultat de resoldre el contracte en cas d'incompliment no greu, basant-se en el fet que l'art. 621-41.1 i 2 CCCat exigeix aquesta gravetat (vegeu L. ARNAU RAVENTÓS, «La conformitat de la prestació al contracte: qüestions des del Codi de consum», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA [coord.], *Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2019, p. 99).

Per la seva banda, les sentències del TJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banco Español de Crédito) (cit.) i de 14 de març de 2013 (C-415/11, cas Aziz) (ECLI:EU:C: 2013:164) declaren que la no conformitat del dret espanyol a la Dir. 93/13 obeeix a la insuficiència de mecanismes processals de protecció del consumidor davant de clàusules abusives. En concret, en la darrera sentència es diu que s'oposa a la Dir. 93/3 «una normativa de un estado miembro [...] que, al mismo tiempo que no prevé [...] la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares [...], cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final» (com se sap, la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social, va introduir l'ap. 4 de l'art. 695 LEC, que permet, en el procediment executiu, oposar el caràcter

aspecte no hauria de permetre, basant-se precisament en aquest buit, negar-lo o desconèixer-lo.

2.3. EL LEGISLADOR CATALÀ: NOMÉS *POT* O *HA DE* MANTENIR EL DRET CATALÀ CONFORME A L'EUROPEU?

El Tribunal Constitucional (TC), en la Sentència 54/2018, de 24 de maig,³¹ reitera el principi ja consolidat segons el qual l'execució del dret europeu no altera el sistema constitucional de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes.³² Així es recull també expressament en l'article 189.1, *in fine*, EAC.³³ Aquest principi parteix de l'autonomia institucional reconeguda per la UE als estats membres; autonomia que, quant a la transposició de directives, implica reconèixer que són ells, els estats, i no la UE, els que determinen qui i com cal efectuar aquesta incorpo-

abusi de la clàusula contractual determinant de l'execució o de la quantia per la qual s'executa [vegeu el preàmbul de la Llei 1/2013, par. 16]). Per la seva banda, el TJUE, en la Sentència de 14 de juny de 2012, afegeix que la Dir. 93/3 «[...] se opone a una normativa de un estado miembro [...] que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor [...]» (avui permet aquest examen l'art. 815.4 LEC, afegit per l'art. únic (ap. 76) de la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, de reforma de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil [vegeu-ne el preàmbul, ap. v]).

31. Resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la Llei 20/2014, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, de modificació de la Llei 20/2010, del Codi de consum de Catalunya (CcoCat), per a la millora de la protecció de les persones consumidores en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, vulnerabilitat econòmica i relacions de consum.

32. En concret: «En su faceta estrictamente competencial, sobre la ejecución del derecho europeo, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de derecho interno que establecen el orden de distribución de competencia entre el Estado y las CCAA, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/991 y 236/1991), “la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los parámetros constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias” [...]. En otras palabras, “no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario”. Para el enjuiciamiento propio de este proceso constitucional, la consecuencia de esta doctrina es que el grado de ejecución del derecho europeo presenta carácter neutro, en el sentido de que no modifica las reglas constitucionales y estatutarias de reparto de competencias [...]» (FJ 6, 2n i 3r par.).

33. A propòsit de la norma, parla «[...] de un tipo especial de competencia sobre materias sobre las que se tiene competencia», X. ARZO SANTISTEBAN, «La transposición de directives», p. 524. Vegeu, també, M. PALOMARES AMAT, «Las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y la Unión Europea en el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13 (2007), p. 10.

ració.³⁴ En aquest context, interessa només destacar alguns aspectes relatius a aquell marc competencial.

— El primer incideix en la competència del legislador català per a incorporar directives que enclouen normes de dret privat en matèria de contractació amb consumidors (art. 113 i 189.1 EAC).³⁵ Els pressupòsits són la naturalesa civil de l'objecte

34. Vegeu la STJCE de 15 de novembre de 1971 (C-51/71, C-52/71, C-53/71, C-54/71, cas International Fruit Company; ECLI:EU:C:1971:128). Aquella autonomia s'expressa indicant que «[...] cuando las disposiciones del Tratado o de los reglamentos reconocen facultades a los estados miembros o les imponen obligaciones en el marco de la aplicación del derecho comunitario, la forma en que los estados pueden atribuir el ejercicio de tales facultades y el cumplimiento de dichas obligaciones a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada estado» (ap. 3). Vegeu també la STJCE de 14 de gener de 1988 (C-227/85 a C-230/85, cas Comisión *versus* Reino de Bélgica; ECLI:EU:C:1988:6). La Sentència es pronuncia sobre la responsabilitat de Bèlgica per la manca d'incorporació de quatre directives. Segons el dret nacional, la competència per a executar-les corresponia a les regions, però només algunes ho havien fet dins de termini, i queda provat que «la legislación belga no atribuye al Estado la facultad de obligar a las regiones a aplicar la legislación comunitaria o de sustituirlas procediendo directamente a esta aplicación en caso de retraso persistente por su parte» (ap. 8). El TJCE, després d'insistir en l'autonomia institucional («[...] todo estado es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales [...]» [ap. 9]), estableix que aquest mateix principi no pot excusar l'incompliment estatal a l'hora d'incorporar a temps el dret europeu («[...] es jurisprudencia constante que un estado miembro no puede ampararse en disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario» [ap. 10]). Insisteix en la responsabilitat última dels estats per la manca d'incorporació A. M. CARMONA CONTRERAS, «Tratado de Lisboa y organización territorial de los estados: ¿nada nuevo bajo el sol?, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23 (2009), p. 242, nota 11.

D'altra banda, rebla el reconeixement, per part de la UE, de l'existència d'estats plurilegislatius (i, per tant, d'una atribució eventual de la competència per a transposar directives a aquestes entitats subestats) el fet que molts reglaments en matèria de dret aplicable preveuen el supòsit (només a tall d'exemple, art. 36 Reglament, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu; art. 33 Reglament 2016/1103, del Consell, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials; art. 22 Reglament núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, etc.).

35. No sovinteja que s'esmentin ambdós preceptes (art. 113 i 189.1 EAC) a l'hora de justificar la competència per a incorporar una directiva al dret català. És per això que destaca la menció que sí que es fa, per exemple, al Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre, per a l'adequació de normes amb rang de llei a la Directiva 2006/123/CE, del Parlament i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior.

regulat i la competència legislativa del Parlament de Catalunya en l'àmbit civil³⁶ (art. 149.1.8 CE i 129 EAC). La raó de la civilitat de la matèria és que no hi ha ni tan sols una norma que prediqui l'especialitat (*rectius*, la mercantilitat) dels negocis atorgats per consumidors. De fet, si hi fos, probablement bastaria per a atribuir-los caràcter mercantil; ho faria, però no sense que deixés de trontollar el fonament mateix d'una autoqualificació d'aquest tipus, i això perquè difícilment es podria justificar que la condició generalitzada de consumidor i la generalitat dels seus actes contractuals fossin objecte d'una legislació especial pensada, principalment, per a empresaris i comerciants, és a dir, per a actuacions professionals en el mercat.³⁷ La Sentència del Tribunal Constitucional 132/2019³⁸ justifica la naturalesa civil del contracte basant-se en la major atenció que cal projectar sobre el consumidor que no pas sobre el venedor

36. Se'n va tractar, més àmpliament, a L. ARNAU RAVENTÓS, «La noció de *consumidor* i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisè del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 9 (2008), p. 29 i seg.

37. Vegeu, a propòsit del caràcter mercantil que l'Avantprojecte de llei del Codi de comerç, de maig de 2014 (accessible a: <www.nuevocodigomercantil.es/pdf/Anteproyecto_LEY_CMer.pdf>), predicava dels contractes atorgats amb consumidors (en concret, en l'art. 001-3.2), F. OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto de Código de comercio en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (juliol-setembre 2014), p. 15; M. Paz GARCÍA RUBIO, «La mercantilización del derecho civil. A propósito del Proyecto de Código mercantil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, any 69, núm. 2178 (2015), p. 11.

38. Aquesta Sentència, de data 13 de novembre de 2019, resol el recurs d'inconstitucionalitat contra determinats articles de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Parlament de Catalunya, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya (ECLI:ES:TC:2019:132).

professional.^{39,40} El desenvolupament ulterior que hauria de permetre aquest criteri, atès el caràcter paradigmàtic del contracte de compravenda, seria confirmar la naturalesa també civil de la resta de contractes atorgats per consumidors.

— La competència legislativa del Parlament de Catalunya en matèria de contractació amb consumidors ha de respectar el que siguin o s'entengui que són les «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8 CE); eventualment, també altres «bases» que no es prediquen de l'instrument jurídic (com és l'obligació contractual en l'art. 149.1.8 CE), sinó d'un sector econòmic o del mercat en el qual, entre altres actes jurídics, s'atorguen contractes amb consumidors (per exemple, l'energètic

39. FJ 2, par. 3r. La delimitació de la condició de consumidor que fa la Sentència no és del tot acurada, ja que s'hi diu: «[...] su posición en el contrato de compraventa es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro, de tal suerte que el bien adquirido queda en su propio círculo sin reintroducirlo en el mercado ni destinarlo a su oficio o profesión». Aquesta afirmació suggereix, com a mínim, dos comentaris. El primer és que, ja que tracta de pronunciar-se sobre una llei aprovada pel Parlament de Catalunya, la referència al concepte de *consumidor* hauria de tenir present, encara que sigui de passada, el que proporciona l'ordenament català (art. 111-2 Llei 22/2010, del Codi de consum de Catalunya), però ni s'esmenta. El segon s'adreça a desmentir dues de les característiques que, a mode d'índexs tipificadors, s'atribueixen a la condició de consumidor. Ni en el dret català (art. 111-2 CcoCat), ni en la definició general que, pel que fa al dret estatal, proporciona l'art. 3 RDL 1/2007, l'absència d'«ànim de lucre» i la no reintroducció del producte en el mercat són trets definidors. L'absència d'ànim de lucre es predica, d'ençà de la reforma del RDL 1/2007 per la Llei 3/2014, de 27 de març, només de les persones jurídiques i entitats sense personalitat jurídica; no pas, per tant, quan es tracta de persones físiques (vegeu M. J. MARÍN LÓPEZ, «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del TS contenida en la STS de 16 de enero de 2017», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20 [2016]). Que el consumidor fos destinatari final o que no reintrodís el producte en el mercat es considerava com a element tipificador del concepte de *consumidor* en l'art. 1.2 Llei 26/1984, de 19 de juliol. És un requisit que desapareix (malgrat que en predica la supervivència l'exposició de motius, ap. III, par. 1, RDL 1/2007) en l'art. 3 RDL 1/2007 perquè és una exigència no prevista en el dret europeu; és per això que el contractant medial no especialista (és a dir, qui de manera no professional contracta béns o serveis a fi de reincorporar-los al mercat) també és o ha de ser consumidor.

40. Destaca, i comparteix aquesta reconducció del contracte cap a la seva civilitat, M. P. GARCÍA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, p. 5 i 10. En el mateix sentit, vegeu M. C. GETE-ALONSO CALERA, «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya, en matèria d'obligacions i contractes», *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 4 de març de 2020 (accessible a: <<http://eapc-rdp.blog.gencat.cat/2020/03/04/la-stc-132-2019-sobre-el-libre-sise-del-codi-civil-de-catalunya-en-materia-dobligacions-i-contractes-ii-nota-sobre-la-sentencia-m-del-carmen-gete-alonso>>; última consulta: 29 maig 2020), que afegeix que el contracte de compravenda de consum en cap cas encaixa en la definició de *compravenda mercantil* de l'art. 325 del Codi de comerç. Quant a la jurisprudència constitucional prèvia a la STC 132/2019 i a l'al·legació recurrent, sense matisos ni distincions, dels títols competencials dels art. 148.1.6 i 148.1.8 CE, vegeu I. DURBÁN MARTÍN, «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30 (gener-desembre 2016), p. 257-288.

[art. 149.1.25 CE]].^{41,42} En aquest context, interessa novament aprofitar la identificació que, en termes de legislació bàsica i de desenvolupament, fa el TC de les «bases» de l'article 149.1.8 CE,⁴³ i interessa fer-ho, com a mínim, als efectes del que preveu l'article 189.3 EAC.⁴⁴ Partint d'aquella equiparació i del que permet aquest darrer precepte, hom pot acabar concloent que la legislació catalana d'incorporació d'una

41. Vegeu, a tall d'exemple, la STC 62/2016, de 17 de març de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:62), a propòsit de la constitucionalitat del Decret llei 6/2013, de 23 de desembre, del Parlament de Catalunya, de modificació de la Llei 22/2010, del Codi de consum. El recurs s'havia plantejat perquè s'entenia que algunes de les disposicions impugnades vulneraven la normativa bàsica de l'Estat en matèria d'energia elèctrica i gasística (art. 149.1.25 CE). L'escenari es reproduïx en la STC 54/2018, de 24 de maig (ECLI:ES:TC:2018:54), que resol el recurs interposat contra la Llei 20/2014, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, de modificació de la Llei 22/2010, del Codi de consum. En aquesta ocasió, a més de la vulneració de la normativa bàsica estatal en matèria d'energia, també s'al·legava, pel que fa a les normes incorporades al CcoCat en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, la infracció de la legislació estatal relativa a les «bases de la ordenación del crédito» (art. 149.1.11 CE).

42. La STC 132/2019 (cit.) considera que l'art. 621-2 CCCat, que defineix la compravenda de consum, no contradiu la legislació bàsica estatal perquè «al introducir la compraventa de consumo en la regulación general del contrato de compraventa que efectúa el Código civil de Cataluña, no tiene más alcance que el de incorporar a este texto legal este tipo contractual *de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica estatal*—art. 59 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios— [...]» (la cursiva és nostra) (FJ 7B). La declaració propicia, com a mínim, quatre comentaris: el primer és que no queda emparada constitucionalment una suposada competència de l'Estat quant a la legislació bàsica en matèria de «consum», entès com un *totum* (vegeu J. SALAS, «Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales», *Revista de Administración Pública*, núm. 119 [maig-agost 1989], p. 53); el segon, derivat de l'anterior, és que esdevé del tot injustificada la qualificació de «bàsica» de la definició que fa l'art. 59 bis RDL 1/2007 del *contrate de compravenda* (i que, de fet, deriva de la incorporació al dret intern de l'art. 2.5 Dir. 2011/83); el tercer és que aquesta qualificació de *bàsica* tampoc no pot emparar-se en la competència estatal en matèria de «bases de les obligacions contractuals» si, tal com entén el TC (STC 132/2019, FJ 6), aquestes bases han de representar un mínim normatiu comú a tots els contractes, però sense incloure la regulació específica d'un tipus contractual concret; el darrer comentari és que sobta que la conformitat amb l'art. 59 bis RDL 1/2007 es prediqui de l'art. 621-2 CCCat, que no enclou cap definició de *compravenda*, i que, si de cas, aquesta conformitat no es relacioni amb l'art. 621-1 CCCat, que és el que descriu el tipus contractual i regeix tant si es tracta d'una compravenda de consum com si no.

43. Vegeu M. P. GARCIA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más», p. 7 i 27-29, qui no comparteix l'equiparació.

44. Precepte declarat constitucional per la STC 31/2010, de 28 de juny, que resol el recurs d'inconstitucionalitat plantejat contra la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juny, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (ECLI:ES:TC:2010:31). El TC es cuida molt de matisar que l'art. 189.3 EAC en cap cas no implica una negació o un desconeixement de la competència estatal per a dictar, en un futur, normativa bàsica (vegeu FJ 112, 118 i 123 STC 31/2010). De fet, aquell precepte senzillament permet a la Generalitat de Catalunya desenvolupar la legislació europea que s'arribi a aprovar i que substitueixi la normativa bàsica estatal. Vegeu M. CIENFUEGOS MATEO, «Comunidades autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5/2007, p. 54, que destaca que aquesta substitució és més justificada quan menys marge de maniobra reconegui la norma europea al dret intern.

directiva en cas cap no podria ser inconstitucional per incidir o infringir les bases de les obligacions contractuals; la raó seria que, si hi fossin (és a dir, si la regulació europea abastés aspectes o elements enclosos dins del concepte de *bases*), la dita regulació ocuparia el lloc de les «bases» de fixació estatal (d'acord amb l'art. 149.1.8 CE), tot desplaçant-les, de tal manera que el legislador català podria incorporar la directiva sense que, en fer-ho, envaís cap àmbit competencial aliè.⁴⁵

— El concepte de *competència* remet a la idea de legitimació o habilitació per a actuar eficaçment. L'exercici d'aquesta legitimació és voluntari; és per això que la subsidiarietat del dret estatal (art. 149.3 CE) abasta els supòsits en què el legislador català no ha legislat, de moment, sobre una determinada matèria, tot i tenir competència legislativa per a fer-ho.⁴⁶ En el context de transposició de directives europees, és clar que els destinataris del deure d'incorporar o transposar són els estats membres i que seran ells els responsables davant la UE en cas de no fer-ho. En aquest context, l'autonomia institucional reconeguda als estats determina: en primer terme, que l'exercici de la competència legislativa de l'Estat en matèria de dret civil (art. 149.1.8 CE) deixa de ser voluntari, de manera que caldrà exercir-la de cara a incorporar el text europeu; en segon terme, que el coixí de la subsidiarietat del dret estatal (art. 149.3 CE) sembla que, en canvi, no altera l'exercici no degut, per part del legislador català, de la competència per a transposar la directiva europea de què es tracti. En aquest context, el dret català no serà conforme a l'europeu⁴⁷ i no ho serà per deixadesa del legislador

45. És en aquesta línia que, a propòsit de la inspiració del legislador català en el dret europeu a l'hora de regular el contracte de compravenda, A. Vaquer Aloy defensa que «[e]ste derecho contractual europeo puede equipararse hoy a las verdaderas bases de las obligaciones desde el momento que el propio Tribunal Supremo lo está utilizando para remediar la vetustez del Código civil español» (a P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 21). Però M. P. GARCÍA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más», p. 16, nota 21, adverteix que «los estados puedan considerar básico algo que no lo es en otro estado, siempre que no contradiga el derecho de la Unión».

46. Quant a la supletorietat del dret estatal, vegeu *infra* l'ap. 4.1.2.2.

47. Hom no pot descartar (vegeu *supra* l'ap. 2.1) que el dret català sigui conforme a l'europeu prescindint de tota incorporació. Un altre exemple: l'art. 621-44 CCCat amb relació a l'art. 10.4 Dir. 2019/771. Aquest darrer estableix, pel que fa als remeis per manca de conformitat, que els terminis de prescripció que, si escau, consideri la legislació interna han de permetre que el consumidor pugui reclamar en cas de manca de conformitat manifestada o produïda durant l'anomenat *termini de garantia* (art. 10.1, 2 i 3 Dir. 2019/771). La finalitat del precepte és impedir que regixin terminis interns de prescripció (p. ex., d'un any d'ençà del lliurament) més curts que el termini de garantia (com a regla general, de dos anys des del lliurament [art. 10.1, 2 i 3 Dir. 2019/771]). En aquest context, atès que el dret català considera un termini per a exercitar les accions de tres anys a comptar des que el consumidor coneix o pot conèixer la manca de conformitat (art. 621-44.3 CCCat), queda garantida, temporalment, la viabilitat de la reclamació del consumidor. No cal, doncs, modificar l'art. 621-44 CCCat a fi d'ajustar-lo al dret europeu. Per altra banda, ara per ara, la conformitat de l'art. 621-44 CCCat a l'art. 5.1 Dir. 99/44 (que preveu un termini de prescripció de dos anys d'ençà del lliurament) s'explica perquè, es miri com es miri, el dret català estableix un termini més llarg que el que preveu, amb caràcter mínim, el dret europeu (art. 8 Dir. 99/44).

català a l'hora d'exercitar una competència. En canvi, en l'àmbit europeu, si la directiva sí que ha estat incorporada correctament al dret estatal, no hi haurà incompliment quant al deure de transposició. A més, la regla de la subsidiarietat (art. 149.3 CE) garanteix, matisadament, que la dita regulació s'apliqui també als territoris amb dret propi però que han optat per no exercir la seva competència.⁴⁸

La coherència del sistema trontolla i ho fa en un doble sentit. El primer és intern: no s'entén que el manteniment o l'adopció d'un dret conforme a l'europeu per part del legislador català sigui talment discrecional. Certament, no hi ha exigibilitat.^{49,50} En qualsevol cas, però, el legislador català s'hauria de sentit interpel·lat i hauria d'entendre com a deguda, com obligatòria també és per a l'Estat, la transposició de la directiva de què es tracta.^{51,52,53} El pas que caldria fer seria el de l'exercici de les com-

48. Vegeu *infra* l'ap. 4.1.2.2.

49. Vegeu, però, l'art. 196.4 EAC, que imposa a la Generalitat, «en l'àmbit de les seves competències», l'adopció de «les mesures necessàries per a executar les obligacions derivades dels tractats o convenis internacionals» i que «vinculin a l'Estat», ja que una d'aquestes obligacions té per objecte la transposició de directives (art. 288, 3r par., TFUE). Aquesta interpretació, però, topa amb l'escull de la ubicació sistemàtica de l'art. 196 EAC, que se situa fora del capítol II («Relacions de la Generalitat amb la Unió Europea») del títol V («De les relacions institucionals de la Generalitat»).

50. Vegeu, amb una proposta de mecanismes de repercussió en les comunitats autònomes de les responsabilitats financeres de l'Estat per incompliment del dret europeu, l'*Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario*, de desembre de 2010 (disponible a: <www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf>, p. 266 i seg.).

51. Caldria generalitzar, doncs, la percepció d'«obligación» que s'expressava, literalment, en el preàmbul del Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatge. Fent referència a la Dir. 90/314, el Govern català apel·lava a les seves competències en matèria de turisme i afegia que la Directiva «obliga a adequar el Decret 45/1988, de 13 de gener» (la cursiva és nostra).

52. Vegeu l'*Informe del Consejo de Estado sobre la inserción*, p. 40. S'hi expressa la idea que la manca d'incorporació de directives per part de les comunitats autònomes obeeix a «la convicció de que la regulació material, con independencia de quien sea el autor de la transposición, y a la vista de la formulación acabada de muchas directivas, será la misma». En termes molt semblants, M. P. García Rubio es planteja si té sentit una doble regulació (estatal i autonòmica) que obeeixi a la incorporació d'una mateixa directiva, atès que, si es tracta d'un text d'harmonització plena, ambdues regulacions pràcticament coincidiran (vegeu M. P. GARCÍA RUBIO, «Presente y futuro del derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 [2017], p. 33). La incongruència que suggereix l'autora, però, és la mateixa que hom pot detectar també en l'àmbit europeu: es promou l'adopció de mesures nacionals que acabaran coincidint. Per què, aleshores, no es pot emprar directament un reglament? Probablement perquè la UE considera que, d'acord amb el principi de proporcionalitat (art. 5.4 TFUE) i de cara a l'assoliment dels seus objectius, és suficient la uniformització material que, segons la seva major o menor rigidesa, comportarà l'harmonització plena, però respectant la llibertat dels estats quant a la manera o el mode d'implementar aquestes mesures.

53. Al major protagonisme reclamat en «fase ascendente», és a dir, en l'elaboració de normes i la presa de decisions comunitàries, li hauria de correspondre «en fase descendente» (a l'hora d'aplicar i executar el dret europeu) un activisme també major (pel que fa a aquella reclamació, vegeu E. ALBERTÍ ROVIRA, «Les

petències.⁵⁴ Externament, en l'àmbit europeu, el reconeixement, per part de la UE, de la realitat plurilegislativa d'alguns dels seus estats membres⁵⁵ hauria de permetre estendre l'exigibilitat d'aquesta actuació a les entitats territorials a les quals el dret intern atribueix competència per a transposar; també, l'exigència de responsabilitat en cas de no fer-ho.

3. ALGUNS ESCENARIS I ALGUNS EXPONENTS

La manca de conformitat del dret intern per no avenir-se a una directiva demana, lògicament, que aquesta hagi estat aprovada, hagi entrat en vigor i siguin aplicables les mesures internes de transposició.⁵⁶ En qualsevol altre cas, no hi ha referent que permeti exigir ni valorar la conformitat del dret intern a l'europeu.⁵⁷

3.1. MANCA DE CONFORMITAT ORIGINÀRIA I MANCA DE CONFORMITAT SOBREVINGUDA

D'escenaris, se'n poden identificar dos. El primer seria el de la manca de conformitat originària. Apel·laria a aquells supòsits en els quals el legislador català no ha in-

regions dins la nova Unió Europea. El llarg camí cap a una presència directa de les regions dins la Unió Europea», *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 29 [2003], p. 172).

54. Vegeu el preàmbul, par. 2, de la Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya. Es fa una menció expressa de l'art. 113 EAC, tot reconeixent que la normativa comunitària en matèria de consum esdevé un dels eixos d'actuació de la UE. Tot i així, s'anticipa l'adaptació del dret català només a determinades directives (en concret, a la Dir. 2005/29/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, sobre les pràctiques comercials deslleials de les empreses en la seva relació amb els consumidors, i a la Dir. 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior [preàmbul, ap. III, de la Llei 22/2010]).

55. Vegeu, per exemple, l'art. 25.1 Reglament (CE) núm. 864/2007, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions excontractuals, i l'art. 22.1 Reglament (CE) núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juliol de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals. Ambdós preceptes presenten la mateixa redacció («Cuando un estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento»).

56. La dissociació entre l'entrada en vigor de la directiva i l'aplicació del dret intern d'incorporació es visualitza, per exemple, en l'art. 24.1 Dir. 2019/771. Amb caràcter general, les mesures estatals poden entrar en vigor i aplicar-se abans del moment previst a aquests efectes en la directiva que escaigui. Des d'aquesta perspectiva, la fixació, per part del text europeu, de l'inici de l'aplicació implica només la fixació del moment a partir del qual és exigible la conformitat del dret intern a la directiva, però sense prejutjar ni impedir una aplicació prèvia. Aquesta regla general queda alterada en la Dir. 2019/771, que en el seu art. 24.2 no permet que les mesures que considera s'apliquin a contractes atorgats abans de l'1 de gener de 2022.

57. Vegeu, quant a l'exigència de conformitat en un moment previ, *infra* l'ap. 4.1.2.1.

corporat la directiva que, per primera vegada, considera i regula, en l'àmbit europeu, una determinada modalitat de contractació o la contractació d'un determinat servei o producte o, en fi, algun aspecte relacionat. Al seu torn, aquesta situació permet distingir entre dos supòsits més, en funció de si el dret català, abans de la irrupció del text europeu, ja considerava i regulava aquell model o tipus negocial concret, aquella qüestió específica, o, en canvi, no ho feia. En aquest darrer supòsit, la situació és de manca de regulació pròpia sobre una matèria concreta i de manca de transposició de la directiva que s'hi refereix; de retruc, la situació també és de manca de conformitat. Un exemple és el crèdit al consum^{58,59} i un altre, la regulació dels contractes

58. El dret català no ha regulat la matèria; tampoc no ha incorporat les directives 87/102/CEE i 2008/48/CE. Aquest darrer text exclou del seu àmbit d'aplicació els contractes de crèdit garantits amb una hipoteca o una garantia semblant i els contractes de crèdit atorgats per a adquirir o mantenir el dret de propietat sobre finques o edificis construïts o per construir (art. 2.2a i b Dir. 2008/48/CE). Ambdós tipus negocials conformen l'àmbit objectiu d'aplicació de la Dir. 2014/17/UE, del Parlament i del Consell, de 4 de febrer de 2014, sobre contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial. El legislador català va incorporar aquesta directiva a l'ordenament català mitjançant la Llei 20/2014, de 29 de desembre (art. 8, 13 i 20). Des del punt de vista competencial, sobta el que es diu en el preàmbul: per una banda, en el seu paràgraf segon no s'esmenten ni l'art. 129 EAC ni els art. 113 i 189 EAC; la referència al títol competencial es reserva, només, a l'art. 123 EAC («Consum»), i s'afegeix que s'exerceix «d'acord amb el que estableixen els art. 28, 34 i 14 EAC en el marc de l'art. 51 de la Constitució, amb relació a l'activitat financera de les caixes d'estalvis i de les entitats de crèdit a què fan referència els art. 120.2 i 126.3 EAC». Per altra banda, s'obvia tota menció expressa i clara a la idea d'incorporació o transposició i s'assenyala només que «[a]questa llei segueix les orientacions marcades per diversos projectes comunitaris sobre aquesta matèria, com la Dir. 2014/17/UE [...]» (par. 3). Això últim s'explica perquè, de fet, la tramitació parlamentària d'aquesta llei es va iniciar abans que la Dir. 2014/17/UE s'aprovés i, per tant, mentre el que hi havia a les instàncies europees era només una proposta (vegeu el Projecte de llei, de 9 d'abril de 2013, en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* [BOPC] de 13 d'abril de 2013). Cal fer notar que si aquesta llei s'hagués aprovat abans que la Directiva, la transposició hauria estat sobrerera per raó d'aquesta anticipació del legislador català a l'aprovació de la mateixa Directiva; la situació seria de potencial conformitat tot i la manca d'incorporació. A propòsit de la transposició de la Dir. 2014/17/UE per la Llei 20/2014, parlen d'«avanzadilla en Cataluña» S. NASARRE AZNAR i H. SIMON MORENO, «Un paso más en la protección de deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/2017/UE y la reforma del Código de consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *UNESCO Housing Chair, working paper* núm. 1/2015 (abril 2015) (disponible a: <www.housing.urv.cat>; última consulta: 29 maig 2020). Reconeix que la llei catalana opera una transposició parcial de la directiva, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17/2016, p. 10, nota 3. Parla d'incorporació a l'empara de l'art. 113 EAC, V. ESQUIROL JIMÉNEZ, «La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3-2015, p. 173. Quant a la constitucionalitat de la regulació catalana, vegeu, novament, la STC 54/2018 (FJ 6).

59. A propòsit de la regulació catalana en matèria de la comunitat especial per torns (art. 554-1 CCCat), cal fer notar: per una banda, que, aprovada per mitjà de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, es tracta, en qualsevol cas, d'una disciplina prèvia a la Dir. 2008/122/CE; per altra banda, que, pel que fa a la relació entre els articles 554-1 i seg. amb la directiva vigent en el moment d'aprovar-se, el preàmbul, par. 12, de la Llei 5/2006 és molt explícit: «El cap. iv conté

de subministrament de continguts i serveis digitals, desconeguts en el dret català, si la Directiva 2019/770 no s'acaba incorporant a l'ordenament català. Si, en canvi, el dret català ja tenia present una determinada qüestió, regulada després de manera distinta en una directiva que no s'acaba transposant, aleshores el cas serà de regulació pròpia no conforme al dret europeu.

La manca de conformitat sobrevinguda parteix d'una regulació catalana conforme al dret europeu que perd posteriorment aquesta conformitat a conseqüència d'un canvi normatiu. Teòricament, aquesta modificació pot produir-se només en el nivell intern (si, per exemple, la legislació catalana canviés sense modificar-se l'europea, de manera que arran d'aquest canvi el dret català se situaria per sota del llindar de protecció previst en la directiva) o pot obeir només a una modificació de la directiva o a la seva derogació per una altra que implementi un règim distint.⁶⁰ Amb caràcter general, es podria anticipar que aquesta serà la situació de la regulació catalana en matèria de compravenda de consum, avui conforme a la Directiva 99/44,⁶¹ si no s'incorpora la Directiva 2019/771.

3.2. LA CONTRACTACIÓ A DISTÀNCIA I LA CONTRACTACIÓ FORA D'UN ESTABLIMENT MERCANTIL EN EL DRET CATALÀ

La Llei 1/1983, de 18 de febrer, del Parlament de Catalunya, de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials, considerava la venda domiciliària en els seus articles 12-16. La Llei indicava expressament que el

una regulació de la comunitat especial per torns, que és diferent de la regulació dels torns d'apartaments per a vacances que regeix la Directiva 94/47/CE, del 26 d'octubre, i que hi és compatible, perquè aquest capítol es limita a béns unitaris i exclou de manera expressa l'aplicació als supòsits a què fa referència la normativa europea [...].».

60. El Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatge, va incorporar al dret català la Dir. 90/314. Aquest decret ha estat derogat per la disposició derogatòria 1a i c de la Llei 5/2020, de 29 d'abril, de normes fiscals, financeres i administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient. En aquest àmbit, la manca de conformitat del dret català obeeix a la derogació sobrevinguda de la regulació existent sobre la matèria.

61. Tot i la referència que es fa en el preàmbul de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, a la incorporació de la Dir. 99/44 (vegeu par. 7), el legislador català ja havia transposat parcialment aquest darrer text per mitjà de l'art. 242-2 Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya. El precepte, però, només relacionava els requisits dels quals depenia la conformitat del bé moble i mencionava els remeis per al cas d'haver-se lliurat un bé no conforme; en allò no previst, es remetia «a la normativa en matèria de garanties» (que s'identificava, el 2010, amb els art. 114 i seg. RDL 1/2007, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris). L'art. 242-2 CCCat va ser derogat tàcitament per la Llei 3/2017, que va incorporar al CCCat una regulació en matèria de compravenda que, objectivament, inclou la compravenda immobiliària i regula amb molts més detalls els aspectes que el CcoCat es limitava només a presentar.

seu objecte era la regulació administrativa d'aquesta i d'altres modalitats de venda (art. 1).⁶² Mentre era vigent la Directiva 577/85/CEE, es va aprovar la Llei 23/1991, de 29 de novembre, de comerç interior, també de naturalesa administrativa (art. 1). L'article 10 de la Llei 23/1991, rubricat «Període de reflexió»,⁶³ menava cap a una incorporació esporuguida i mínima (i, per això, insuficient) de la Directiva 577/85, ja implementada en el dret estatal, només uns dies abans, per mitjà de la Llei 26/1991, de 21 de novembre, sobre contractes celebrats fora dels establiments mercantils. El que aquell article 10 introduïa en el dret català era sols el deure d'informar, per escrit, de la facultat de rescindir el contracte que l'article 4 de la Directiva 577/85 imposava al comerciant. L'article 10, però, incidia més en el termini d'exercici d'una facultat que, estrictament, no arribava ni tan sols a mencionar; aquell termini, rebatejat com a «període de reflexió», acomplia una funció instrumental (en el sentit que els set dies s'atorgaven per a poder *pensar* si el negoci convenia o no) de cara a provocar, si esqueia, la ineficàcia del negoci i, d'aquí, si es tractava d'un negoci executat totalment o parcialment, derivar-ne els efectes restitutoris corresponents. L'article 10, a diferència de la Directiva 577/85, només resultava aplicable a les vendes a domicili; quedaven exclosos, per tant, altres negocis que es poguessin atorgar també a domicili i qualsevol negoci fet en un lloc distint a l'establiment mercantil que no fos el domicili del comprador (p. ex., en una excursió o al lloc de treball [art. 1.1 Dir. 577/85]). L'article 23 del Decret llei 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, reproduïx l'article 10 de la Llei 23/1991. La regulació insisteix a autoqualificar-se d'administrativa (art. 1 Decret llei 1/1993). Aquesta qualificació afecta també els articles 26-28 del Decret llei, relatius a la venda a distància. Provenen dels articles 11 i 12 de la Llei 23/1991, que, respectivament, definien aquesta modalitat de contractació i feien una llista de les mencions informatives de tota oferta de venda (entre altres, «el període de reflexió» [art. 27e del Decret llei 1/1993]). A propòsit d'aquesta modalitat de contractació, la relació entre dret català i dret europeu difereix sensiblement de l'apreciada a propòsit de la contractació a domicili. En matèria de contractació a distància, la primera directiva sobre aquest particular és la Directiva 97/7. Aquella normativa catalana és, doncs, prèvia a l'europea i, després, el legislador català no ha modificat la regulació interna per a acabar-se d'adaptar a la Directiva 97/7 (així, tractant en general de la contractació a distància [i no, només, de la ven-

62. La naturalesa administrativa d'una norma no exclou la qüestió relativa als seus possibles efectes en l'àmbit civil. En concret, s'hauria pogut plantejar, per exemple, si l'art. 16 Llei 1/1983, que prohibia les ofertes que obligaven a l'obtenció d'altres productes i serveis, determinava la nul·litat de l'obligació assumida en cas d'haver-se acceptat una oferta d'aquest tipus. El debat es pot reproduir a propòsit de qualsevol norma de dret públic que pren, com a pressupòsit, una relació privada. Aquella nul·litat l'empararia l'art. 6.3 del Codi civil espanyol, tret que s'entengui que la sanció administrativa exclou la ineficàcia del negoci («[...] salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»).

63. Vegeu el preàmbul, par. 12, de la Llei 23/1991.

da], considerant la resta de mencions informatives que preveia l'article 4.1 Dir. 97/7, regulant el temps en què calia facilitar aquesta informació i la manera de facilitar-la [art. 4.2, 4.3 i 5 Dir. 97/7], disciplinant més detalladament la facultat de resolució de l'article 6 i el règim de l'execució del contracte [art. 7], etc.).⁶⁴ La situació descrita es reconduïx, tant pel que fa a la contractació a domicili com pel que fa a la contractació a distància, a un escenari de manca de conformitat al dret europeu per manca d'adaptació plena del dret propi a les directives 577/85 i 97/7.

Encara amb el rerefons d'aquests dos textos,⁶⁵ s'aprova el Codi de consum de Catalunya (CcoCat). Els preceptes de referència són els articles 222-1 a 222-3 CcoCat pel que fa a les relacions de consum a distància i els articles 223-1 a 223-4 CcoCat quant a la contractació fora d'un establiment mercantil. Hi ha dades que reblen l'acostament de la regulació catalana a l'europea,⁶⁶ però sense poder parlar d'una conformitat total o plena.⁶⁷ En qualsevol cas, la situació del dret català avui vigent en termes de conformitat a l'europeu en matèria de contractació a distància i contractació fora d'un establiment mercantil està determinada per la derogació de les directives 577/85 i 97/7 per la Directiva 2011/83. Aquest text, en règim d'harmonització plena (art. 4

64. Vegeu la Proposta de Directiva, del Consell, relativa a la protecció de consumidors en matèria de contractes negociats a distància, de 20 de maig de 1992 (COM [1992]11 final). El Consell relaciona les distintes iniciatives endegades en els diferents estats membres a propòsit de la contractació a distància; quant a Espanya, s'hi diu: «En España no existe ninguna ley al respecto a escala nacional, pero varias comunidades autónomas han legislado en el ámbito de las ventas a distancia (Aragón/1989, Galicia/1988, Valencia/1986) y hay proyectos similares en otras (Cataluña)» (p. 9) (la cursiva és nostra). El maig del 1992 la Llei 23/1991, de 29 de novembre, ja era, però, vigent.

65. Òbviament, els terminis per a la seva transposició ja feia dies que s'havien esgotat (art. 9 Dir. 577/85; art. 15 Dir. 97/7).

66. La més vistent és la referència a la Dir. 85/577/CEE en l'art. 223-1.3 CcoCat. Es detecta també una clara inspiració de l'art. 223-1.2 CcoCat en l'art. 1.1. Dir. 577/85, o de l'art. 222-1 CcoCat en l'art. 2.2 Dir. 97/7.

67. A tall d'exemple, la regulació de la facultat de desistiment es limita, en cas de contractació fora d'un establiment mercantil, a preveure els deures informatius i documentals que s'hi refereixen (art. 223-3d i 223-4 CcoCat). El mateix esquema se segueix a propòsit de la contractació a distància (art. 222-2b i 222-3 CcoCat). Tot i així, i malgrat l'aplicació en ambdós casos de les disposicions generals en matèria de facultat de desistiment (art. 211-15 CcoCat), el dret català fa desaparèixer d'aquest ordenament la regulació relativa als terminis d'exercici (que sí que, en canvi, preveia la Llei 23/1991 i que, amb caràcter de protecció mínima, imposaven els art. 5 Dir. 577/85 i 6 Dir. 97/7). La remissió, pel que fa als dits terminis, als «establiments per la legislació en aquesta matèria» determinava, en el moment d'aprovar-se el CcoCat, l'aplicació dels articles 101.1 (i, per remissió d'aquest, de l'art. 71) i 110 RDL 1/2007, relatiu, respectivament, a la contractació a distància i a la contractació fora d'un establiment mercantil. Com l'aplicable en aquell moment que es tractava, per tant, d'una legislació estatal, la crida no es creu que impliqués la incorporació al dret propi del contingut d'aquelles normes. Per contra, l'art. 211-15 CcoCat només expressava la voluntat de no regular, almenys de moment, o de fer-ho en el CcoCat, la qüestió dels terminis en una norma pròpia. Amb caràcter general, pel que fa a si aquesta crida es pot fer a les mateixes directives considerant-se transposades per remissió, vegeu X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición y requisitos jurídicos», p. 114 i seg.

Dir. 2011/83) i entre altres mesures, unifica i actualitza les disposicions relatives a ambdues modalitats de contractació.⁶⁸ Els articles 222-1 a 222-3 i 223-1 a 223-4 CcoCat no han estat modificats i d'aquí provenen les desavinences entre la regulació catalana vigent i el dret europeu. Com a mostra, basta comparar les definicions que s'adopten, en un text i en l'altre, d'ambdues modalitats de contractació (art. 2.7 i 2.8 Dir. 2011/83,⁶⁹ art. 222-1 i 223-1 CcoCat). En concret:

— La contractació a distància es tipifica, en l'article 2.7 de la Directiva 2011/83, a l'empara de dos requisits: el primer és la manca de presència física simultània dels contractants; el segon és que fins al moment de l'atorgament del contracte i en el mateix atorgament s'hagin emprat, exclusivament, una o més tècniques de comunicació a distància. Per la seva banda, en l'article 222-1 CcoCat també s'explicita el requisit inherent a la contractació a distància, és a dir, aquella manca de presència física simultània.⁷⁰ Exigeix, a més, que l'oferta i l'acceptació s'hagin fet exclusivament per mitjà de tècniques de comunicació a distància. En una lectura inicial hom pot entendre que, segons el dret català, una eventual negociació precontractual a l'establiment o amb presència física simultània de les parts no exclou la qualificació del negoci resultant com a contracte a distància si, finalment, tant l'oferta com l'acceptació s'han emès sense estar un contractant davant de l'altre. En canvi, el dret europeu exigeix la distància, d'ençà de la Directiva 97/7 (art. 2.1), no sols *en* el moment d'atorgar el consentiment, sinó també en tota la negociació mantinguda *fins a* aquell moment.⁷¹ Des d'aquesta mateixa perspectiva, el dret català està protegint més que el dret europeu perquè inclou més supòsits que no pas els compresos en la definició europea. Quan era vigent la Directiva 97/7, aquesta major protecció no plantejava cap problema atesa l'estratègia de protecció mínima recollida en el seu article 14. Però a partir de la vigència de la Direc-

68. Una d'aquestes altres qüestions que enclou la Dir. 2011/83 és la determinació del moment en què es pot exigir al venedor el lliurament del bé i la de les circumstàncies en què, si aquesta obligació no es compleix, el comprador pot resoldre el contracte de compravenda (art. 18 Dir. 2011/83). Aquesta norma sí que ha estat incorporada al dret català (vegeu art. 621-13 i 621-41.3 CCCat i preàmbul, par. 8, Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya). Val a dir que l'harmonització plena de la Dir. 2011/83 (art. 4) no exclou que, internament, el legislador opti per ampliar l'àmbit subjectiu i/o objectiu d'aplicació de les regles contingudes en l'art. 18; és per això que la generalitat dels articles 621-13.3 CCCat (que s'aplica també en cas de compravenda que no sigui de consum) i 621-41.3 CCCat (que regeix tant en cas de retard a l'hora de lliurar el bé al comprador, sigui o no consumidor, com en cas de retard en el compliment de l'obligació de pagar el preu) no s'oposa a la regulació europea; a més de generalitzar, el dret català ha bilateralitzat el règim que l'art. 18 Dir. 2011/83 reserva a l'obligació de lliurar el bé al consumidor que l'ha comprat.

69. Aquests preceptes no s'han vist afectats per la reforma de la Dir. 2011/83 introduïda per l'art. 4 Dir. 2019/2161/UE.

70. Que, en canvi, no apareixia en l'art. 2.1 Dir. 97/7 (però sí en el seu considerant 9).

71. Cal tenir en compte, però, el considerant 20 Dir. 2011/83, segons el qual «[d]icha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia».

tiva 2011/83, aquesta qüestió demana considerar el canvi del nivell de protecció, que s'intensifica (art. 4). Una lectura del considerant tretzè de la Directiva 2011/83, que interpreta els límits de l'harmonització plena, fa pensar que no malmet la conformitat al dret europeu la legislació interna que apliqui «las disposiciones de la presente Directiva a los contratos distintos de los “contratos a distancia” en el sentido de la presente Directiva [...]».⁷²

— L'article 2.8 de la Directiva 2011/83 es reserva per a la contractació fora d'un establiment mercantil. L'element tipificador és la presència física simultània de les parts (art. 2.8a Dir. 2011/83) en un lloc distint al de l'establiment mercantil (definit en l'art. 2.9 Dir. 2011/83), i és irrellevant que l'oferta vingui del comerciant o del consumidor (art. 2.8b Dir. 2011/83). El referent temporal cal entendre que és el moment de la conclusió o perfecció del negoci. L'article 2.8c de la Directiva 2011/83 permet, però, mantenir la qualificació del contracte com a atorgat fora d'un establiment mercantil en supòsits en què s'acaba perfeccionant o bé amb la presència física simultània de les parts però a l'establiment del venedor, o bé sense aquella presència simultània, és a dir, a distància; el requisit determinant és que, en qualsevol cas, aquesta perfecció es produeixi «inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor».⁷³ En el dret català, la definició la proporciona l'article 223-1 CCCat, que es limita exclusivament a demanar que els béns i serveis s'ofereixin amb la presència física de les parts fora de l'establiment mercantil. I si l'oferta es fa a l'establiment però s'accepta (i, per tant, es perfecciona el negoci) fora? La literalitat de l'article 223-1 CCCat exclouria el supòsit, mentre que la dada de la perfecció fora de l'establiment permetria situar-lo a l'article 2.8a de la Directiva 2011/83. Una interpretació lògica de l'article 2.8c de la Directiva 2011/83 reblaria aquesta qualificació del negoci com a atorgat fora d'un establiment: si en l'article 2.8c és suficient que el que s'hagi produït fora de l'establiment sigui un contacte personal i immediatament previ a la contractació, per força el resultat ha de ser el mateix si el que s'ha produït fora ha estat un element molt més estructural del negoci com és l'acceptació. I el mateix cal dir si l'oferta es fa per telèfon i després s'accepta fora de l'establiment. No hi hauria oferta emesa amb presència física simultània de les parts, tal com exigeix el dret català (art. 223-1 CCCat), mentre que l'acceptació fora de l'establiment bastaria per a situar el con-

72. Vegeu l'art. 4i Projecte de llei de comerç, serveis i fires (BOPC, núm. 477 [21 juliol 2017]). La definició abasta *finis* al moment de la celebració del contracte.

73 Vegeu el considerant 21 Dir. 2011/83. Nega que sigui un cas de contractació feta «inmediatamente después» d'un contacte previ, personal i amb presència física simultània de les parts en un lloc distint del de l'establiment, el contracte atorgat a distància o a l'establiment mercantil després de la visita a domicili del professional, realitzada només per tal de lliurar un pressupost, si el consumidor «ha tenido tiempo de reflexionar sobre el presupuesto del comerciante antes de celebrar el contrato».

tracte en l'àmbit dels subapartats *a* i *c* de l'article 2.8 de la Directiva 2011/83.⁷⁴ En aquest particular, doncs, la definició catalana se situaria per sota del llindar de protecció previst en la Directiva, atès que no inclouria tots els supòsits compresos en l'àmbit objectiu d'aplicació d'aquest darrer text.⁷⁵ Cal fer notar que, a més dels indicats, l'article 223-1 CcoCat tampoc no consideraria el cas de contractació a l'establiment o a distància immediatament després d'un contacte previ fora de l'establiment i amb presència física d'ambdues parts, en el qual no s'hagués produït cap oferta; això últim és el que reclama l'article 223-1 CcoCat, però, en canvi, no exigeix l'article 2.8c de la Directiva 2011/83.

4. MANCA DE CONFORMITAT I EFICÀCIA DIRECTA DE LES DIRECTIVES, O APLICACIÓ SUBSIDIÀRIA DEL DRET ESTATAL?

Què s'ha de fer en el cas d'una norma catalana no conforme al dret europeu? ¿Queda desplaçada per raó d'aquesta manca de conformitat i aleshores esdevé aplicable, supletòriament, el dret estatal (art. 149.3 CE), o bé, si s'admet aquell mateix desplaçament, cal invocar l'efecte excepcionalment directe de les directives? L'anàlisi permet dues reflexions prèvies. La primera és que la qüestió no pot prescindir dels possibles escenaris de manca de conformitat (segons si és originària o és sobrevinguda). La segona és que, com que es tracta d'una hipotètica directiva d'harmonització plena, les diferències pràctiques entre una opció i l'altra poden quedar del tot desdibuixades, i això és així perquè el resultat últim, tant si obeeix a l'aplicació directa de la mesura prevista en el text de la directiva, com si resulta de l'aplicació supletòria de la norma estatal de transposició, serà el mateix en ambdós casos.

74. I si l'oferta es fa per telèfon i s'accepta en un establiment mercantil? Tant a l'empara de l'art. 222-1 CcoCat, com a la de l'art. 2.7 Dir. 2011/83, no hi hauria contractació a distància per manca d'ús exclusiu de tècniques de comunicació a distància. La manca de presència física simultània a l'hora d'emetre l'oferta exclou l'aplicació de l'art. 223-1 CCCat; aquesta mateixa manca de presència física simultània de les parts també abans de la contractació, exclou l'art. 2.8c Dir. 2011/83. Caldria aplicar al cas les normes generals en matèria de contractació i descartar les regles especials previstes per a la contractació a distància i fora d'un establiment mercantil.

75. L'escassa jurisprudència dictada en aquesta matèria d'ençà del 13 de desembre de 2013 (data límit prevista en la Dir. 2011/83 per a implementar i aplicar les mesures internes de transposició [art. 28]) revela l'aplicació, en aquest particular, de les normes estatals relatives a ambdues modalitats de contractació (i, això, tant abans com després de la Llei 3/2014, que és la que va modificar el RDL 1/2007 a fi d'incorporar la Dir. 2011/83). En qualsevol cas, és clar que s'obvia el CcoCat (vegeu, per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial [SAP] de Barcelona de 9 de febrer de 2006 [AC 2016/366], que aplica l'art. 111 RDL 1/2007 a un contracte atorgat el 28 de juny de 2012; la SAP de Barcelona de 3 d'abril de 2007 [JUR 2017/224439], que fa el mateix a propòsit d'un contracte de 13 de març de 2014, etc.).

4.1. LA INTERPRETACIÓ DEL DRET INTERN CONFORME AL DRET EUROPEU

La interpretació del dret intern conforme al dret europeu, tot i que és una exigència de caire general, té un àmbit específic d'actuació a propòsit de la incorporació o transposició de directives. En aquest context, un concepte ampli d'*interpretació* permet plantejar si tot plegat pot derivar cap a la inaplicació de la norma catalana no conforme i l'aplicació, en lloc seu, de la norma estatal conforme per raó de supletorietat (art. 149.3 CE i 111-5 CCCat).

4.1.1. *L'objecte de la interpretació i límits*

L'objecte de la interpretació és el conjunt de les normes internes. L'exigència d'interpretar-les de tal manera que el resultat que se n'obtingui s'avingui amb el dret europeu és una constant en les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) que donen resposta a qüestions prejudicials relatives a la conformitat o no del dret intern a una directiva. De fet, les expressions que s'hi empenen acaben sent reiteratives, a mode, fins i tot, de clàusula d'estil («[...] al aplicar las normas de derecho interno, deben tomarse en consideración todas las normas del derecho nacional e interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta»)⁷⁶ La generalitat d'aquesta exigència significa que, sigui quin sigui l'instrument normatiu emprat per la UE, cal fer una interpretació del dret intern que li sigui conforme.⁷⁷ Ara bé, és en el context de la incorporació de directives on es desenvolupa més plenament l'exigència esmentada. La raó és que, si es tracta, per exemple, d'un reglament, les seves normes ja són directament aplicables. Això no exclou, òbviament, que es puguin plantejar problemes de compatibilitat del dit reglament amb normes internes i que, abans

76. Només a tall d'exemple, vegeu la STJUE del cas Seda Küçükdececi (ap. 48), la STJUE de 27 d'abril de 2014 (C-565/12, cas Le Crédit Lyonnais; ECLI:EU:C:2014:190, ap. 44), la STJUE de 15 de gener de 2014 (C-176/12, cas Association de Médiation Sociale; ECLI:EU:C:2014:2, ap. 38), la STJUE de 4 de juny de 2015 (C-497/13, cas Froukje Faberk; ECLI:EU:C:2015:357, ap. 33), la STJUE de 23 de maig de 2019 (C-52/18, cas CF i Toolport GmbH; ECLI:EU:C:2019:447, ap. 47) i la STJUE de 5 de març de 2020 (C-679/18, cas OPR-Finance s.r.o.; ECLI:EU:C:2020:167, ap. 41 i 42).

77. Tot i que la qüestió prejudicial demanava per la inaplicació d'una norma interna contrària a una directiva, el TJUE es pronuncia en termes generals, entre d'altres, en la Sentència de 24 de gener de 2012 (C-282/10, cas Domínguez; ECLI:EU:C:2012:33, ap. 24), i indica que «[e]sta obligación de interpretación es inherente al régimen del tratado en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del derecho de la Unión».

d'inaplicar-les, calgui intentar interpretar-les d'acord amb la norma europea.⁷⁸ Però en el cas de les directives, allò que, d'entrada, és l'únic invocable pels particulars i aplicable pel jutge a l'hora de resoldre, és el conjunt de les dites normes internes, per la qual cosa esdevé, per tant, rellevantíssima la interpretació que se'n faci de cara a validar la conformitat del dret nacional a l'europeu. La interpretació del dret intern conforme al dret europeu transcendeix, doncs, la distinció entre instruments normatius europeus que tenen aplicació directa i instruments normatius europeus que no en tenen; tot i així, és en aquest darrer cas on la norma interna (que és la interpretable) té major protagonisme i on, per tant, també és major la rellevància d'aquella interpretació.⁷⁹ En aquest mateix context de transposició de directives, el TJUE ha identificat aquella exigència com la tasca que pertoca als òrgans judicials de cara a assolir els objectius i fins marcats per la regulació europea.⁸⁰

La interpretació del dret intern conforme a l'europeu té, segons el mateix TJUE, determinats límits, que hom pot classificar en positius i negatius en un intent d'assenyalar fins on pot arribar. Positivament, el jutge nacional, si cal, ha de modificar «la jurisprudencia nacional ya consolidada si esta se basa en una interpretación del derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva»;⁸¹ negativament, aquesta interpretació no pot contravenir o desconèixer els principis generals del dret europeu, ni pot donar aixopluc a una interpretació *contra legem* del dret nacional.⁸² Si, atesos

78. També pot succeir que el reglament requereixi determinades mesures de desenvolupament, que no s'hagin aprovat. Vegeu la STJUE de 7 de gener de 2004 (C-60/02, cas Rolex; ECLI:EU:C:2004:10, ap. 51, 52 i 59), que planteja distintes hipòtesis.

79. Destaca que l'exigència d'interpretació conforme «se exige especialmente» en el context de normes europees sense aplicació directa, la STJUE de 4 de juliol de 2006 (C-212/04, cas Adeneler; ECLI:EU:C:2006:443, ap. 113).

80. Aquesta vinculació s'origina en la STJUE de 4 d'abril de 1984 (C-14/83, cas Von Colson i Kamman; ECLI:EU:C:1984:153, ap. 26). Vegeu, com a exponent més recent, la STJUE de 19 de setembre de 2019 (C-467/18, cas EP; ECLI:EU:C:2019:765, ap. 59 i 60), on el TJUE afirma que «[...] la obligación de los estados, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado, y su deber conforme el art. 4 TUE, apart. 3 y art. 288 TFUE de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. Para cumplir esta obligación, el principio de interpretación conforme [...]». Sobre aquesta mateixa idea, vegeu M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La interpretación del derecho nacional de conformidad con las directivas», *Revista Xiuridica Gallega*, núm. 22 (1999), p. 17.

81. Ap. 43 STJUE del cas OPR-Finance s.r.o. En el mateix sentit, vegeu la STJUE de 4 de març de 2020 (C-183/18, cas Centraal Justitiele Incassobureau; ECLI:EU:C:2020:153, ap. 77) i la STJUE de 30 d'abril de 2020 (C-661/18, cas CTT-Correios de Portugal; ECLI:EU:C:2020:335, ap. 61).

82. Vegeu l'ap. 45 STJUE del cas Le Crédit Lyonnais; ap. 39 STJUE del cas Association de Médiation; ap. 25 STJUE del cas Domínguez. La STJUE del cas OPR-Finance s.r.o. enllaça el límit representat pel respecte als principis generals amb el que deriva d'una interpretació *contra legem*, i indica que això últim implicaria, justament, anar en contra del principi general de seguretat jurídica (ap. 45). Vegeu la STJUE del cas Centraal Justitiele Incassobureau (ap. 75), que esmenta el principi general d'irretroactivitat.

aquests topalls, no és possible una interpretació conforme al dret europeu, aleshores la qüestió rau a saber si la norma no conforme esdevé inaplicable per raó d'aquesta no conformitat. Tot plegat mena a l'eficàcia directa de les directives en la seva funció d'exclusió de l'aplicabilitat de les normes internes no conformes.

4.1.2. *De la interpretació de la norma catalana... a l'aplicació subsidiària del dret estatal?*

Es pot anticipar la resposta que —creiem— es pot donar a l'interrogant: aquesta aplicació no és sempre possible. El resultat final (l'aplicació de normes internes no conformes) és, fet i fet, un resultat inherent al reconeixement de límits a la tasca d'interpretació del dret nacional conforme a l'europeu.

4.1.2.1. La interpretació del dret intern mena a l'aplicació de tot el dret intern conforme al dret europeu

La manera en què el TJUE presenta l'activitat consistent a interpretar el dret intern sembla talment una crida a «fer el possible» per tal que el resultat que se n'obtingui sigui conforme al dret europeu;⁸³ demana, en fi, «que el órgano remitente haga todo lo que esté dentro de sus competencias [...] para garantizar la efectividad de la directiva».⁸⁴ Es tracta, doncs, d'una activitat dirigida («[...] para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta»)⁸⁵ i que, en clau interna, inclou no només l'actuació adreçada a interpretar la norma (en el sentit, per exemple, de la «Interpretació» de l'art. 111-2 CCCat o de l'art. 3.1 CC), sinó també l'adreçada a integrar-la.⁸⁶ Aquesta darrera possibilitat enllaça amb el fet que l'exigència d'una interpretació conforme al dret europeu també regeix en aquells supòsits en què no hi ha norma incorporadora perquè la directiva no ha estat transposada. Teòricament, en aquests casos no hi hauria res a interpretar tret que l'objecte d'interpretació s'identifiqués no només amb la norma adreçada particularment a l'assoliment dels objectius marcats per la directiva, sinó també amb la resta de l'ordenament, en un intent d'inte-

83. Exercici que, de fet, parteix d'una interpretació prèvia del text de la Directiva (ap. 44 STJUE del cas *Le Crédit Lyonnais*: «[...] a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la *letra y de la finalidad* de dicha Directiva [...]» —la cursiva és nostra).

84. STJUE de 5 d'octubre de 2004 (C-397/01 a C/403/01, cas *Pfeiffer*; ECLI:EU:C:2004:564, ap. 118).

85. Novament, ap. 44 STJUE del cas *Le Crédit Lyonnais*. La cursiva és nostra.

86. Parla d'un sentit *latu sensu* de la «interpretació», M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La interpretación del derecho nacional», p. 18.

grar-lo, per a omplir el buit, i, a més, fent-ho de manera conforme al dret europeu.^{87,88} Aquesta extensió de l'objecte interpretable a tot l'ordenament permet detectar dues funcionalitats més del principi d'interpretació conforme al dret europeu. Desxifrar la primera demana situar-nos novament en el context de manca d'una norma incorporadora; la segona, en canvi, parteix d'una actuació nacional adreçada a incorporar el text de la directiva.

— L'exigència d'una interpretació conforme al dret europeu regeix tan bon punt la directiva ha entrat en vigor, sense que calgui ni que s'hagi esgotat el termini per a transposar, ni que les mesures internes ja tinguin vigència. L'argument és que l'efecte jurídic vinculant de les directives respecte dels estats membres s'assoleix amb aquella entrada en vigor. El TJUE fa referència, aleshores, al deure dels estats d'«abstenir-se de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado previsto».⁸⁹ Quan es tracta dels òrgans judicials, aquest efecte «bloqueig»⁹⁰ implica que «no pueden interpretar derecho interno de un modo que comprometa gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno, la realización del objetivo perseguido por ésta» (és a dir, per la directiva).⁹¹ Fet i fet, això últim implica tant com avantposar l'exigència d'interpretació a la incorporació de la directiva. Però, aleshores, si aquesta interpretació ja és possible abans de l'adaptació del dret intern a la

87. Vegeu, d'entre les primeres resolucions que destaquen que la interpretació recau sobre «todo el derecho nacional», la STJUE de 25 de febrer de 1999 (C-131/97, cas Carbonari; ECLI:EU:C:1999:98, ap. 49 i 50).

88. Vegeu la STJUE del cas Adeneler. Aquesta sentència afegeix dos matisos: el primer és que, com que inclou tot l'ordenament, aquella interpretació recaurà tant sobre normes posteriors com sobre normes anteriors a la Directiva (ap. 108); el segon és que aquella exigència es projecta no només sobre el que estrictament és una tasca interpretativa, sinó també en el context d'aplicació de la norma («[...] la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando *interpreta y aplica* las normas pertinentes de su derecho nacional [...]» [ap. 110]).

89. Vegeu la STJUE de 18 de desembre de 1997 (C-129/96, cas Inter-Environnement Wallonie, ECLI:EU:C:1997:628, ap. 45).

90. Utilitza aquesta expressió C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «Otra virtualidad de las directivas: efecto directo de exclusión», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006), p. 10. S'hi refereix, també, R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del derecho de los estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28 (2008), p. 358.

91. STJUE del cas Adeneler, ap. 123.

directiva, ¿no caldrà concloure que aquest dret nacional ja és i era conforme al dret europeu prescindint de la transposició?^{92,93}

— L'existència d'una norma incorporadora (que, fins i tot, potser reproduïx literalment el contingut de la directiva) no exclou l'exigència de considerar la resta de l'ordenament a fi d'assolir-ne una interpretació conforme al dret europeu. En dona raó el fet que aquella norma no regeix i s'aplica aïlladament, sinó en el marc de l'ordenament jurídic del qual forma part.⁹⁴ El supòsit palesa que la incorporació estricta de les mesures de dret privat contingudes expressament en la directiva no garanteix, per si sola, la plena conformitat del dret intern a l'europeu.

Atès que la interpretació de la norma aconsegueix només una funció instrumental adreçada a facilitar-ne l'aplicació, però l'aplicació de la norma ja interpretada inclou també altres qüestions, criteris o modalitats d'aplicació (així, l'aplicació per analogia o l'equitat com a criteri d'aplicació...), cal entendre que també això últim són recursos dels quals disposa l'òrgan judicial de cara a fer el possible per tal que el dret intern que s'ha d'aplicar sigui conforme a l'europeu. És per això que exigir una determinada manera d'interpretar el dret nacional implica exigir una determinada manera d'*aplicar-lo*.

92. Vegeu la STJUE de 5 de setembre de 2019 (C-331/18, cas TE i Pohotovost; ECLI:EU:C:2019:665). Arran d'una sentència anterior del mateix TJUE, el legislador nacional modifica el dret intern per tal d'adaptar-lo a la dita sentència (que, en certs punts, considerava que el dret nacional no s'avenia del tot amb la directiva). Els tribunals, però, per la via de la interpretació del dret nacional conforme a l'europeu, estaven, de fet, aplicant el contingut de la modificació legal a contractes atorgats abans que la llei de reforma entrés en vigor. En la qüestió prejudicial es pregunta al TJUE si aquesta pràctica respecta el principi de seguretat jurídica. El TJUE admet aquesta possibilitat sempre que aquesta «nova» interpretació del dret vigent en el moment d'atorgar-se el contracte no sigui una interpretació *contra legem*, tot i que impliqui modificar una jurisprudència ja consolidada sobre el particular (vegeu els ap. 52-57).

93. Parla, de fet, de «transposició anticipada», R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del derecho nacional en función de la entrada en vigor de las directivas y su fecha límite de transposición (o su transposición anticipada)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 64 (2017), p. 13-24.

94. Vegeu, per exemple, la STJUE de 27 de juny de 2000 (C-240/98 a C-244/98, cas Océano; ECLI:EU:2000:346). Incorporada al dret espanyol la Dir. 93/13, la qüestió prejudicial plantejava un interrogant (si el jutge podia examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula fins i tot abans d'admetre a tràmit la demanda) sobre el qual, directament, les normes incorporadores (Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació) no deien res perquè, de fet, la Dir. 93/13 específicament tampoc no ho feia. És en aquest context que el TJUE estableix que el jutge intern ha d'interpretar el dret nacional preferint la interpretació que més s'avingui al dret europeu i que, en aquest cas, era la que permetia aquell control d'ofici (vegeu els ap. 30-32). Quant a altres supòsits en els quals el TJUE també ha declarat que la conformitat al dret europeu exigeix que l'òrgan judicial pugui actuar d'ofici, vegeu F. VERDÚN PÉREZ, «La Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016, p. 80-82.

4.1.2.2. La subsidiarietat del dret estatal com a regla d'aplicació: una solució només eventual

Si el dret civil català, interpretat degudament, no permet ser aplicat conforme al dret europeu, què s'ha de fer? Com a rerefons cal situar la manca d'eficàcia directa horitzontal de les directives.⁹⁵ Això implica que l'òrgan judicial, si no té cap manera d'aplicar el dret català de la qual resulti una aplicació conforme al dret europeu, tampoc no pot estimar la pretensió del particular (en concret, del consumidor)⁹⁶ basant-se, directament, en el contingut de la directiva. En aquest context, la qüestió que s'ha d'introduir és la possibilitat, en cas d'una directiva incorporada correctament al dret estatal, d'aplicar aquest darrer com a supletori del dret català (art. 111-5 CCCat i 149.3 CE).⁹⁷ En aquest sentit, el recurs al mecanisme de l'aplicació supletòria⁹⁸ suggereix, d'entrada, dos comentaris. Ambdós el posen en dubte.

— El primer parteix del supòsit habilitador d'aquella aplicació supletòria, el qual s'identifica amb una llacuna o una manca de regulació involuntària no autointegrable des del propi ordenament català.⁹⁹ En cas de buit normatiu volgut per la comunitat autònoma, la regla de la supletorieta no interviendria, perquè fer-ho seria talment com desconèixer la competència legislativa de la comunitat autònoma, que en aquests casos també s'hauria exercit, però de manera negativa, optant per la desregularització de la matèria.¹⁰⁰ La distinció entre buit normatiu voluntari i buit normatiu no voluntari

95. Vegeu *infra* l'ap. 4.2.

96. Que demana, per exemple, resoldre el contracte tot i que la manca de conformitat no és essencial (art. 621-41.1 i 2 CCCat) (vegeu *supra* nota 29).

97. Vegeu, amb un plantejament semblant, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del derecho europeo por las CCAA», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 1 (2004), p. 260-261.

98. Vegeu Javier TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78 (2006), p. 164, que identifica la regla de l'art. 149.3 CE com una regla d'aplicació de la norma adreçada exclusivament a l'òrgan judicial. En aquest context, el debat constitucional s'havia centrat a escatir si l'art. 149.3 CE era un títol competencial que legitimava l'Estat per a legislar sobre qualsevol matèria i encara que només fos per al cas d'esdevenir aplicable supletòriament. En matèria civil, el debat és sobrer (art. 149.1.8 CE).

99. Vegeu la STC 118/1996, de 27 de juny (ECLI:ES:TC:1996:118) (FJ 6 i 8), i la STC 61/1997, de 20 de març (ECLI:ES:TC:1997:61) (FJ 12c). La llacuna s'identificaria amb els buits normatius provocats involuntàriament a l'hora de regular una matèria específica. La supletorieta estatal no regiria, en canvi, en els supòsits d'anomia o manca de regulació volguda per la comunitat autònoma en l'exercici de les seves competències (vegeu I. LASAGABASTER HERRARTE, «La interpretación del principio de subsidiariedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19 (1999), p. 46 i seg.; Javier TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico», p. 172).

100. Vegeu Javier TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico», p. 174. L'autor parla, gràficament, de «legislación negativa».

s'hauria de matisar. I, d'entrada, això convé fer-ho en un doble sentit. Per una banda, el legislador autonòmic pot ser perfectament conscient de no haver regulat una determinada matèria i optar, pels motius que siguin,¹⁰¹ per no desenvolupar de moment la seva competència legislativa sobre el particular; es tractaria d'una manca de regulació voluntària, per bé que no pas en el sentit de voler la desregularització de la matèria. Regirien, per tant, els articles 111-5 CCCat i 149.3 CE. Per altra banda, en el marc de la incorporació de directives, cal plantejar-se si hi tindria cabuda una manca de regulació autènticament voluntària, de tal manera que el legislador autonòmic optés per no transposar i, a més, ho fes a mode d'exercici (negatiu) de la seva competència legislativa, tot impeding, de passada, la supletòrietat estatal per raó d'aquell voluntarisme. L'obligatorietat de la transposició no avalaria aquesta opció i caldria aplicar supletòriament el dret estatal.¹⁰²

La supletòrietat estatal en cas de manca de transposició voluntària d'una directiva per part del legislador català no planteja major problema si la matèria objecte del text europeu no està prevista en l'ordenament català. En canvi, si es tracta d'una matèria ja regulada però succeeix que aquesta regulació no s'adapta a la directiva sobrevinguda (o a les seves modificacions), aleshores obsta a aquella supletòrietat la manca del seu pressupòsit, que és l'absència de norma aplicable al cas. Certament, si la matèria es troba regulada en el dret català, aleshores no es produeix cap buit normatiu; el que succeeix, en canvi, és que la norma aplicable no és conforme al dret europeu.¹⁰³ El trànsit de la regla de la supletòrietat per al cas d'existència d'una llacuna al de norma aplicable però no conforme, no està justificat.

— A més, aquest últim escenari revelaria, si s'admetés l'aplicació del dret estatal com a supletori, una asimetria funcional entre ordenaments (autonòmic i estatal). La raó seria que, en aquesta hipòtesi, la manca de conformitat de la norma autonòmica determinaria la seva inaplicació i regiria, supletòriament, el dret estatal. Seria talment com admetre una mena d'eficàcia directa de la directiva, almenys en la seva vessant excloent de la norma no conforme,¹⁰⁴ que només regiria internament (és a dir, en el marc del dret nacional). I no només succeeix que el TJUE no arriba a atribuir aquest

101. Fins i tot perquè ja li està bé que regeixi el dret estatal com a supletori.

102. Parla d'«anomia ilegítima» Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La supletoriedad del derecho estatal», p. 265.

103. Vegeu Francesc Xavier PONS RÀFOLS, «El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del derecho de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47 (2014), p. 139, que descarta que la supletòrietat pugui regir preventivament (és a dir, abans d'esgotar-se el termini d'incorporació de la directiva) o en cas de «desarrollos legislativos y reglamentarios autonómicos inadecuados o incorrectos».

104. Vegeu, sobre aquesta dimensió de l'eficàcia directa, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «Otra virtualidad de las directivas»; es qualifica com a «efecto reaccional» a R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del derecho de los estados», p. 361.

tipus d'eficàcia a les directives, sinó que, i per això mateix, aquesta inaplicació mai no afectarà una norma estatal per molt que no sigui possible obtenir-ne una interpretació conforme al dret europeu. Per tant, si no hi ha efecte excloent en general, no hi ha raó perquè, en canvi, n'hi hagi si la norma no conforme és autonòmica.

Ambdues observacions afavoreixen l'aplicació de la norma catalana no conforme, en comptes de desplaçar-la i resoldre atenent el dret estatal supletori. Que la manca de conformitat al dret europeu no en determini la inaplicació es podria concebre, certament, com una incoherència del sistema,¹⁰⁵ però, en qualsevol cas, es tractaria de la mateixa incoherència que hom podria apreciar si, quan regís la supletorietat per existència d'una llacuna en el dret català, fos la norma estatal la no conforme. De fet, es tracta d'una incoherència que pateix l'estructura jurídica que fonamenta les relacions entre el dret europeu i els drets interns.¹⁰⁶

4.2. L'EFICÀCIA DIRECTA DE LES DIRECTIVES

La qüestió relativa a l'eficàcia directa només trasllueix un cop fracassat l'intent d'aplicar el dret intern conforme a l'europeu; si això ha estat possible, esdevé sobrer plantejar-la.¹⁰⁷ En el marc de la contractació amb consumidors, interessa només l'eficàcia directa que puguin assolir les directives en els conflictes entre particulars (eficàcia directa horitzontal). Ara per ara, el TJUE la nega, tant en la seva vessant excloent de la norma interna no conforme, com en la seva funció fonamentadora de pretensions (l'anomenada *eficàcia directa de substitució*).¹⁰⁸

Que l'efecte directe excloent de l'aplicació de la norma interna es reserva a les normes europees proveïdes institucionalment d'eficàcia directa ho declara, recentment i amb una contundència especial, el TJUE en sentències com les de 24 de juny

105. És probable que tampoc no sigui la millor solució per al consumidor, a qui eventualment pot afavorir més el dret estatal conforme que no pas, per exemple, el català que no presenti aquesta conformitat.

106. Incoherència que fa trontollar el mateix principi de primacia del dret europeu (vegeu, entre d'altres i la qual és especialment crítica, L. MILLÁN MORO, «TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) – Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12, Política social – Directiva 2002/14/CE – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – Artículo 27 – Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – Cálculo del número de trabajadores empleados – Normativa nacional contraria al derecho de la Unión – Función del juez nacional – Eficacia directa *versus* primacia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49 (setembre-desembre 2014), p. 14; parla de límits interns de dit principi M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primacia del derecho de la Unión Europea», p. 796).

107. En aquest sentit, vegeu la STJUE del cas Domínguez, ap. 23.

108. Quant a l'acumulació eventual de les dues pretensions (l'excloent i la substitutòria), vegeu C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «Otra virtualidad de las directivas», p. 2; M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primacia del derecho de la Unión Europea», p. 795.

de 2019 (C-573/17, cas Poplawski)¹⁰⁹ i 4 de març de 2020 (C-183/18, cas Centraal Justitiele Incassobureau).¹¹⁰ La impossibilitat d'invocar directament el text de la directiva a l'efecte de fonamentar pretensions adreçades al professional és present i acompanya, quasi a mode de pressupòsit, tota la jurisprudència del TJUE que insisteix en la necessitat d'interpretar el dret nacional conforme a l'europeu.^{111,112}

109. ECLI:EU:C:2019:530, ap. 52, 58, 61 i 62.

110. ECLI:EU:C:2020:153, ap. 61-63; vegeu també la STJUE de 7 d'agost de 2017 (C-122/17, cas Smith; EU:C:2018:631, ap. 49).

111. Vegeu, d'entre les primeres resolucions dictades en aquest sentit i encara avui referent en la matèria, la STJUE de 14 de juliol de 1994 (C-91/92, cas Paola Faccini Dori; ECLI:EU:C:1994:292). Després d'admetre l'eficàcia directa vertical (tal com s'havia establert en la STJUE de 26 de febrer de 1986 [C-152/84, cas Marshall; ECLI:EU:C:1986:84, ap. 24]), on el TJUE conclou que «[a]mpliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos». S'hi esmenta també, per al cas d'impossibilitat d'aplicar el dret intern conforme a l'europeu, la facultat d'exigir a l'estat la reparació del dany generat per aquella manca de conformitat, tal com ja s'havia declarat en la STJUE de 19 de novembre de 1991 (C-6/90 i C-9/90, cas Francovich; ECLI: EU: C:1991:428).

112. En el seu moment, la STJUE de 13 de novembre de 1990 (C-106/89, cas Marleasing; ECLI:EU:1990:395) va propiciar que es parlés d'eficàcia indirecta horitzontal, en un intent de palesar que el TJUE imposava a l'òrgan judicial intern l'obligació d'interpretar el dret intern a fi d'obtenir un resultat que seria el mateix que el que regiria si la directiva hagués estat incorporada, però, de fet, l'estat no l'havia transposat (amb aquella expressió, vegeu J. A. BARCIELA PÉREZ, «El efecto directo de las directivas en las relaciones entre particulares», *Noticias de la UE*, núm. 304 [maig 2010], p. 5). En el plet en el qual es va promoure la qüestió prejudicial, es pretenia la declaració de nul·litat d'una societat a l'empara de les normes contingudes en el Codi civil espanyol (CC) en matèria de causa (art. 1275 i 1276 CC). La directiva no incorporada proporcionava un llistat de causes, a mode de *numerus clausus*, entre les quals no constava la causa falsa o il·lícita. El TJUE va resoldre que «[e]l juez nacional está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz de la letra y finalidad con el fin de impedir de que se declare la nulidad de una sociedad anónima por causa distinta de las enumeradas». A parer nostre, el TJUE no va fer altra cosa que exigir una interpretació conforme al dret europeu però que, com a tal, quedava limitada pels topalls de la interpretació *contra legem*. Pertocava, per tant, a l'òrgan judicial intern valorar si això últim era possible o no (vegeu J. A. BARCIELA PÉREZ, «El efecto directo de las directivas», p. 7, qui, en canvi, considera que el TJUE es va excedir i que la interpretació del dret intern conforme a una directiva mai no hauria d'implacar-lo; en sentit semblant, C. CAPDEVILA MARTÍNEZ, «Otra virtualidad de las directivas», p. 120, nota 51, opina que el TJUE va forçar el jutge nacional a una interpretació no viable del dret intern).

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. «Les regions dins la nova Unió Europea. El llarg camí cap a una presència directa de les regions dins la Unió Europea». *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 29 (2003), p. 177-207.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. «Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17 (2016), p. 159-168.
- ALONSO GARCIA, Ricardo. «La interpretación del derecho de los estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28 (2008), p. 353-380.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «La noció de *consumidor* i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisè del Codi civil de Catalunya». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 9 (2008), p. 9-46.
- «La conformitat de la prestació al contracte: qüestions des del Codi de consum». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*. Girona: Documenta Universitaria, 2019, p. 87-118.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. «La transposición de directivas en el estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro». A: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2013, p. 491-564 (Institut d'Estudis Autònòmics; 85).
- «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos». A: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònòmics, 2013, p. 75-146 (Institut d'Estudis Autònòmics; 85).
- BARCIELA PÉREZ, J. A. «El efecto directo de las directivas en las relaciones entre particulares», *Noticias de la UE*, núm. 304 (maig 2010), p. 5.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar. «La interpretación del derecho nacional de conformidad con las directivas». *Revista Xiuiridica Gallega*, núm. 22 (1999), p. 13-31.
- CARMONA CONTRERAS, Ana M. «Tratado de Lisboa y organización territorial de los estados: ¿nada nuevo bajo el sol?». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23 (2009), p. 237-256.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel. «Comunidades autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente». *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 5/2007, p. 33-99.
- «Eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal de Justicia e inaplicabilidad de las normas y prácticas nacionales limitativas del procedimiento de cuestiones

- prejudiciales. A propósito de la sentencia Pulgenciana Facility Esco, de 5 de abril de 2016». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41 (2017), p. 98-127.
- E. COBREROS MENDAZONA, «Efectos de la sentencia prejudicial», *European Inklings* (dir.: R. Alonso García i J. I. Ugartemendia Eceizabarrena), núm. 4 (2014), *La cuestión prejudicial europea*, p. 140.
- DURBÁN MARTÍN, Ignacio. «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30 (2016), p. 257-288.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor. «La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña». *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3-2015, p. 743-762.
- GARCÍA RUBIO, M. Paz. «La mercantilización del derecho civil. A propósito del Proyecto de Código mercantil en materia de obligaciones y contratos». *Boletín del Ministerio de Justicia*, any 69, núm. 2178 (2015), p. 1-30.
- «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil». *Revista de Derecho Civil*, vol. vi, núm. 4, p. 1-43.
- GARCÍA RUBIO, M. Paz. «Presente y futuro del derecho civil español en clave de competencias normativas». *Revista de Derecho Civil*, vol. iv, núm. 3, p. 1-33.
- GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen. «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya en matèria d'obligacions i contractes». *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 4 de març de 2020 (<<http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2020/03/04/la-stc-132-2019-sobre-el-llibre-sisè-del-codi-civil-de-catalunya-en-materia-d-obligacions-i-contractes-ii-nota-sobre-la-sentencia-m-del-carmen-gete-alonso>>; última consulta: 29 maig 2020).
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. «La interpretación del principio de subsidiariedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19 (1999), p. 43-76.
- LÓPEZ BOFILL, Hèctor. «La transposición de directivas de la Unión Europea en el estado autonómico: una aproximación de derecho comparado». A: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*. Barcelona: Institut d'Estudis autonòmics, 2013, p. 185-230 (Institut d'Estudis Autonòmics; 85).
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. «Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64 (2019), p. 787-825.
- MARCO ABATO, Marcos. «Una reflexión sobre la primacía del derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción normativa». *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 29 (2017), p. 75-127.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «La Dir. 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, gener-març 2012, p. 8-21.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del TS contenida en la STS de 16 de enero de 2017». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20 (2016), p. 1-5.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. «Otra virtualidad de las directivas: efecto directo de exclusión». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006), p. 1-21.
- MILLÁN MORO, Lucía. «TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) – Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12, Política social – Directiva 2002/14/CE – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – Artículo 27 – Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – Cálculo del número de trabajadores empleados – Normativa nacional contraria al derecho de la Unión – Función del juez nacional – Eficacia directa *versus* primacía». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49 (setembre-deseembre 2014), p. 1029-1045.
- NASARRE AZNAR, Sergio; SIMON MORENO, Héctor. «Un paso más en la protección de deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/2017/UE y la reforma del Código de consumo en Cataluña por Ley 24/2014». *UNESCO Housing Chair, working paper* núm.1/2015 (<www.housing.urv.cat>; última consulta: 29 maig 2020).
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. «El Anteproyecto de Código de comercio en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos». *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (2014), p. 37-66.
- PALOMARES AMAT, Miquel. «Las relaciones entre la Generalitat de Catalunya y la Unión Europea en el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 113 (2007), p. 1-23.
- PONS RÀFOLS, Francesc Xavier. «El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del derecho de la UE». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47 (2014), p. 131-156.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 2018.
- SALAS, Javier. «Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales». *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (maig-agost 1989), p. 49-89.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. «La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del derecho europeo por las CCAA». *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 1 (2004), p. 241-268.
- TAJADURA TEJADA, Javier. «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78 (2006), p. 151-184.
- VERDÚN PÉREZ, Francisco. «La Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016, p. 75-111.

PARTICULARIDADES DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA LOS AYUNTAMIENTOS Y OTROS ENTES DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: UN ESTUDIO DESDE EL DOBLE PRISMA DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Enrique Peruga Pérez

Abogado

Departamento Procesal, Civil y Mercantil

DWF-RCD

Resumen

Este artículo estudia, desde una perspectiva transversal y bajo la doble óptica del derecho civil y del derecho administrativo, cuáles son las principales particularidades que pueden darse en aquellos casos en que los particulares ejerciten acciones relativas al dominio (esencialmente, las acciones reivindicatoria y declarativa de dominio y la acción de deslinde) contra los ayuntamientos y otros entes de la Administración local.

En suma, se pretende ofrecer al lector una serie de respuestas y soluciones prácticas —basadas en el análisis de la normativa, de la jurisprudencia y de la doctrina más actualizadas— que le permitan encauzar del mejor modo el estudio de la cuestión cuando la encuentre sobre la mesa de su despacho, de su juzgado o del ente en el que desempeñe sus labores como empleado público al servicio de la Administración local.

Palabras clave: acción reivindicatoria, acción declarativa, propiedad, acción de deslinde, ayuntamiento, Administración local, inventario municipal, bienes de las entidades locales, catastro, Ley hipotecaria, Registro de la Propiedad, potestades exorbitantes, competencia judicial objetiva.

PARTICULARITATS DE L'EXERCICI DE L'ACCIÓ REIVINDICATÒRIA
CONTRA ELS AJUNTAMENTS I ALTRES ENS DE L'ADMINISTRACIÓ
LOCAL: UN ESTUDI DES DEL DOBLE PRISMA DEL DRET CIVIL
I DEL DRET ADMINISTRATIU

Resum

Aquest article estudia, des d'una perspectiva transversal i de la doble òptica del dret civil i del dret administratiu, quines són les principals particularitats que poden donar-se en aquells casos en què els particulars exerceixen accions relatives al domini (essencialment, les accions reivindicatòria i declarativa de domini i l'acció de delimitació i fitació) contra els ajuntaments i altres ens de l'Administració local.

En resum, el que es pretén és oferir al lector una sèrie de respostes i solucions pràctiques —basades en l'anàlisi de la normativa, de la jurisprudència i de la doctrina més actualitzades— que li permetin endegar del millor mode possible l'estudi de la qüestió quan aquesta arribi a la taula del seu despatx, del seu jutjat o de l'ens on exerceixi la seva labor com a empleat públic al servei de l'Administració local.

Paraules clau: acció reivindicatòria, acció declarativa, propietat, acció de delimitació i fitació, ajuntament, Administració local, inventari municipal, béns de les entitats locals, cadastre, Llei hipotecària, Registre de la Propietat, potestats exorbitants, competència judicial objectiva.

SINGULARITIES IN THE PROCESS OF FILING CLAIMS AGAINST
THE COUNCIL AND OTHER LOCAL ADMINISTRATIONS:
A STUDY VIEWED FROM THE DOUBLE PERSPECTIVE
OF CIVIL AND ADMINISTRATIVE LAW

Abstract

This paper studies, from a transversal perspective and from the viewpoint of both Civil and Administrative Spanish Law, which are the main particularities that can arise in those cases in which private citizens exercise a property-related action (essentially the *actio rei vindicatio*, the action to obtain a declaration of property and the action to define boundaries) against Town Halls and other entities belonging to the Spanish Municipal Administration.

In summary, we want to offer the reader a variety of answers and practical solutions —based in the analysis of the written law, of the most modern jurisprudence and of the latest scientific doctrine— that allow him to jump-start the study of the question in the better way possible.

Keywords: *Actio rei vindicatio*, declarative action, property, action to define boundaries, town hall, municipal Administration, municipal inventory, real estate owned by the local Administration, Cadastre, Spanish Mortgage Law, Spanish Land and Property Registry, exorbitant administrative powers, jurisdiction and competence.

INTRODUCCIÓN

En algunas ocasiones las administraciones locales se exceden y, dolosamente o no, incurrn en inmisiones injustificadas sobre los bienes de titularidad privada radicados en el ámbito territorial de su competencia. En aquellos casos en que por el devenir de las circunstancias ya no sea posible emplear los remedios interdictales en materia de protección de la posesión, los particulares afectados se verán generalmente abocados a la interposición de una acción declarativa o de una acción reivindicatoria de dominio (o incluso de ambas al mismo tiempo).

Este artículo pretende constituir una guía práctica para abogados, jueces y, en general, cualesquiera otros operadores jurídicos que se enfrenten a un supuesto de estas características, bien sea desde la perspectiva del juzgador, la del particular perjudicado o la de la Administración local. Con ese objeto, intentaremos trazar una perspectiva general sobre los diferentes extremos y peculiaridades de la problemática, sin entrar —necesariamente— a efectuar un tratamiento detallado de todas y cada una de las cuestiones que aquí destacaremos.

Como es obvio, la presente problemática ha de analizarse desde la necesaria e inevitable imbricación del derecho civil y del derecho administrativo. En primer lugar, trataremos, pues, acerca del régimen jurídico de las acciones declarativa y reivindicatoria de dominio, de la acción de deslinde y de cuándo deben ser interpuestas.

También analizaremos, a partir del estudio de la jurisprudencia dictada por nuestros tribunales en casos en que los particulares han ejercitado acciones relacionadas con el dominio contra las corporaciones locales, cuáles son las principales estrategias empleadas por los ayuntamientos y los entes locales cuando hacen frente a una problemática relacionada con la defensa de sus bienes; y haremos especial referencia a la influencia, en estos supuestos, del inventario municipal de bienes, de los archivos del catastro inmobiliario y de los asientos del Registro de la Propiedad, y al juego de la institución de la usucapión.

En tercer lugar, desde un ángulo más cercano al derecho administrativo, intentaremos dibujar una imagen general acerca de cuáles son la naturaleza, el régimen jurídico y los efectos que en esta clase de pleitos pueden tener las potestades exorbitantes que la legislación concede a las administraciones locales en materia de defensa de sus bienes inmuebles; todo ello sin entrar, no obstante, en pormenores que a buen seguro ya han sido estudiados con mayor pericia por expertos en la antedicha rama del ordenamiento jurídico.

Por último y a modo de colofón, hablaremos sobre dos aspectos de carácter jurídico-procesal de gran relevancia en supuestos como los que nos ocupan: la competencia judicial objetiva y la necesidad (o no) de constituir un litisconsorcio pasivo contra todas aquellas personas públicas o privadas que puedan verse afectadas, en última instancia, por la resolución que dicten los tribunales del orden civil.

Así pues, como decíamos, este artículo conforma una especie de *índice* que reseña la mayoría de extremos que han de ser tenidos en cuenta cuando —sea desde la posición que sea— nos enfrentemos a una controversia de estas características. Por tanto, no pretende englobar la totalidad de problemáticas potenciales que podrían surgir, pero sí dar pistas al lector acerca de cuáles son los principales aspectos a estudiar: solo a través del estudio de las circunstancias inherentes al caso concreto y de algunas de las materias aquí tratadas (y, probablemente, de otras que no lo han sido), podremos finalmente aclarar si estamos ante bienes públicos —sean demaniales o patrimoniales— o si estamos ante bienes de titularidad privada respecto de los que la Administración ha querido arrogarse, injustificadamente, la condición de *dominus*.

PREVIO: DESGAJANDO BREVEMENTE LAS DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO, LA ACCIÓN REIVINDICATORIA DE DOMINIO Y LA ACCIÓN DE DESLINDE

Con carácter previo a entrar en el *quid* de la cuestión (y a efectos meramente expositivos), creemos conveniente proporcionar al lector un breve esbozo de las disparidades entre la acción declarativa de dominio, la acción reivindicatoria de dominio y la acción de deslinde. Determinados tratadistas han apuntado, en ocasiones, que no siempre es fácil deslindar —valga la redundancia— el ámbito objetivo de cada una de estas acciones.¹ Por tanto, sin entrar en explicaciones grandilocuentes y habida cuenta de que esta cuestión ya ha sido fecundamente tratada por la doctrina, nuestra intención se circunscribe ahora a apuntar brevemente qué finalidad tiene cada una de las acciones precitadas.

Así, en cuanto a la diferenciación o distinción entre la acción reivindicatoria y la acción declarativa de dominio, ha de remarcarse que mientras que la acción reivindicatoria persigue tanto que sea declarado el derecho de propiedad de quien la interpone como que al demandante le sea restituida la posesión sobre la cosa reivindicada y hasta ahora detentada por el demandado, el objeto último de la acción declarativa de dominio es, simplemente, obtener del juzgador el primero de los antedichos pronunciamientos.²

1. Véase José Javier HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 384 del Código civil», en M. Rosa VALPUESTO FERNÁNDEZ, Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Pedro de PABLOS CONTRERAS y Ana CAÑIZARES LASO (dir.), *Código civil comentado. Volumen I*, 2a ed., Madrid, Civitas, 2016.

2. Así lo pone de manifiesto el insigne profesor Albaladejo con expresa cita de la reiterada jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo: «Diferente de la reivindicatoria es la acción de mera declaración de la propiedad, que sólo persigue que este derecho sea constatado o reconocido. Como dice el TS [STS de 21 de febrero de 1941]: “La tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través

En lo relativo a los requisitos, ambas acciones solo se distinguen en que, mientras que el ejercicio de la acción declarativa de dominio solo requiere el cumplimiento de dos condiciones (la descripción de la cosa y la probanza del título de dominio), la acción reivindicatoria exige otra más: la demostración de que un tercero no propietario está detentando la posesión del bien sin título que lo ampare. Así lo ponen de manifiesto tanto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 19 de julio de 2012 (RJ/2012/10118)³ como la relativamente reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6a) de 15 de mayo de 2017.⁴

Por otro lado y en lo que respecta a la acción de deslinde, cabe señalar que el objetivo de la misma es individualizar y determinar los límites concretos de una finca o predio, lo que permitirá a las partes adquirir la certidumbre de donde comienza y donde termina su derecho dominical. La diferencia entre esta acción y la reivindicatoria radica, como señalan algunos autores, en que mientras que la acción reivindicatoria

de dos acciones muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la declaración de que el actor es propietario de la cosa acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga». Véase Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil III. Derecho de bienes*, 9a ed., Barcelona, Bosch, 2002, p. 331 y sig. Existen una miríada de pronunciamientos de la doctrina jurisprudencial que esbozan con precisión las diferencias entre una y otra acción. Véanse, entre muchas otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1a) de 14 de marzo de 2018 (SP/SENT/956936), de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1a) de 12 de julio de 2010 (SP/SENT/533544) y de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3a) de 31 de julio de 2008.

3. En concreto, la resolución del Alto Tribunal asienta: «La acción declarativa de dominio, como su propio nombre indica, va dirigida a obtener la mera declaración de existencia de la titularidad dominical, sin impetrar la condena a la restitución de la cosa. Su objeto, por tanto, se concreta en la verificación de la realidad del título, lo que la hace especialmente indicada en los supuestos de perturbación sin despojo de la posesión, o de inquietación de la misma, así como en aquellos casos en los que se persigue integrar títulos incompletos o defectuosos de dominio; sobre todo en orden a su acceso al Registro de la Propiedad. De esta forma, la acción declarativa de dominio se proyecta como una acción de defensa y protección del derecho real, cuyo ejercicio queda amparado en el contenido y reconocimiento que del mismo se dispone en el artículo 348 del Código civil respecto del derecho de propiedad, como derecho paradigmático en el campo de los derechos reales.

»Con lo que se exige para su aplicación los mismos requisitos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria salvo, como resulta lógico, el requisito de la posesión contraria del demandado, que por definición no se contempla en esta acción, de suerte que [tan sólo] debe demostrarse el dominio de la cosa y su identificación; por todas, la STS de 2 de noviembre de 2006».

4. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial pontevedresa aquilata: «[...] para que prospere la acción reivindicatoria es preciso que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identidad de la misma y su detentación o posesión por los demandados (sentencias de 10 de junio de 1969, 28 de noviembre de 1970, 28 de enero de 1977, 16 de mayo de 1979 y 10 de octubre de 1980), exigiéndose iguales requisitos, salvo el de la posesión por otro, para la acción declarativa (sentencias de 24 marzo 1983 (RJ 1986, 1613) y 17 enero 1984)».

otorga una protección más general al propietario y le permite defenderse frente a la indebida detentación por parte del poseedor no propietario, en la acción de deslinde prevalece la finalidad meramente individualizadora del predio, pues se persigue «la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto (mera cuestión de colindancia)».⁵

1. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. REQUISITOS Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

En el caso de que consideremos necesario interponer una acción reivindicatoria relativa a un bien mueble o inmueble situado en el territorio de la comunidad autónoma de Cataluña, y en virtud de los principios de territorialidad y preferencia consagrados en los artículos 111-3 y 111-5 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat), deberemos de estar a lo establecido en los artículos 544-1 a 544-3 CCCat, reguladores de la *actio rei vindicatio* en el seno del derecho civil catalán.

En concreto, el artículo 544-1 CCCat establece que «la acción reivindicatoria permite a los propietarios no poseedores obtener la restitución del bien ante los poseedores no propietarios, sin perjuicio de la protección posesoria que las leyes reconocen a los poseedores», el artículo 544-2 CCCat indica —lógicamente— que «la acción reivindicatoria comporta la restitución del bien, salvo en los casos en que las leyes determinan la irrevindicabilidad», y el artículo 544-3 del mismo cuerpo legal remacha que «la acción reivindicatoria no prescribe, sin perjuicio de lo que esta ley establece en materia de usucapión».

Lo relevante a estos efectos es determinar cuáles son los requisitos para que la acción reivindicatoria prospere y llegue a buen puerto. En este sentido, no hay ninguna diferencia radical entre el régimen de derecho civil común y el de derecho civil catalán, pues los requisitos son exactamente los mismos en ambos casos:

a) En primer lugar, la precisa y detallada identificación de la cosa reivindicada. En caso de que se trate de una finca, hay que afinar en la mayor medida posible la descripción de sus dimensiones, contenido, límites y lindes, y demostrar además que el predio reivindicado es el mismo al que se refieren tanto los documentos como el resto de medios de prueba traídos a colación durante la *litis*.⁶ Habida cuenta de que no

5. Cfr. Antonio DÍAZ FUENTES, *El deslinde. Civil y administrativo*, 1a ed., Barcelona, Bosch, 2009, p. 108.

6. Sobre la necesidad de identificar la finca con el mayor nivel de especificación posible, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 12 de julio de 2006: «[E]s preciso que se determine la finca por los cuatro puntos cardinales, que deben venir determinados exactamente y con toda precisión debiendo fijarse con precisión, situación, cabida y linderos de la finca, demostrando que el predio reclamado es al que se refieren los títulos, lo que exige un juicio comparativo entre la finca real y la titular». Con semejante

siempre es fácil acreditar puntualmente todos estos extremos, será necesario valorar cuidadosamente la posibilidad de aportar a los autos un informe pericial al respecto.

b) Cumplida demostración de la ostentación de un título de dominio por parte del demandante.

c) Detentación actual e indebida de la posesión sobre la cosa por parte del demandado.

Estos requisitos han sido perfilados por la jurisprudencia de los tribunales catalanes. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14) 29/2014, de 28 de enero (JUR 2014/58123), que a su vez se hace eco de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo⁷ en relación con el artículo 348 del Código civil (CC) común:

El Tribunal Supremo ha definido la acción reivindicatoria como aquella que puede ejercer el propietario que no posee contra el poseedor que no puede invocar, hacia aquél propietario, un título jurídico que justifique su posesión (STS de 25 de junio de 1998). De manera similar lo recoge el Código Civil Catalán (legislación aplicable), que en su artículo 544.1 establece que «la acción reivindicatoria permite a los propietarios no poseedores obtener la restitución del bien ante los poseedores no propietarios».

tenor y con algo más de precisión se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2a) núm. 35/2004, de 28 de enero (JUR/2004/81001): «[...] la cosa cuya declaración se pretende debe estar perfectamente identificada, en forma tal que no se susciten dudas sobre cual sea ella (STS 20.3.79, 6.10.82, 31.10.83, 3.7.87, 3.11.,88, 3.11.89), no siendo bastante con que se describa en el título presentado con la demanda, sino que coincida o se determine en su contorno geográfico objetivo, lo que supone que se fije con precisión “la situación, cabida y linderos de la finca” (STS 2.5.63, 6.10.64, 11.12.73, 14.5.74) con lo que se conseguiría demostrar que el predio reclamado es el mismo al que se refiere el título presentado, pero esa identificación no sólo consiste en esa fijación precisa de cabida, límites y linderos, sino que también ha de demostrarse que el predio es el mismo a que se refieren tanto los documentos como los medios de prueba desarrollados en la litis para acreditar su identificación [...] y sin que la mayor o menor cabida del inmueble sea obstáculo a su identidad (STS 4.5.2.8, 1.3.54), pues la medida superficial es un dato secundario de identificación, pues si son conocidos la naturaleza y situación del inmueble, bastan los linderos (STS 9.11.49)».

También resultan ilustrativas las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8a, sede de Jerez de la Frontera) de 27 de septiembre de 2016 (SP/SENT/879144) y de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8a) de 31 de mayo de 2016 (SP/SENT/926799), que desestiman las acciones reivindicatorias formuladas por las demandantes al considerar que no fueron perfectamente identificadas las zonas de terreno objeto de reclamación; así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3a, sede de Mérida) de 8 de noviembre de 2016 (SP/SENT/888927), que —por el contrario— considera que la prueba pericial aportada por los actores es suficientemente cumplida para identificar de forma precisa el terreno reivindicado, su cabida y sus linderos.

7. Véanse, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) núm. 26/2003, de 24 de enero (RJ 2003/611), y, entre la jurisprudencia menor, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de septiembre de 1993 (AC/1993/1775).

Tres son los presupuestos que se exigen:

1. La acreditación del título de dominio de la finca que se reclama;
2. La identificación exacta de esta finca; y
3. Posesión por parte del demandado.

A estos presupuestos se ha referido de forma constante el Tribunal Supremo (SSTS de 30 de octubre de 1997, 23 de octubre de 1998 y las de 5 de febrero y 28 de septiembre de 1999, que recogen la doctrina mantenida en otras anteriores).

Con idéntico tenor se pronuncia la algo más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3) de 10 de mayo de 2016 (SP/SENT/934828):

Debemos señalar que la acción reivindicatoria, prevista en el artículo 544.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, permite a los propietarios no poseedores obtener la restitución del bien ante los poseedores no propietarios, sin perjuicio de la protección posesoria que las leyes reconocen a los poseedores, caracterizándose, en consecuencia, porque el propietario ejerce el *ius possidendi*, solicitando respecto de un tercero el reconocimiento de su propiedad, y por tanto, la restitución de la cosa al reivindicante; es decir, se ejerce por el propietario no poseedor contra el poseedor que no puede acreditar ningún título que legitime su posesión, requiriendo:

1. La existencia de un título de dominio;
2. La identificación de la cosa; y
3. La posesión por parte del demandado, quien no puede acreditar un título que justifique su posesión frente a la del actor.

Cabe señalar que la misma tesis es apuntada por Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila, previa cita de abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.⁸ En suma, a la vista de la doctrina y de las resoluciones citadas, cabe concluir que el régimen legal de la acción reivindicatoria prevista en el artículo 544-1 CCCat no difiere en ningún aspecto destacable del de la acción regulada en el artículo 348 CC, dado que los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial emanada de los tribunales radicados en Cataluña para que la acción prospere, son idénticos a los exigidos por el Tribunal Supremo.

8. «Es jurisprudencia consolidada (SSTSJC 30.6.2006, 21.9.2006, 12.7.2006 y 15.12.2005, entre otras muchas) que la estimación de la reivindicación exige “la concurrencia de tres requisitos: un título legítimo de dominio en el reclamante, la identificación plena de la cosa que se pretende reivindicar, y la detentación injusta de quien posee la cosa y a quien en definitiva se reclama”». Cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 5a ed., Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 145.

Por último, no debe olvidarse que, en virtud de lo establecido por el artículo 38.II de la Ley hipotecaria (en adelante, LH), en aquellos casos en que el demandado contra el que se interponga la acción reivindicatoria conste además como titular registral de la finca reivindicada según las *tabulas* del Registro de la Propiedad, en la súplica de la demanda deberá solicitarse también la nulidad o cancelación de la inscripción registral en la que se le declara titular del inmueble de que se trate, so pena de que si la parte actora no enarbola al tiempo ambas peticiones —la de estimación de la acción reivindicatoria y la de declaración de nulidad o cancelación del asiento registral correspondiente—, corre el riesgo de que la parte adversa pueda alegar que ha incurrido en un defecto legal en el modo de proponer la demanda.

No obstante, es cierto que en los últimos tiempos la jurisprudencia ha flexibilizado este requisito al hilvanar una nueva interpretación del artículo 38.II LH basada en criterios hermenéuticos teleológicos y sociológicos, pues entiende que la petición de estimación de la acción reivindicatoria interpuesta contra un titular registral ya lleva implícita la solicitud de nulidad o cancelación del asiento registral en el que este aparece como propietario de la finca reivindicada.⁹

9. Por todas, véase la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 656/97, de 16 de julio (núm. de recurso 2336/1993), en la que el Alto Tribunal efectúa un sucinto repaso de toda la evolución jurisprudencial sobre la materia y concluye que el ejercicio de la acción reivindicatoria entablada en relación con un bien que consta inscrito a nombre del demandado en el Registro de la Propiedad lleva implícita la petición de nulidad o cancelación del asiento registral correspondiente: «Así, sentencias de 23 de enero de 1989, 26 de enero de 1989, 24 de abril de 1989, 3 de junio de 1989, 18 de octubre de 1991, 1 de diciembre de 1995; esta última es elocuente, dice en su fundamento 6º; la más reciente y ya consolidada doctrina de esta Sala, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que exigía el ejercicio previo o, al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical».

2. *EXCURSUS*: DE LA PREVIA PRECAUCIÓN DE PONDERAR SI ES NECESARIO INTERPONER UNA ACCIÓN DE DESLINDE (ARTÍCULOS 554-9 CCCAT Y 384 CC) CON ANTERIORIDAD AL EJERCICIO DE LA *ACTIO REI VINDICATIO*

2.1. EL PELIGRO DE QUE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SEA DESESTIMADA POR NO HABER QUEDADO PERFECTAMENTE IDENTIFICADA LA FINCA

Empero, antes de aproximarnos a las peculiaridades propias del ejercicio de la acción reivindicatoria contra los entes locales y al estudio de los resortes fácticos y administrativos que estos suelen activar para afianzar un *fumus* de demanialidad sobre los bienes controvertidos, deberemos evaluar con cautela si —una vez analizadas las circunstancias concretas del supuesto ante el que nos encontramos— conviene plantearse la posibilidad de acumular a la acción reivindicatoria una acción de deslinde, o incluso ejercitar primero esta y dejar aquella para más adelante.

Tal cuestión no es en absoluto baladí, pues hemos de ser plenamente conscientes de que, en algunos casos, los límites y lindes de la finca reivindicada serán confusos, difusos o controvertidos. En dichas ocasiones, antes de proceder al ejercicio de la acción reivindicatoria será necesario aclarar, a través de los medios oportunos, cuáles son los límites verídicos del predio reivindicado, so pena de que la demanda sea desestimada por no quedar suficientemente cumplido y acreditado el requisito de la perfecta identificación de la cosa reivindicada.

Ítem más: no solo es posible —como ya hemos señalado— que el juzgado desestime nuestra pretensión de reivindicación por no haber quedado suficientemente identificada la cosa reivindicada mediante el ejercicio de la pertinente. Así, del particular juego entre la acción de deslinde y la acción reivindicatoria nace otro peligro potencial para los intereses del actor, derivado de los efectos de la cosa juzgada material (art. 222 LEC).

En concreto, del análisis de la jurisprudencia sobre la materia se dilucida que, en una multiplicidad de casos, nuestros tribunales han apreciado la concurrencia del instituto de la cosa juzgada cuando el actor, al calibrar erróneamente sus pretensiones, ejercita primero la acción reivindicatoria (que resulta desestimada por falta de la necesaria identificación de la cosa) y luego, al traspies, interpone la acción de deslinde que debió haber formulado en primer lugar.

Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 50/2015, de 17 de noviembre. En dicha resolución, la Audiencia turolense determinó que la acción de deslinde interpuesta por la demandante debía decaer, puesto que mediante la misma no se pretendía sino volver a ejercitar una acción reivindicatoria que ya había sido desestimada con anterioridad:¹⁰

10. En sentido contrario, véase, curiosamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel (Sec-

Por ello, pretender como se pretende en el presente procedimiento, que se proceda a delimitar la propiedad de la actora, para acto seguido declarar que la demandada con su construcción ha invadido esta propiedad, equivale a ejercitar una acción reivindicatoria que se agotó con su ejercicio en el juicio de menor cuantía 141/2010, por lo que volver a juzgar en este procedimiento sobre aquella pretensión implicaría una patente vulneración del principio de cosa juzgada, denunciada por la demandada en su escrito de oposición al recurso, y que debe ser apreciada por la Sala incluso de oficio (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1993, 18 de noviembre de 1997 y 23 de julio de 2001, entre otras).

Sobre el mismo peligro nos advierte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2a) núm. 226/2007, de 6 de junio. En su fundamento jurídico tercero, la Audiencia dictamina que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estimando con habitualidad la excepción de cosa juzgada en aquellos supuestos en que en un primer litigio se ejercita una acción reivindicatoria y, ulteriormente, en un segundo pleito y con idéntica finalidad, la actora formula una acción de deslinde (tratando así de corregir el error en el que incurrió en el primer procedimiento al no identificar y detallar los límites de la cosa reivindicada), es posible apreciar la triple identidad —subjética, objetiva y de causa de pedir— entre ambos procedimientos, debiendo quedar la acción desestimada por efecto de la cosa juzgada material.¹¹

ción Única) núm. 142/2002, de 31 de julio (AC 2002/1477), que, a raíz de un supuesto algo distinto al aquí tratado en el que la parte demandada había ejercitado con anterioridad una acción reivindicatoria y luego se ejercitó contra ella una acción de deslinde, aprecia que la acción reivindicatoria y la acción de deslinde «no sólo no son una misma —STSS de 9 de mayo de 1988 y 27 de enero de 1995, según las cuales son de naturaleza radicalmente distinta— y, por ende, incompatibles, sino que la una, la de deslinde, es, por lo general, presupuesto obligado de la segunda, la reivindicatoria, *bien se ejerciten ambas en un mismo proceso, bien en juicios sucesivos, bien como ocurre, en el presente caso, una se actúe por el señor V.V y la reivindicatoria ahora por la Diócesis de Teruel-Albarracín*, sobre la base del resultado de aquél deslinde; por lo que, como ya resolvieron las SSTs de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 1461) y 14 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9302), *no puede operar la cosa juzgada cuando no existe identidad en la acción que se ejercita en los dos procedimientos*».

11. Más específicamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial burgalesa establece, en este sentido, que «[l]o cierto es que cuando lo que se ejercitan son acciones reales, oponibles *erga omnes*, la causa de pedir viene integrada por la relación jurídico real alegada en fundamento de la petición de tutela, por lo que si concurre identidad en el título esgrimido en ambos procedimientos, no queda impedida su estimación por el hecho de que puedan haberse ejercitado acciones distintas (STS 31 de marzo de 1992 y 11 de octubre de 1993).

»La jurisprudencia ha declarado que concurre identidad de causa o fundamento de pedir por ejemplo entre una primera acción reivindicatoria y otra segunda de deslinde “pues en estos casos el ejercicio de una acción de deslinde, que no lleve implícita la reivindicación de lo comprendido en el perímetro deslindado carece de sentido, como también carece de eficacia y prosperabilidad la acción reivindicatoria en la que no se intente y consiga el deslinde [...]” (Sentencia de 30 de junio de 1976).

»El TS ha estimado la excepción de cosa juzgada en supuestos en los que en un primer litigio se ejercitó una pretensión reivindicatoria y en un segundo, con idéntica finalidad, se enlaza la misma con un previo deslinde, tratando de identificar lo que no fue logrado en el precedente (STS de 25 de febrero de 1984)».

En particular, los términos en los que la Audiencia Provincial de Burgos rechaza la pretensión de la actora son ciertamente fulminantes, máxime si se tiene en cuenta que —como expresa textualmente la resolución citada— la parte actora fundamentó la procedencia del deslinde en el mismo informe pericial que utilizó en el procedimiento anterior para apuntalar su acción reivindicatoria, lo que permitió al tribunal vislumbrar la identidad de *causa petendi* entre ambos procesos y abocó al fracaso a la demanda formulada.

No obstante, como decíamos, no siempre es obligado ejercitar la acción de deslinde con anterioridad o acumularla junto con la acción reivindicatoria, sino que en algunos casos, cuando de la coyuntura concreta del caso que nos ocupe se desprenda que el objeto de la *rei vindicatio* está certeramente deslindado y descrito, tal línea de actuación no será necesaria. Dicha circunstancia puede concurrir —a título meramente ejemplificativo y no exhaustivo— cuando así lo constate de forma empírica un informe pericial cumplido y bien fundamentado,¹² cuando ello se infiera de la documentación aportada a los autos,¹³ cuando se desprenda de la descripción contenida en el propio título de propiedad ostentado por el demandante¹⁴ o, simplemente, cuando así resulte de las propias circunstancias y características objetivas de la cosa reivindicada

12. *Ad exemplum*, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1a) de 16 de septiembre de 2016 (SP/SENT/874315), que da cuenta de un caso en el que un informe pericial es vital para averiguar cuál ha de ser la posición exacta en la que han de colocarse los mojones que indican la linde que divide dos fincas después de que el límite entre las mismas deviniese controvertido como consecuencia residual de un proceso de concentración parcelaria. También puede citarse, por ejemplo, la muy ilustrativa Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18a) núm. 243/2017, de 6 de julio (recurso de apelación 334/2017), sobre la que tendremos ocasión de profundizar *ut infra* y sobre cuyo fallo influyó de forma absolutamente capital el —según la propia Audiencia— muy extenso y fundado informe pericial que los actores acompañaron a la demanda de acción reivindicatoria interpuesta contra el Ayuntamiento de Boadilla del Monte.

13. Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3a) de 3 de noviembre de 2016 (SP/SENT/892430), en la que los magistrados rechazaron el motivo de recurso formulado por la demandada vencida en primera instancia y determinaron que no era necesario que la acción reivindicatoria interpuesta por la actora fuera precedida de una acción de deslinde, dado que de la valoración conjunta de la prueba cabía concluir que los planos obrantes en autos identificaban con absoluta precisión los límites de la cosa reivindicada.

14. *Verbi gratia*, resulta de interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5a) de 24 de marzo de 2017 (SP/SENT/902874), en la que la identificación de la finca queda sobradamente probada a través de la aportación de los títulos de dominio y de algunos documentos registrales y catastrales. También juega un papel basilar, como es habitual en materia de acciones reivindicatorias y de deslinde, el informe topográfico realizado por un perito especializado.

(por ejemplo, porque ya exista un muro medianero entre dos fincas,¹⁵ porque lo reclamado sea una finca perfectamente delimitada en el plano físico-material,¹⁶ etcétera).

2.2. REQUISITOS Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE DESLINDE

Una vez hayamos valorado si resulta procedente o no interponer la correspondiente acción de deslinde, hemos de procurar esgrimirla con precisión para asegurarnos de que prospera. En el caso del derecho civil castellano, está regulada en los artículos 384-387 CC, mientras que en el derecho civil catalán la acción de deslinde queda recogida en los artículos 544-9 a 544-12 CCCat.

Como es lógico, son dos los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de deslinde: que concurra una situación de desconocimiento o confusión acerca del dimensionamiento de los linderos entre dos o más predios (de tal modo que no exista acuerdo sobre la línea perimetral de cada uno de ellos) y que el actor demuestre que ostenta la titularidad de uno de ellos. Así lo viene aseverando reiteradamente la jurisprudencia del Alto Tribunal, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) núm. 132/2015, de 9 de marzo (RJ 2015/979):¹⁷

La facultad de deslinde está reconocida en el artículo 384 [CC], que consiste en la operación de marcar los límites entre dos o varias fincas: la acción de deslinde requiere que haya confusión de límites de forma que no se tenga conocimiento exacto de los mismos, y no es viable si las fincas están perfectamente identificadas y delimitadas. El Código Civil proporciona al juez unos criterios para decidir los conflictos de límites, en grado de subsidiariedad: en primer lugar, según los títulos, en su defecto, por la posesión (art. 385), o cualquier medio de prueba, y en último lugar, por distribución proporcional (artículos 386 y 387).

15. Esta circunstancia concurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 6a, sede de Santiago de Compostela) de 22 de junio de 2016, en la que la finca objeto de la *litis* estaba «perfectamente delimitada» por todos sus vientos mediante unos muros de perpiños y un talud.

16. Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3a) de 30 de enero de 2017, en la que los magistrados determinan que los locales objeto de la acción reivindicatoria quedan perfectamente identificados en el Registro de la Propiedad a través de los títulos adquisitivos del dominio, sin que exista indeterminación alguna de su situación, cabida y linderos, habida cuenta de que los inmuebles están materialmente separados, mediante paredes y tabiques, del resto de locales que colindan con estos.

17. Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3698), 16 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7634), 3 de mayo de 2004 (RJ 2004/2152), 2 de junio de 2003 (RJ 2003/4310) y 18 de abril de 1984 (RJ 1984/1953).

Sobre la misma noción incide Hualde Sánchez cuando comenta el artículo 384 CC, especificando que el requisito objetivo y reconocible que identifica el ámbito propio de la acción de deslinde y la separa de la acción reivindicatoria es, precisamente, la existencia de confusión de linderos entre las fincas, «de suerte que no se pueda tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad, con la consiguiente incertidumbre respecto de la aparente extensión superficial de cada una de ellas».¹⁸

En la órbita del derecho civil catalán y de manera análoga a lo ya expuesto en relación con la acción reivindicatoria, los tribunales catalanes recurren a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a la hora de establecer los requisitos de necesario cumplimiento para que la acción de deslinde llegue a buen puerto. Por ejemplo, es demostrativa de esta tendencia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala Civil y Penal) núm. 49/2015, de 29 de julio (RJ 2015/4058), que, aunque solo trata la acción de deslinde de manera tangencial, especifica:¹⁹

En efecto, como advierte la doctrina del TS, «desde el punto de vista del derecho civil, el deslinde y el amojonamiento se puede estudiar como una de las facultades del dominio —la de exclusión— [...] requiriendo en este último caso (acción de deslinde) «que haya confusión de límites de forma que no se tenga conocimiento exacto de los mismos, [de manera que] no es viable si las fincas están perfectamente identificadas y delimitadas... [porque] es una acción que presenta caracteres propios, aun cuando pueda ir o no unida a una reivindicatoria, y presupone confusión de límites o linderos de las fincas, no procediendo cuando los linderos están claramente identificados».

Empero, como decíamos, el demandante no solo deberá acreditar la existencia de una situación de confusión de linderos, sino que se verá obligado —como ocurre con todas las acciones de defensa del dominio— a demostrar que es el propietario de la finca que pretende deslindar, cuestión fáctica que ordinariamente deberá ser apreciada por los juzgados de primera instancia.²⁰

18. Cfr. José Javier HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 384 del Código civil», p. 2 y 3.

19. Con idéntico tenor, véase Pedro del POZO CARRASCOA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 150 y 151.

20. A nivel jurídico-procesal, no podemos olvidar que la corriente jurisprudencial mayoritaria aquilata que la valoración de la prueba es una tarea que compete esencialmente a los tribunales de primera instancia, pues al ser estos los primeros que entran en contacto con la cuestión controvertida y al practicarse ante estos las pruebas de cariz no documental, como el interrogatorio de partes (art. 301 y sig. LEC), el de testigos (art. 360 y sig. LEC) y la comparecencia de los peritos en la sala (art. 347 LEC), se benefician de la ventaja de la inmediación en el acceso y el estudio de las fuentes de prueba. Consecuentemente, los tribunales de apelación y casación solo podrán entrar a revisar la valoración de la prueba efectuada por el

Respecto a la legitimación activa, corresponderá inevitablemente al propietario de la finca que ha de ser deslindada (y también a los titulares de derechos reales limitados que graven la misma y que impliquen potestades o facultades posesorias —art. 384.II CC y 544-9.2 CCCat—), mientras que la legitimación pasiva recaerá sobre el titular o los titulares de la finca colindante. En relación con este extremo y a través de una redacción ciertamente similar, los artículos 384 CC y 544-10a CCCat exigen que se cite «a los dueños de los predios colindantes» y «a los propietarios de las fincas confrontantes», respectivamente. De la simple lectura del texto de ambos preceptos podría inferirse —erróneamente— que la correcta interposición de la acción de deslinde requiere conformar un litisconsorcio pasivo necesario contra todos los propietarios de las fincas colindantes, aunque solo exista confusión o desconocimiento en relación con un linde concreto y específico.

No obstante, nada más lejos de la realidad. Como dicta la lógica más elemental y en atención al principio de economía procesal, la doctrina emanada de nuestros tribunales viene apuntalando, de forma continuada, que la legitimación pasiva tan solo reposa sobre los hombros de aquellos propietarios del predio o predios que confronten con el del actor y cuyos linderos sean confusos.²¹ Consecuentemente, por ejemplo, si solo existe incertidumbre respecto de las fincas que lindan al norte y al este del inmueble de que se trate, no se incurrirá en falta de litisconsorcio pasivo (art. 12 y 416.1.3 LEC) si no se demanda a los propietarios de los predios situados en los lindes oeste y sur de la finca.

Cabe destacar, además, que tanto la Ley hipotecaria como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (en adelante, LJV), prevén mecanismos autónomos de deslinde, para cuya efectividad —eso sí— se requiere que los titulares afectados lleguen a un acuerdo amistoso.

En concreto, el procedimiento previsto en el artículo 200 LH es el indicado para el deslinde de fincas ya inmatriculadas en el Registro de la Propiedad, mientras que el regulado en los artículos 104-107 LJV solo resultará aplicable a fincas no inscritas en las *tabulas* registrales, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 104 LJV.

juzgador *a quo* que no haya respetado las reglas de la sana crítica o haya incurrido en errores valorativos causados por la incoherencia, la arbitrariedad o la concatenación de razonamientos ilógicos e infundados. Véanse, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11a) núm. 467/2016, de 14 de noviembre (AC 2016/1804), y el Auto del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 24 de enero de 2018 (JUR 2018/31696, núm. de recurso 2631/2015).

21. Es el caso, por ejemplo, de la precitada Sentencia núm. 49/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que, mediante la cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especifica que la acción de deslinde interesa únicamente «a los propietarios de fincas que están en linde incierta o discutida y no a los demás». Véase también María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, «La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30-II (2014), p. 42, que cita las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7844), 16 de octubre de 1990 (1990/7872) y 27 de enero de 1995 (RJ 1995/174).

Ambos mecanismos guardan semejanzas sustanciales y se diferencian esencialmente en que el primero se tramitará ante notario y luego deberá ser favorablemente calificado por el registrador, mientras que el segundo se tramitará íntegramente ante el letrado de la Administración de justicia del juzgado de primera instancia correspondiente al lugar donde esté situada la finca afectada o la mayor parte de ella (art. 105.1 LJV).

En cualquier caso, es necesario apuntalar que: *a)* según el párrafo segundo del artículo 104 LJV, el expediente de deslinde de fincas no inscritas no resulta de aplicación a inmuebles cuya titularidad corresponde a las administraciones públicas, cuyo deslinde deberá realizarse de conformidad con la legislación específica que rijan a los bienes de su clase;²² *b)* como es lógico, el inicio de uno de estos dos procedimientos de naturaleza paccionada no empecerá la posibilidad de incoar una ulterior acción judicial de deslinde en caso de que los involucrados no lleguen a un acuerdo,²³ y *c)* según vienen asentando la doctrina y la jurisprudencia, no es necesario intentar el deslinde previo a través de alguno de estos procedimientos como requisito para poder formular la acción de deslinde ante los tribunales civiles competentes.²⁴

Por último y como veremos *ut infra* cuando hablemos sobre las potestades administrativas de los ayuntamientos y otros entes locales en materia de defensa de sus bienes, advertimos de que hay que estar particularmente atentos a si el consistorio o la administración ha incoado o no un procedimiento administrativo de deslinde, puesto que el inicio de un expediente de tal naturaleza impedirá —durante todo el curso de su prosecución— que el particular afectado pueda ejercitar una acción de deslinde ante la jurisdicción ordinaria ni interponer interdictos sobre el estado posesorio de las fincas sobre las que recaiga el deslinde (art. 66 del Reglamento de bienes de las entidades locales), con las consecuencias negativas o positivas, dependiendo de nuestra posición en la *litis*, que ello pueda tener en un futuro procedimiento judicial.

22. Véanse, con carácter general, los art. 50-54 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas; y, con carácter específico o sectorial, los art. 95 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas; 21 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, y 56-69 del Reglamento de bienes de las entidades locales.

23. En relación con el expediente de deslinde de la LH, el párrafo tercero del artículo 198 de la Ley hipotecaria establece textualmente: «La desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél». Por otro lado, del propio carácter optativo o potestativo de los procedimientos de la LJV (art. 1.2 LJV) se infiere que el inicio de uno de ellos no impedirá que, una vez se haya constatado que las partes no están dispuestas a resolver la controversia que las enfrenta de mutuo acuerdo, el interesado interponga las acciones judiciales pertinentes.

24. Cfr. José Javier HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 384 del Código civil», p. 5.

3. ESTRATEGIAS COMÚNMENTE EMPLEADAS POR LOS AYUNTAMIENTOS Y ENTES LOCALES PARA FUNDAMENTAR SU DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES CONTROVERTIDOS

3.1. LA INSCRIPCIÓN DE LA COSA CONTROVERTIDA EN EL INVENTARIO MUNICIPAL DE BIENES. NATURALEZA Y EFECTOS

El artículo 32 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (en adelante, LPAAPP), y el artículo 17 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales (en adelante, RBEL), imponen a las entidades locales la obligación de inventariar todos los bienes y derechos que conforman su patrimonio, cualesquiera que sean la naturaleza y la forma de adquisición de los mismos y realizando todas las menciones que sean precisas para facilitar su identificación, para reflejar sus características particulares y su situación jurídica y para hacer constar el destino o uso al que actualmente están siendo dedicados.

En el caso específico de las entidades locales, el RBEL establece que el inventario deberá ser autorizado por el secretario de la corporación mediando el visto bueno del alcalde-presidente (art. 32.1 RBEL) y ulteriormente será elevado ante el pleno del consistorio, que es el órgano competente para acordar su aprobación y validar las rectificaciones y comprobaciones que en él se hagan (art. 34.1 RBEL).

En todo caso, ese inventario de bienes deberá ser objeto de comprobación y revisión cada año y también cada vez que el pleno de la corporación sea objeto de renovación a través de la celebración de las correspondientes elecciones municipales (art. 33 RBEL). El Ayuntamiento queda obligado también a remitir una copia del inventario a la Administración General del Estado y a la Administración autonómica (art. 32 RBEL) cada vez que este sea rectificado o modificado.

Más allá de los pormenores de carácter meramente organizativo o administrativo, el *quid* de la cuestión reside aquí en determinar si la inclusión de un determinado bien mueble o inmueble en el inventario municipal de bienes tiene efectos jurídicos de relevancia (es decir, si tal inclusión prueba, crea o modifica algún derecho real sobre los bienes referenciados) o si, por el contrario, la inclusión de ese bien en el inventario tan solo resulta relevante en tanto permite al ayuntamiento mantener un seguimiento aproximado de aquellos bienes y derechos respecto de los que se arroga la titularidad dominical.

Pues bien, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia más prolija coinciden en señalar —de manera absolutamente reiterada y contundente— que nos hallamos ante el último de esos dos supuestos: el inventario municipal de bienes no prueba, ni constituye, ni modifica derecho alguno a favor de la corporación.

En este sentido, por ejemplo, puede citarse a Ballesteros Fernández, que ya en el año 2006 diferenció claramente entre los registros jurídicos (los que sí producen efectos constitutivos o declarativos de derechos) y los registros administrativos (los que no los producen), de modo que el inventario municipal de bienes quedaba subsumido en esa segunda categoría.²⁵

Descendiendo al ámbito estrictamente jurisprudencial, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988 (RJ/1988/7378) y 21 de mayo de 2008 (núm. recurso 28/2004) asientan la noción de que el inventario municipal es un mero registro administrativo que, por sí solo, ni prueba, ni crea, ni constituye derecho alguno en favor de la corporación,²⁶ puesto que «ningún precepto del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, ni del Reglamento de bienes de las entidades locales [...] permite concluir que el inventario tenga efectos constitutivos para el dominio público, de forma que sólo los bienes incluidos en él lo sean, o que sólo mediante su inclusión en él pueda probarse su condición de tales».

Idéntica conclusión dimana, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala Contenciosa Administrativa, sede de Cáceres, Sección Primera) de 14 de febrero de 2012 (ID CENDOJ: 10037330012012100163), en la que los magistrados afirman que el inventario municipal es más bien un libro que sirve de recordatorio constante para que la corporación ejercite oportunamente las facultades que le correspondan, y precisan que la función última del inventario es «crear una apariencia de demanialidad que no prejuzga las acciones ante el orden jurisdiccional civil, que es a quien, en definitiva, compete pronunciarse sobre la definitiva propiedad de tales bienes», toda vez que «la inclusión de un bien a dicho inventario (o catálogo) no tiene carácter constitutivo, es decir, ni supone adquisición dominical alguna, ni el hecho de que no estén incluidos supone que no pueda ostentar sobre éstos la Administración algún derecho».²⁷

En resumidas cuentas, el peso específico del inventario municipal de bienes en el acervo probatorio del caso será muy débil, porque el mismo ordenamiento administrativo no le concede relevancia jurídica alguna, de tal forma que de él no dimana

25. Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, 5a ed., Madrid, Wolters Kluwer, 2006, p. 946.

26. En el mismo sentido, véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1978, 16 de noviembre de 1988, 2 de marzo de 1996, 2 de diciembre de 1998 y 26 de mayo de 2000, entre otras.

27. Véanse también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a) núm. 178/2017, de 19 de octubre, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contenciosa Administrativa, sede de Málaga, Sección 2a) núm. 824/2017, de 5 de mayo.

Entre la jurisprudencia menor, véanse, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5a) de 25 de enero de 2008, de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3a) de 17 de febrero de 2016 y de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7a) núm. 256/2017, de 20 de junio.

ninguna clase de efecto declarativo o constitutivo ni ninguna presunción *iuris tantum* de que la propiedad de los bienes y derechos en él incluidos corresponda al ayuntamiento o a la entidad local correspondiente.

De hecho, en línea con la idea expresada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y recurriendo al siempre socorrido refranero, podríamos decir que en el inventario municipal de bienes probablemente «ni son todos los que están, ni están todos los que son», puesto que podría darse perfectamente el caso de que haya bienes o derechos que sí sean de titularidad pública y no estén incluidos en el camino, y viceversa, pueden existir bienes de titularidad privada que —en cambio— sí estén equivocadamente reseñados en el mencionado inventario como bienes de público dominio.

No obstante, siempre deberemos estar ojo avizor a las circunstancias y características propias del caso concreto, puesto que existen algunas clases especiales de bienes cuya inclusión como bienes de dominio público en un registro administrativo sí despliega ciertos efectos jurídicos vinculantes.²⁸

3.2. EL RECURSO A LOS ARCHIVOS DEL CATASTRO INMOBILIARIO

En ocasiones, los entes locales suelen apuntalar su presunto derecho de propiedad sobre un bien inmueble en el hecho de que el mismo consta inscrito a su nombre en los archivos del Catastro Inmobiliario. Empero, y tal y como ocurre con el inventario municipal de bienes, el Catastro tan solo constituye un mero registro de carácter administrativo que no crea, modifica, ni prueba titularidades dominicales.

La naturaleza únicamente administrativa del Catastro viene consagrada en los artículos 1 y 2 del Real decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. En concreto, el artículo 1.1 del precitado texto legal reza:

El Catastro Inmobiliario es un *registro administrativo* dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta ley.

28. Es el caso, por ejemplo, del artículo 18.1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, que determina dos cuestiones de gran relevancia: en primer lugar, que la inclusión de un monte en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública constituye una presunción de posesión a favor de la entidad a la que el catálogo señala como propietaria, y, en segundo lugar, que como consecuencia de la inscripción del monte en el antedicho catálogo, queda además vedada para el afectado la posibilidad de ejercitar las acciones reales contempladas en el artículo 250.1.7 de la Ley de enjuiciamiento civil contra la Administración que allí aparezca como titular del monte.

Por su parte y como es comúnmente conocido, el artículo 2.1 del mismo cuerpo legal²⁹ viene a reconocer que el Catastro Inmobiliario es, principal y esencialmente, un instrumento al servicio de las necesidades recaudatorias del erario público, en tanto que permite al Ministerio de Hacienda, a la Agencia Tributaria y a las haciendas autonómicas y locales, centralizar en una única base de datos información sobre las características físicas, jurídicas y económicas de todos los bienes inmuebles repartidos por la geografía nacional, lo que facilita —a través de la fijación del valor catastral—³⁰ una base para el cálculo y la liquidación de los tributos íntimamente relacionados con la tenencia de propiedades inmobiliarias, tales como el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), la parte correspondiente del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), etcétera.

Así pues y como adelantábamos *ut supra*, está en nuestra mano desactivar, con gran facilidad, cualquier intento, por parte del ayuntamiento o del ente local correspondiente, de arrogarse la titularidad dominical sobre un bien inmueble concreto mediante la enarbolación de los datos del Catastro Inmobiliario.

La jurisprudencia viene reconociendo desde antiguo y de manera constante que el hecho de aparecer como titular catastral de un determinado bien inmueble no determina ni demuestra que la persona física o jurídica que conste como tal sea realmente el *dominus* de la finca a efectos jurídico-privados. Así, por ejemplo, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1a) núm. 317/2007, de 21 de marzo (RJ/2006/5437), en la que el Alto Tribunal se hace eco de la doctrina jurisprudencial emanada desde antaño de dicha instancia jurisdiccional³¹ y especifica que:

[...] en ningún caso el catastro determina propiedades ni se trata de un registro dirigido a reconocer o proteger situaciones jurídico-privadas, sino de un instrumento de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración para el conocimiento por parte de ésta tanto de los datos de las fincas como de su titularidad a efectos fundamentalmente de carácter fiscal [...] manteniendo su definición tradicional como registro puramente administrativo.

29. Art. 2.1 de la Ley del Catastro Inmobiliario: «La información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las administraciones públicas, los juzgados y tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias. Asimismo, estará a disposición de las políticas públicas y de los ciudadanos que requieran información sobre el territorio, en los términos previstos en el título VI».

30. Artículo 22 de la Ley del Catastro Inmobiliario: «El valor catastral es el determinado objetivamente para cada bien inmueble a partir de los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario y estará integrado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las construcciones».

31. Entre otras, véanse también las siguientes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo: 4 de noviembre de 1961 (RJ 1961/13636), 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9490), núm. 525/2000, de 26 de mayo (RJ 2000/3498), y núm. 317/2006, de 21 de marzo (RJ 2006/5437).

Las audiencias provinciales, como no podía ser de otro modo, siguen la corriente jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, como se infiere de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7a) núm. 542/2012, de 28 de noviembre (JUR 2013/9315), en cuyo fundamento jurídico tercero se hace hincapié en que los datos catastrales no justifican por sí solos el dominio de las fincas:³²

La jurisprudencia reiteradamente viene estableciendo que la inclusión de un inmueble en el catastro, no pasa de ser un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular en dicho registro; y, tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar al convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular, pero no puede constituir por sí sola un justificante de dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de este registro en definidores del derecho de propiedad, pues el catastro sólo afecta a datos físicos nada más, no sienta ninguna presunción de posesión dominical a favor de quien en él aparece como propietario.

Tanto es así que tampoco las líneas divisorias, los límites y los puntos referenciales geográficos que constan en el Catastro no pueden servir, en aislada consideración, como medio de prueba para aquilatar la existencia de una finca determinada ni como plano de contraste para colegir donde se sitúan los límites de un bien inmueble. Así se predica en la más florida jurisprudencia en la materia, como, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1a) núm. 297/2015, de 27 de mayo, que resuelve un caso en el que el demandado-recurrente efectuó *manu militari* un deslinde unilateral de su finca sin haberse practicado una medición consensuada con la actora colindante, arrebatando a ésta una importante porción de su finca y alterando unilateral e indebidamente la información del Catastro Inmobiliario.

Sobre este extremo también resulta ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1a) de 16 de abril de 2015, que resuelve esta misma problemática incardinada en el marco del ejercicio de una acción de deslinde y amojonamiento, problemática causada por la línea de actuación de la actora, que modificó unilateralmente los datos del Catastro y basó en tal modificación su informe pericial sobre la localización de los límites de la finca. En dicho caso, la pretensión del demandante no prosperó porque la parte demandada efectuó en su informe pericial un

32. En el seno de la jurisprudencia menor y a título meramente ejemplificativo, también recogen esta noción las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3a) núm. 653/2011, de 20 de diciembre (AC 2012/253), de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5a) núm. 613/2015, de 3 de diciembre (JUR 2016/83565), de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5a) núm. 315/2016, de 3 de noviembre (JUR 2016/269509), de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6a) núm. 375/2018, de 30 de julio (AC 2019/89), y de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2a) núm. 208/2019 (JUR 2019/166457).

esforzado estudio del historial catastral de la finca, lo que, según la Audiencia segoviana, pone de manifiesto la escasa fiabilidad de los archivos del Catastro como prueba documental que contribuya a acreditar la titularidad del dominio y la situación de los límites de los predios colindantes litigiosos.³³

Por último, ha de ponerse de relieve —eso sí— que, aunque aisladamente los certificados de titularidad catastral no sirvan para fundamentar —*per se*— la verídica y real ostentación de la propiedad del inmueble a efectos civiles, los tribunales considerarán que esos mismos certificados, en conjunción con otros materiales probatorios de diversa índole (informes periciales, pruebas testificales fiables, aportación de títulos de adquisición que permitan acreditar el tracto sucesivo, etc.), sí pueden llegar a llevar al juzgador al convencimiento de que la titularidad jurídico-privada del inmueble pertenece a aquél que consta como titular en los asientos del Catastro Inmobiliario.³⁴

33. El texto de la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia nos permite observar no solo como nuestros tribunales dan poca relevancia a los datos catastrales, sino que también evidencia la singular importancia que en esta clase de pleitos pueden llegar a tener los informes periciales aportados a los autos por los litigantes, pues es tremendamente recomendable que estos sean lo más cumplidos que sea posible y resulta conveniente estudiar con gran detalle la documentación existente y aplicar con precisión y claridad los procedimientos técnico-científicos que correspondan: «Mientras el perito de la actora se ha limitado a plasmar sobre el terreno la proyección de las fincas catastrales, partiendo del apriorismo de entender que la línea de las lajas constituye efectivamente la linde del plano catastral, la pericial de la parte demandada hace una transposición de las fincas catastrales de acuerdo con el catastro histórico al actual, para poner de relieve las diferencias entre ambos y la aparición de una nueva catastral, la 5101, lo que pone de relieve la relativa escasa fiabilidad del Catastro para acreditar la titularidad del dominio [...]. En todo caso, esta pericial [la de la demandada] ha trasladado sobre el terreno a las cinco catastrales que ocupan la zona, por lo que sin duda es más completa que la del perito de la actora, que se limita a colocar sobre el terreno las fincas catastrales de los actores, los cuales no han probado ser titulares de la cabida que las mismas incluye».

34. Así lo asienta, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1a) núm. 67/2016, de 21 de abril (AC 2016/1521), en la que los magistrados de la Audiencia arriacense afirman que si bien el Catastro no atribuye titularidades, sus datos pueden ser un «elemento a valorar junto al resto del material probatorio».

3.3. LA INMATRICULACIÓN DEL BIEN CONTROVERTIDO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POR LA VÍA EXTRAORDINARIA DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA

Según disponen tanto el artículo 36 LPAAPP³⁵ como el artículo 36 RBEL,³⁶ las corporaciones locales tienen la obligación legal de inscribir en los registros correspondientes todos aquellos bienes y derechos que les pertenezcan y sean susceptibles de inscripción, con independencia de si los mismos son de naturaleza demanial o patrimonial. Como dicta la lógica, dicho deber guarda especial relevancia en relación con los bienes inmuebles y los derechos reales, dada la importancia de la inscripción de estos en el Registro de la Propiedad.

A los efectos del presente artículo, centraremos nuestra atención en lo dispuesto en el artículo 36.3 RBEL, que contempla que en aquellos supuestos —previsiblemente residuales— en los que no exista título inscribible de dominio, queda expedita para los ayuntamientos y el resto de entes locales la posibilidad de acudir a la vía extraordinaria de inmatriculación prevista en los artículos 206 LH y 303-307 del Reglamento hipotecario.

En concreto, el mentado artículo 206 LH contempla un cauce excepcional de inmatriculación de fincas que solo puede ser empleado por las administraciones públicas y por las entidades de derecho con personalidad jurídica propia que estén vinculadas o sean dependientes de aquellas. En concreto, para poder emplear esta particular vía de inmatriculación, la Administración pública interesada ha de dar cumplimiento a toda una larga ristra de requisitos, por lo que debe aportar al Registro de la Propiedad:

35. Artículo 36 LPAAP:

1. Las administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria.

2. La inscripción deberá solicitarse por el órgano que haya adquirido el bien o derecho, o que haya dictado el acto o intervenido el contrato que deba constar en el registro o, en su caso, por aquél al que corresponda su administración y gestión. [...]

36. Art. 36. RBEL:

1. Las corporaciones locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, de acuerdo con lo previsto en la legislación hipotecaria.

2. Será suficiente, a tal efecto, certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva corporación, expida el secretario, con el visto bueno del presidente de la corporación.

3. Si no existiera título inscribible de dominio, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 de la Ley hipotecaria, y 303 a 307 de su Reglamento. [...]

a) El título escrito de dominio de la finca, en caso de que este exista.

b) La certificación administrativa librada por la Administración requirente (emitida después de recabar un informe previo favorable de los servicios jurídicos de la misma), en la que se dé cuenta de:

— El acto, negocio o modo a través del cual se adquirió la propiedad de la finca.

— El acuerdo del órgano administrativo competente por el que la finca quedó incluida en el inventario de bienes y derechos correspondiente; o bien la fecha del acuerdo de aprobación de la última actualización del inventario de la que resulte la inclusión de la finca en el mismo, con indicación de la referencia o el indicador que en aquél tuviere asignado.

— La descripción física, naturaleza patrimonial o demanial y destino o afectación, adscripción o reserva de la finca.

c) Certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas catastrales que se correspondan con la descripción física y con la delimitación geográfica de la finca. En el caso de que la finca carezca de certificación catastral descriptiva y gráfica, podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada alternativa, la cual deberá ir acompañada de un informe expedido por el Catastro y deberá corresponderse con la descripción física realizada y respetar la delimitación de los colindantes catastrales y registrales.

Como decimos, tanto la doctrina científica³⁷ como la jurisprudencia asentada por los tribunales desde antaño establecen que el artículo 206 LH constituye un medio de naturaleza excepcional y extraordinaria para lograr la intabulación de un predio en el Registro, en tanto que el citado precepto provee a las administraciones públicas de la capacidad de solicitar unilateralmente la inmatriculación de un bien inmueble.

Tanto es así que algunas resoluciones de la jurisdicción civil han llegado a calificar al cauce de inmatriculación consagrado en el artículo 206 LH como un medio «excepcional y peligroso, en cuanto concede a un participante en el tráfico jurídico el derecho de atribuirse de manera unilateral la propiedad de una finca no inscrita y sobre la que no existe documentación referente al título de adquisición de su dominio».³⁸

También el propio legislador guarda una sana actitud de escepticismo en relación con la fiabilidad de las inmatriculaciones practicadas por la vía extraordinaria del precepto que ahora nos ocupa. Así lo evidencia, por ejemplo, el tenor literal del artículo 207 LH, que establece que los terceros adquirentes de buena fe de la finca inmatriculada a través del procedimiento del artículo 206 LH no podrán beneficiarse de los efectos protectores dispensados por el artículo 34 LH hasta pasados dos años desde que tuvo lugar la inmatriculación.

37. Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 948-949.

38. Así lo asevera, textualmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25a) de 9 de enero de 2001.

A los efectos de comprender de mejor modo cómo puede el particular afectado hacer frente al ayuntamiento o ente local en aquellos casos en que este se haya arrogado la titularidad del inmueble y haya procedido a su inmatriculación (o, por el contrario, para que el consistorio o ente local no caiga en el error de emplear esta vía extraordinaria y unilateral con talante apisonador), haremos referencia a algunos casos ciertamente ilustrativos que han sido dirimidos por nuestros tribunales.

En primer lugar, traemos a colación el supuesto contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2a) núm. 35/2004, de 28 de enero (JUR/2004/81001), en el que el Ayuntamiento de La Estrella (Toledo) ejercitó las acciones declarativa y reivindicatoria de dominio contra la Parroquia Católica de Nuestra Señora de la Asunción de la Estrella de la Jara.

En aquel caso, el origen del conflicto estribó en que la Parroquia de Nuestra Señora de la Asunción procedió, por la vía del artículo 206 LH (que en aquel entonces extendía el privilegio de emplear este medio de inmatriculación a la Iglesia católica),³⁹ a inmatricular a su nombre una finca conocida como «Atrio de la Iglesia» o «Prado de la Iglesia» y que venía a conformar una especie de explanada o plazuela situada entre un edificio dedicado al culto católico (perteneciente a la Parroquia de Nuestra Señora de la Asunción) y el cementerio municipal (que era titularidad del Ayuntamiento); explanada desde la cual, para más señas, se accedía tanto a la iglesia como al cementerio.

Así, inicialmente, la Parroquia solicitó al Obispado de Toledo la emisión de una certificación en la que se hizo constar que del inventario que obraba en el Obispado se desprendía «que la Parroquia de La Estrella es dueña desde tiempo inmemorial de esta finca, y careciendo de título inscrito y sin que pueda precisarse la fecha del título de adquisición», tras lo cual el registrador procedió a inscribir a favor de la Parroquia el dominio de la finca.

Ulteriormente y como corresponde en estos casos, el Ayuntamiento principió el proceso declarativo correspondiente a través de la interposición de una demanda rectora mediante la que se ejercitaban —como hemos dicho— la acción declarativa de dominio, la acción reivindicatoria de dominio y la solicitud de nulidad y cancelación

39. Efectivamente, la redacción primigenia del artículo 206 LH establecía: «El Estado, la provincia, el municipio y las corporaciones de derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquél y las de la *Iglesia católica*, cuando carezcan del título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos [...]». La expresa mención a la Iglesia católica, que constituía un vestigio de un contexto jurídico y socioeconómico aún influenciado por las ya lejanas leyes de desamortización de Mendizábal (1836), Espartero (1841) y Madoz (1855) y que en los últimos tiempos había suscitado serias dudas acerca de su constitucionalidad (dado el carácter aconfesional de nuestro Estado —art. 16.3 CE—), fue retirada a través de la modificación operada por el artículo 1.12 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.

del asiento registral inscrito a favor de la parroquia demandada, tal y como exige el artículo 38.2 LH en estos casos.

En dicha demanda, el consistorio enarboló los siguientes argumentos: que la explanada, plazuela o prado litigioso siempre había sido un bien de uso y dominio público, en cuanto facilitaba el acceso tanto a la iglesia como al cementerio municipal y dado que era encuadrable entre los inmuebles —camino, carreteras, calles, paseos, parques, etc.— que el artículo 3.1 RBEL califica de bienes de uso público y sitúa bajo la conservación y policía de la entidad local; y que la inscripción practicada por el registrador era nula de pleno derecho en tanto la certificación emitida por el Obispado de Toledo no cumplía con los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Además, llegó a sugerir —de manera supletoria— que el artículo 206 LH incurría en un vicio de inconstitucionalidad al contemplar la posibilidad de que la Iglesia católica se beneficiase del procedimiento privilegiado de inmatriculación regulado en dicho precepto, toda vez que ello podía contravenir el principio de aconfesionalidad del Estado consagrado en el artículo 16 de nuestra Constitución y el principio de igualdad contemplado en el artículo 14 de la *norma normarum*, al no extender dicho privilegio al resto de confesiones reconocidas legalmente en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia; razón por la que solicitaba al Juzgado que elevase una cuestión de inconstitucionalidad. No obstante y dado que tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron que tal mención constituía un mero recurso retórico de la demandante —puesto que la solicitud de elevación de la cuestión de inconstitucionalidad no se incluyó en la súplica de la demanda—, ninguno de los dos órganos jurisdiccionales procedió a elevar ninguna cuestión al Tribunal Constitucional.

Finalmente, la Audiencia Provincial toledana concluyó que debía estimarse la acción declarativa interpuesta por el Ayuntamiento de La Estrella y ordenó, además, la nulidad y cancelación del asiento que tuvo acceso al registro por la vía del artículo 206 LH.

El fallo del tribunal encontró acomodo, esencialmente, en dos argumentos principales. El primero de ellos era que la certificación expedida por el Obispado de Toledo no fue archivada en inventario alguno, por lo que la veracidad de la misma no podía ser refrendada. La Audiencia dictaminó que la certificación con base en la cual se practicó la inmatriculación quedaba «huera de habilidad probatoria suficiente para ratificar la veracidad de una certificación que fue emitida sin archivo que la refrendara, y por ello jurídicamente incapaz de cubrir el requisito exigido en el art. 206 LH». Consecuentemente, la inscripción de la finca —de conformidad con lo dispuesto por los artículos 30 y 2 LH— debía de ser cancelada, dado que la misma inscripción emanaba de un título esencialmente nulo y sin la veracidad material y formal exigida por la norma hipotecaria.

El segundo de los argumentos hacía referencia a que el ayuntamiento demandante había conseguido demostrar, a través de la aportación de diversos documentos, que la finca-plazuela controvertida había sido comúnmente empleada por los vecinos

de la localidad, dado que servía de acceso tanto a la iglesia como al cementerio municipal colindante. Quedó, además, sobradamente apuntalado que el Ayuntamiento había efectuado múltiples actos acreditativos del dominio sobre la plazuela, glorietta o prado, como, por ejemplo, la colocación de alumbrado público por parte del Ayuntamiento.

Otro caso que resulta tremendamente ilustrativo es el dirimido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18) núm. 243/2017, de 6 de julio (recurso de apelación núm. 334/2017), en el que los titulares de una finca rústica se vieron obligados a ejercitar la acción reivindicatoria de dominio contra el Ayuntamiento de Boadilla del Monte (Madrid), puesto que el consistorio había procedido a inscribir en el Registro —por la vía del art. 206 LH— una serie de fincas que se identificaban con diversos caminos que transcurrían por el interior de la finca rústica titularidad de los particulares demandantes y que en realidad formaban parte integral de la misma.

En el seno del procedimiento declarativo, el Ayuntamiento de Boadilla del Monte esgrimió, entre otros argumentos, que los caminos habían sido empleados «desde tiempo inmemorial» (atención a esta expresión, cuyas implicaciones estudiaremos en el siguiente apartado de este artículo) por los vecinos de la localidad para transitar entre Boadilla del Monte y otros municipios cercanos.

Empero, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial capitalina desecharon los argumentos enarbolados por el Ayuntamiento, puesto que ambos órganos jurisdiccionales consideraron que el cambio de titularidad catastral y la inscripción registral por la vía del artículo 206 LH (ambas actuaciones efectuadas prácticamente en los prolegómenos del inicio de la *litis*) no bastaban para enervar el hecho de que el Ayuntamiento no fue capaz de acreditar la realización de ninguna actuación fáctica ni jurídica sobre los caminos hasta unos pocos años antes del inicio de la *litis*.

La Audiencia asevera que el Ayuntamiento comenzó a arrogarse la titularidad de los caminos en el año 2007 y que a partir de entonces comienza a ejecutar actos tendentes a colmar, *contra factum*, su pretendida condición de titular de los caminos:

La recurrente funda su primer motivo de recurso, fundamento tercero del mismo, haciendo supuesto de la cuestión al afirmar que «desde tiempo inmemorial» los caminos han sido utilizados por los vecinos como paso entre distintas localidades y que los demandantes no lo han impedido hasta el año 2013, ignorando esta Sala el fundamento de tales afirmaciones [...], sin que por tanto conste acreditada la pretendida posesión o uso inmemorial de tales caminos, que siempre se han encontrado en el interior de la finca registral 643, nunca inventariados a favor del municipio y nunca inscritos sino hasta 2014 y por la vía del art. 206 LH, con las limitaciones que de ello se derivan.

En concreto, los magistrados de la Audiencia Provincial concluyen que de la prueba documental y testifical practicada⁴⁰ solo caber inferir que el consistorio municipal tan solo empezó a realizar actos a título de dueño sobre los caminos tras la finalización de un expediente de subsanación de discrepancias catastrales y procedió algún tiempo después a la inscripción de los caminos en el Registro por la vía del artículo 206 LH, sin que ello resulte suficiente para adjudicar al consistorio la condición de *dominus* de los caminos controvertidos, pues es evidente que la inscripción ex artículo 206 LH no puede convalidar la inequívoca conclusión a la que lleva el análisis del resto de pruebas y de las circunstancias históricas de la finca:

Ha de partirse de la consideración contenida en la sentencia recurrida de que el primer acto por el que el Ayuntamiento se arroga la titularidad pública de los caminos «desde tiempo inmemorial» lo es en 2007 como consecuencia del expediente de subsanación de discrepancias catastrales, nunca antes, y desde esa fecha se inician las gestiones posteriores, con inclusión en el inventario de bienes municipales, que culminan con la inmatriculación de los caminos como fincas independientes y distintas de la finca [titularidad de los actores] sin que conste actuación alguna anterior por su parte, ni fáctica ni jurídica, es más, sin que tan siquiera conste actuación alguna de conservación de tales caminos nunca. Y además no puede sino reiterarse la fundamentación contenida en la sentencia de instancia en relación con el valor probatorio de los datos catastrales, únicamente valorables en relación con el resto de las pruebas aportadas en tanto que no determinan presunción judicial alguna limitando sus efectos al ámbito administrativo, no pudiendo obviarse que la cuestión que se debate es la titularidad civil dominical y no meramente administrativa.

Ha de destacarse, además, que esta sentencia pone de relieve la importancia capital que en esta clase de litigios pueden tener los informes periciales aportados por las

40. Debemos de poner el foco en que, a la hora de analizar las pruebas testificales practicadas durante el decurso del proceso, la Audiencia Provincial de Madrid otorga una gran importancia a la calidad —y no a la mera cantidad— de las declaraciones realizadas por los testigos propuestos por las partes; indica además que: *a)* que algunos vecinos paseen ocasionalmente por los caminos no implica que los mismos sean titularidad del ayuntamiento y *b)* que ha de tenerse particularmente en cuenta el testimonio de aquellas personas que han tenido un íntimo y reiterado contacto con la finca litigiosa por llevar décadas trabajando en la misma y vigilando los caminos por cuenta de los propietarios del predio: «Siendo así que en relación con tal testifical lo importante no es el número de testigos que afirmen un hecho sino la relación con ese hecho y la razón de su ciencia o conocimiento, sin que el hecho de que algunos vecinos paseen en alguna ocasión por alguno de tales caminos implique la titularidad dominical del camino a favor del municipio en que habitan cuando además tal testimonio se enfrenta con el de las personas que han trabajado en esas fincas y han vigilado esos caminos no por cuenta del Ayuntamiento, sino de la propiedad de la finca y conocen de ello desde hace decenios [...]».

partes. Más específicamente, destaca la importancia capital que la Audiencia Provincial concede en sus razonamientos al «muy extenso y fundado informe pericial» que los actores acompañaron a la demanda rectora interpuesta contra el Ayuntamiento de Boadilla del Monte. En este sentido, no podemos cejar en nuestro empeño de advertir al lector acerca de que un informe pericial topográfico que estudie detalladamente el origen, el mantenimiento, las características y los límites de la finca litigiosa a lo largo del tiempo, puede resultar absolutamente crucial para la defensa de los intereses de la parte a la que representemos.

Por último, antes de dejar atrás la problemática suscitada por el artículo 206 LH, queremos hacer una breve reseña de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1a) núm. 368/2013, de 30 de diciembre, en la que el uso irreflexivo del cauce extraordinario previsto en el artículo 206 LH por parte del Ayuntamiento de El Ejido (Almería) acabó dando origen a una situación de doble inmatriculación que hubo de resolverse ante los tribunales.

En este caso, la actora —de nacionalidad alemana y propietaria de una finca sita en El Ejido— ejercitó las acciones declarativa y reivindicatoria de dominio en relación con una parte de su finca de la que se había apropiado el consistorio municipal y que este cedió —junto con otros terrenos colindantes— a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, que construyó allí un colegio público denominado Punta Encinas.

A los efectos de lo que ahora nos interesa y yendo al fondo del asunto, la Audiencia Provincial almeriense detectó la concurrencia de una situación de doble inmatriculación y afirmó —a la vista de la jurisprudencia más prolija— que en tales casos las dos inmatriculaciones efectuadas a favor de distintos titulares registrales quedan neutralizadas, puesto que la coexistencia de dos inscripciones relativas a la misma finca quiebra los principios rectores del sistema registral y debe acudir a las reglas de derecho civil «puro» (sic), pues es obligación de los tribunales dirimir qué inscripción debe de prevalecer por haberse realizado con mejor condición.

Finalmente, la Audiencia Provincial de Almería consideró que el título de la actora ostentaba mejor condición, puesto que traía causa de una inscripción inicial practicada a finales del siglo XIX y cuya permanencia en los asientos registrales se había mantenido en el tiempo: los asientos registrales correspondientes a la inscripción de la actora describían perfectamente los linderos y las segregaciones practicadas, e identificaban minuciosamente el tracto sucesivo que conectaba a todos los propietarios de la finca desde su inmatriculación originaria hasta la inscripción de la actora como titular de la misma. Ello contrastaba, innegablemente, con el parco y endeble sostén de la inmatriculación efectuada por el Ayuntamiento de El Ejido mediante el artículo 206 LH, que se basaba únicamente en las certificaciones administrativas expedidas por el consistorio y en una supuesta «posesión inmemorial» que no quedó acreditada en autos.

Así, toda vez que sobre aquel trozo concreto de la finca se había construido parte de un colegio público gestionado por la Consejería de Educación de la Junta de

Andalucía y habida cuenta de que era imposible restituir a la actora el dominio sobre el mismo, la Audiencia ratificó el fallo dictado en primera instancia, que estimaba cumplidos los requisitos de la institución de la accesión invertida (art. 361 CC) y condenaba a las demandadas a indemnizar a la demandante por el valor de la parte del terreno que fue usurpada por el consistorio.

En suma y a la vista de todos los supuestos que hemos estudiado en este apartado, lo que resulta evidente es que el artículo 206 LH no supone ni puede suponer un medio a través del cual los ayuntamientos y entes locales puedan colmar subrepticamente un inexistente dominio del bien inmueble de que se trate. La inscripción registral no es un modo de adquirir la propiedad, sino un mecanismo de seguridad jurídica preventiva que permite asegurar con mayor firmeza derechos reales ya previamente adquiridos.⁴¹

En cualquier caso y como es lógico, la verdad extrarregistral es la que ha de prevalecer siempre sobre la constancia tabular registral, puesto que así lo enuncian los preceptos de la Ley hipotecaria, cuyo artículo 33 establece que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos conforme a las leyes». A su vez, el artículo 39 del mismo cuerpo legal asienta que se entiende por inexactitud del Registro «todo desacuerdo que en orden a los derechos inscribibles exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral». Así lo establece también la jurisprudencia de nuestros tribunales, como se infiere de la redacción literal de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) núm. 111/2000, de 15 de febrero (RJ 2000/805), en la que se aquilata la prioridad de la realidad extrarregistral sobre la realidad registral:⁴²

[...] cuando hubiera incluso que partirse entre la contradicción entre la realidad registral y extrarregistral y, pese a que la primera tiene a su favor tal principio de exactitud, ello no puede conducir siempre a su tiempo jurídico, porque si la realidad extrarregistral se acredita en debida forma, ésta es la que ha de prevalecer sobre aquélla al reposar sobre algo real y positivo que la norma debe proteger.

41. En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9323), 26 de octubre de 1899 y 9 de octubre de 1929, entre otras; así como las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala Civil y Penal) núm. 8/2010, de 12 de marzo (RJ 2010/2729), y núm. 11/2009, de 19 de mayo (ID CENDOJ: 15030310012009100009).

42. Con idéntico tenor, véanse también, *inter alia*, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1960 (RJ 1960/921), 26 de marzo de 1960 (RJ 1960/1656), 8 de febrero de 1961 (RJ 1961/912), 31 de enero de 1963 (RJ 1963/882), 31 de octubre de 1989 (RJ 1989/7035), 18 de julio de 1990 (RJ 1990/5949), 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2218), 11 de junio de 1991 (RJ 1991/4440) y 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9419).

3.4. EL EXÓTICO CASO DE LA «USUCAPIÓN POR USO INMEMORIAL». POSIBLE
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE SERVIDUMBRES DE PASO: UN VIAJE
AL PASADO REMOTO DE MANOS DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA
PRIMERA DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEGISLACIÓN CATALANA
ANTERIOR A LA LEY 22/2001, DE 31 DE DICIEMBRE, DE REGULACIÓN
DE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE, DE SERVIDUMBRE Y DE ADQUISICIÓN
VOLUNTARIA O PREFERENTE

En ocasiones y como maniobra preventiva, los ayuntamientos suelen hacer referencia a que el consistorio municipal ha disfrutado del uso de la cosa reivindicada «desde tiempo inmemorial», y fundamentan tal argumento en los testimonios de los ciudadanos más ancianos y venerables del lugar.

Como deducirá el lector, tal afirmación va predirigida a apuntalar una posible aprehensión de la propiedad del bien por parte del ayuntamiento a través de la vía de la usucapión o prescripción adquisitiva. No cabe duda alguna de que las administraciones públicas —y, entre ellas, los ayuntamientos y otros entes de la Administración local— pueden adquirir la titularidad de bienes muebles e inmuebles mediante la institución de la usucapión, pues dicha posibilidad viene consagrada, entre otros, en los artículos 15^d⁴³ y 22⁴⁴ de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas y 10^d⁴⁵ y 14.1⁴⁶ del Reglamento de bienes de las entidades locales.

Es necesario destacar que tanto el artículo 22 de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas como el artículo 14.1 del Reglamento de bienes de las entidades locales sujetan la prescripción adquisitiva favorable a los ayuntamientos y entes locales, a los requisitos y presupuestos regulados en las leyes comunes y, por tanto, a lo previsto en el Código civil y en los ordenamientos jurídico-civiles forales o especiales que, en su caso, resulten de aplicación.

Consecuentemente, las administraciones locales pueden haberse convertido en propietarias del bien controvertido siempre y cuando puedan acreditar haber ostentado la posesión *ad usucapionem* sobre este durante los términos previstos en las leyes

43. Art. 15^d de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas: «Las Administraciones públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico, y en particular, por los siguientes: [...] d) Por prescripción».

44. Art. 22 de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas: «Las administraciones públicas podrán adquirir bienes por prescripción con arreglo a lo establecido en el Código civil y en las leyes especiales». Tanto este precepto como el art. 15^d del mismo cuerpo legal resultan de plena aplicación a las administraciones locales, en virtud de la relación de artículos contenida en el apartado segundo de la disposición final segunda de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas.

45. Art. 10 RBEL: «Las corporaciones locales pueden adquirir bienes y derechos: [...] d) Por prescripción. [...]».

46. Art. 14 RBEL: «1. Las entidades locales prescribirán a su favor con arreglo a las leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales. [...]».

civiles. En el caso específico de Cataluña, como es comúnmente conocido, el artículo 531-27 CCCat establece que dicha posesión para usucapir debe mantenerse durante un plazo de tres años para los bienes muebles y uno de veinte años para los inmuebles.

En este ámbito es preciso citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4a) núm. 342/2017, de 31 de octubre, que dirimió una acción reivindicatoria interpuesta por un particular contra el Ayuntamiento de Ses Salines (Mallorca) en relación con un camino que había sido construido por el actor y su familia a mediados del siglo xx y sobre el cual posteriormente el Ayuntamiento se arrogó facultades dominicales, e incluso llegó a asfaltarlo sin contar con el permiso de su verdadero titular.

En dicho pleito, la corporación municipal desplegó una estrategia que podría definirse como errática y que acabó sirviendo en bandeja de plata al actor la estimación íntegra de su demanda. Así, el Ayuntamiento afirmó en su contestación a la demanda que el actor había perdido la primigenia titularidad del camino porque el Ayuntamiento había adquirido la propiedad del mismo por usucapión, pero —extrañamente— no formuló reconvencción alguna frente al actor.

Tan arriesgada afirmación acabó jugando en su contra, puesto que tanto el Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Manacor como la Audiencia Provincial balear consideraron que el Ayuntamiento había incurrido en un inequívoco acto propio: en un primer momento, la corporación municipal reconoció expresamente que el actor había sido el titular del camino antes de la «presunta» usucapión, sin que el consistorio fuese después capaz de demostrar de manera cumplida y fehaciente que dicha usucapión había tenido lugar, de lo que necesariamente se deducía que el derecho de propiedad del demandante no se había extinguido por prescripción adquisitiva y continuaba plenamente vigente.⁴⁷

En otro orden de cosas, también existe la remota posibilidad de que el ayuntamiento alegue, en relación con determinadas fincas o caminos, la presunta adquisición de una servidumbre de paso sobre la cosa reivindicada con base en el «uso inmemorial» de la misma. Centraremos nuestros esfuerzos en la servidumbre de paso por ser esta la más habitual y la que, con generalidad, suele plantear una restricción más directa y tangible de las facultades del dominio.

47. Dicho sea de paso, recomendamos efusivamente la lectura de esta resolución, en tanto que su tenor literal evidencia la capital importancia que tiene la prueba testifical en esta clase de litigios. En concreto, la Audiencia Provincial balear, mediante cita de la sentencia dictada en primera instancia, destacó: «Es decir, que los testigos de más edad, ambos, manifestaron sin dudas que el camino fue realizado por el demandante y su familia y que éstos lo utilizaban con una clara finalidad, sin perjuicio de que, por mera tolerancia, se permitiera igualmente el paso, en principio, a los vecinos del pueblo, situación que, como es lógico, cambió notablemente tras asfaltarse el camino, entre 2002 y 2005 (la fecha exacta no se concretó en el juicio), incrementándose el paso de vehículos particulares sin autorización ni consentimiento, lo cual motivaría la reclamación del actor ante el Ayuntamiento ya mediante escrito de marzo de 2011 [...]».

Como es sabido, el Código civil no permite la adquisición de servidumbres de paso discontinuas y/o no aparentes por prescripción adquisitiva con base en lo dispuesto en el artículo 539 del citado cuerpo legal y siendo esta una constante en la legislación castellana, al menos desde la redacción de *Las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio⁴⁸ (nótese, no obstante, que la mayoría de ordenamientos jurídico-civiles especiales o forales sí contemplan expresamente la posibilidad de que las servidumbres de paso sean objeto de adquisición por transcurso de tiempo).⁴⁹

Siguiendo con lo establecido por la legislación civil castellana y habida cuenta de que las servidumbres de paso son discontinuas por naturaleza —puesto que no cumplen con el requisito o la característica de uso incesante sin la intervención del hombre—, tanto los particulares como la Administración verían barrada la posibilidad de adquirir una servidumbre de paso mediante usucapión. Precisamente, esta afirmación ha venido siendo sostenida por el Tribunal Supremo desde hace largo tiempo,⁵⁰ como se desprende de, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1977, 3 de julio de 1996, 4 de junio de 1997, 6 de diciembre de 1985 y 21 de octubre de 1987, y, más recientemente, por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 343/2008, de 16 de mayo.⁵¹

48. En este sentido, la Ley xv, título xxi, de la Partida iii, bajo la rúbrica «En qué manera se gana la servidumbre por uso de luengo tiempo», establecía que algunas servidumbres, como la de aguas o la de luces y vistas, sí eran susceptibles de usucapión, y luego precisaba: «Mas las otras servidumbres de que se ayudan los homes para aprovechar et labrar sus heredades et sus edeficios, que non usan dellas cada dia, mas á las veces et con fecho, así como senda, ó carrera, ó via que hoviese en heredit de su vecino ó en agua que veniese una vez en la semana, ó en el mes ó en el año et non cada dia, tales servidumbres como estas et las otras semejantes dellas non se podrien ganar por el tiempo sobredicho, ante decimos que qui las quisiera haber por esta razon, que ha meester que hayan usado dellas ellos ó aquellos de quien las hobieron tanto tiempo que non se puedan acordar los homes quanto ha que lo comenzaron á usar».

49. Es el caso de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, cuyos artículos 82.1 y 88 disponen explícitamente que la servidumbre de paso puede ser objeto de adquisición por vía de usucapión siempre y cuando el usucapiente mantenga su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años. Idéntica noción consagra el artículo 14.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco. También el Código del derecho foral de Aragón, en sus artículos 568 y 569, prevé la posibilidad de usucapir tanto las servidumbres aparentes como las no aparentes, pero niega —eso sí— que las servidumbres negativas puedan constituirse por prescripción adquisitiva (art. 567.1 de dicho cuerpo legal); y, por último, la Ley 397 de la Compilación navarra establece que podrán ser usucapidas las servidumbres positivas (entre las que se contaría la servidumbre de paso), las servidumbres negativas aparentes y las servidumbres negativas no aparentes.

50. Entre la jurisprudencia menor pueden citarse, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1a) núm. 195/2007, de 6 de septiembre (JUR 2008/51584), de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8a) núm. 405/2003, de 12 de diciembre (AC 2004/27), de la Audiencia Provincial de Ávila núm. 90/2000, de 14 de marzo (JUR 2001/941), y de la Audiencia Provincial de Ourense de 30 de diciembre de 1995 (AC 1995/2474).

51. Esta última establece en su fundamento jurídico tercero: «Las restricciones históricas a la *usu-capio servitudis* [usucapión de la servidumbre] han cristalizado en el Código civil en la imposibilidad de

Del mismo modo y haciéndolo extensivo a toda clase de servidumbres, el Código civil de Cataluña excluye la usucapión como modo de adquirir servidumbres sobre propiedades ajenas (art. 566-2.4 CCCat). Tal y como ponen de manifiesto Del Pozo Carrascosa *et alii*,⁵² durante la larga evolución de la tradición jurídica catalana ha sido una constante la imposibilidad de adquirir servidumbres por vía de usucapión.⁵³

De hecho, el artículo 283 de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña de 1960 ya impedía la constitución por usucapión de la inmensa mayoría de las servidumbres, aunque sin incluir explícitamente en dicho listado a la servidumbre de paso.

Ítem más: en el mismo texto legal, el artículo 343 establecía que las servidumbres discontinuas —entre las que se incluyen, como hemos visto *ut supra*, las servidumbres de paso— podrán «adquirirse por usucapión inmemorial», y se especifica que «tendrá ésta lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición de la anterior, haya conocido otro estado de cosa». Idéntica redacción mantuvo ulte-

adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción, y en el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título. La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse, pues, en virtud de título, y a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme (art. 539 y 540 CC y SSTs de 22 de junio de 1980, 23 de julio de 1995, 5 de marzo de 1993, 30 de abril de 1993, 13 de octubre de 2006, 24 de octubre de 2006).

»Se exceptúan, sin embargo, los supuestos de constitución por signo aparente por disposición del padre de familia (*v. gr.* STS de 18 de enero de 1992 y, más recientemente, STS de 20 de diciembre de 2005), y de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del CC en virtud de lo dispuesto en la DT primera (SSTs de 14 de noviembre de 1961, 12 de junio de 1965, 4 de junio de 1977, 15 de febrero de 1898 y 16 de diciembre de 2004), siempre que el carácter inmemorial del uso de la servidumbre se haya formado antes de la vigencia del CC y derive de no ser posible determinar un punto inicial, pues, como dice la Partida 3.31.15, «ha menester que haya usado de ellas, ellos, o aquellos de quienes las hubieron, tanto tiempo de que no se puedan acordar los hombres, cuánto ha que lo comenzaron a usar».

52. Véase Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 427-428. Los autores entienden que tal prohibición encuentra su fundamento en dos razones principales: la primera es que la servidumbre no es un derecho posesorio, por lo que —*stricto sensu*— no se cumpliría uno de los requisitos necesarios para la usucapión, al no poder concurrir nunca la posesión *ad usucapionem*. En segundo lugar, traen a colación un argumento de lógica extrajurídica, puesto que en la realidad de los hechos resulta una tarea harto ardua aquilatar si se está dando la posesión *ad usucapionem* de una servidumbre o si, por el contrario, el propietario de la finca está simplemente tolerando que su vecino use la misma puntualmente para, por ejemplo, acceder con mayor facilidad y menor riesgo a un punto determinado de su propia finca, o para recolectar más rápidamente la cosecha, etc.

53. Con la notable excepción constituida por la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, cuyos artículos 6 y 11 sí posibilitaban la prescripción adquisitiva de las servidumbres durante la vigencia de dicho precepto, que entró en vigor —junto con el resto de la ley— el 7 de agosto de 1990 y quedó derogado en virtud de la promulgación de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

riormente la Compilación catalana de 1984, lo que posibilitó —durante la vigencia de ambos cuerpos normativos— la usucapión inmemorial de servidumbres de paso.

Así lo atestigua la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3a) de 8 de mayo de 2002 (JUR/2002/207439), mediante la cual el tribunal desestimó la acción negatoria interpuesta por el demandante al concluir que la prueba practicada apuntaba inequívocamente a que el sendero en relación con el cual se ejercitaba la acción había sido utilizado como camino de acceso a las fincas del demandado «desde toda la vida» y consideraba que el demandado había adquirido la titularidad de una servidumbre de paso discontinua por usucapión inmemorial bajo la vigencia del artículo 343 de la Compilación de derecho civil especial de Cataluña.

Efectivamente, como vemos, existe una excepción a la prohibición de adquisición de servidumbres de paso por usucapión impuesta por el artículo 539 del Código civil y por el artículo 566-2.4 del Código civil de Cataluña: la usucapión inmemorial.⁵⁴ En el marco de la legislación común, esta posibilidad encuentra apoyo en la disposición transitoria primera del Código civil, que establece que «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca». En el ámbito de la legislación especial catalana, dicha posibilidad existe en virtud de lo dispuesto por la normativa civil anterior a la promulgación de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, puesto que esta (es decir, las compilaciones de 1960 y 1984 y la Ley 13/1990, de 9 de julio) permitía la usucapión inmemorial de servidumbres de paso.

Consecuentemente, la Administración local puede estudiar la posibilidad de echar mano de esta figura para conservar el uso público de aquellos caminos que previsiblemente puedan ser o hayan sido objeto de un acción reivindicatoria o negatoria formulada por aquel particular que demuestre ser propietario del camino o que simplemente se arrogue la titularidad del mismo.

Sin embargo y al albur de la ordinaria distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC), es evidente que articular un arsenal probatorio que permita demostrar la concurrencia de una usucapión inmemorial no será tarea sencilla. Implicará, sin duda, el recurso a la prueba documental y testifical —cuanto más antigua sea la documental y cuanto más anciano el interrogado, mejor—⁵⁵ y deberá considerarse

54. Para disipar cualquier duda que aún pudiese restar sobre la posibilidad de la usucapión inmemorial y para vislumbrar la cuestión desde un prisma distinto a la visión meramente iusprivatista de la problemática, podemos acudir al artículo de J. PONCE SOLÉ, «Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal», *Quaderns de Dret Local*, núm. 15 (octubre 2007), p. 33.

55. De hecho y en este sentido, Cerdeira Bravo de Mansilla puso de manifiesto, tras analizar pormenorizadamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, que nuestros tribunales suelen dar gran importancia a la denominada *prueba testifical de dos generaciones*. Esto es, que para demostrar la

seriamente si resulta oportuno recabar la opinión de un perito experto que permita traer al terreno de juego otras evidencias que apuntalen la existencia de la servidumbre de paso.

Lo mismo resultará de aplicación para el particular afectado por la alegación del Ayuntamiento, que deberá dirigir sus esfuerzos probatorios a demostrar que la finca o camino es de su propiedad y a evidenciar, con las bases más sólidas que sean posibles, que si sus vecinos y otros lugareños de la población empleaban ocasionalmente el camino, era por mor de la simple tolerancia del actual propietario y de los que en tal condición le precedieron, sin que concurriese jamás la posesión *ad usucapionem* necesaria para que el Ayuntamiento se hiciese con la titularidad de la servidumbre.

En cualquier caso, toda vez que la prueba de la usucapión inmemorial exige retrotraerse a un pasado más o menos remoto (en el caso de la legislación castellana, deberemos remontarnos a fechas anteriores a 1889, año de entrada en vigor del Código civil) y toda vez que probar hechos del pasado lejano es —lógicamente— mucho más difícil que probar hechos actuales o circunscritos al pasado cercano, creemos obvio que, en la mayoría de las ocasiones, la alusión a la «usucapión inmemorial» no pasará de ser un simple recurso retórico del que el Ayuntamiento se sirva para intentar conseguir la desestimación de la acción reivindicatoria o negatoria enarbolada por el particular y el reconocimiento del derecho al uso público del camino.

Ese es precisamente el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de septiembre de 1993 (AC/1993/1775), en el que el ayuntamiento demandado esgrimió, como argumento defensivo, la usucapión inmemorial de una servidumbre de paso sobre la franja de terreno reivindicada por el actor. No obstante, la Audiencia Provincial toledana no acogió favorablemente la tesis del consistorio y rechazó que hubiese quedado demostrada la concurrencia de esa usucapión inmemorial, por lo que confirmó el fallo de la sentencia de instancia, que había estimado íntegramente la acción reivindicatoria ejercitada por el demandante.⁵⁶

existencia de una posesión *ad usucapionem* de carácter inmemorial, deberá contarse, idealmente, con el testimonio de una serie de testigos «sin tacha, suficientes en número y aptos por su edad —normalmente los más viejos del lugar— (de 55 años o más, suele decir nuestro TS)» que deberán ofrecer un doble testimonio: primero, deberán reconocer que, hasta donde alcanza su memoria, aquella posesión ha permanecido siempre persistente e invariable; y, en segundo lugar, tendrán que manifestar que no habían oído cosa distinta de labios de sus mayores o ancianos. A través de ese testimonio directo de primer grado y de ese testimonio indirecto o «de oídas», podría quedar demostrado que la posesión *ad usucapionem* de que se trate se remonta al pasado remoto y se interna en las brumas de los tiempos, por lo que su origen queda fuera del alcance de la memoria de los vivos. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Usucapión de la servidumbre de paso en nuestro derecho común», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 7 (2001), p. 461.

56. Textualmente, la resolución citada, tras reconocer que los ayuntamientos —como cualquier otro particular— están en disposición de beneficiarse del juego de la prescripción adquisitiva de derechos reales de conformidad con lo dispuesto en las normas jurídico-civiles, y una vez expone que el artículo 539 CC impide ordinariamente la usucapión de servidumbres de paso, matiza: «[...] la jurisprudencia admite que

4. PRERROGATIVAS EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN RELACIÓN CON SUS BIENES: POTESTADES DE INVESTIGACIÓN, DESLINDE, *INTERDICTUM PROPRIUM* Y DESAHUCIO ADMINISTRATIVO

De conformidad con el artículo 4.1*d* de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), los municipios ostentan la potestad expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes. En el ámbito reglamentario, el artículo 44 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, también reseña que corresponden a los municipios (y a las provincias e islas) las antedichas potestades de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio administrativo.

Tales potestades o facultades no son sino la manifestación positivizada del principio de autotutela administrativa,⁵⁷ en virtud del cual el ordenamiento jurídico español otorga a la Administración una posición privilegiada con respecto a los particulares: esta puede —en determinadas ocasiones— crear, modificar o extinguir actos y situaciones jurídicas de forma unilateral y en virtud de su propia autoridad, sin necesidad de la intervención de un tercero o de los órganos jurisdiccionales. Contrariamente, los particulares o administrados generalmente necesitan de la heterotutela de los órganos jurisdiccionales o de instituciones arbitrales para crear, modificar, extinguir y realizar situaciones jurídicas sin la aquiescencia de su contraparte.

las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial antes de la vigencia del Código civil deben respetarse tras su entrada en vigor por el juego de la disposición transitoria primera del mismo cuerpo legal, al tratarse de derecho nacido bajo el régimen de la legislación anterior (así, SS. 14-11-1961 y 15-2-1989), pero en el caso que nos ocupa la referencia al “tiempo inmemorial” por parte del Ayuntamiento demandado no ha pasado de ser un mero recurso retórico, desprovisto de cualquier probanza sólida, y que da al traste con cualquier intento de sustentar la existencia de una servidumbre de paso por la finca del actor».

57. Así lo pone de manifiesto Abella Poblet al incluir estas facultades de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio administrativo entre las potestades administrativas. El autor precitado expone: «En una primera aproximación, podríamos decir que las potestades administrativas son aquellos medios jurídicos exorbitantes de que la Ley dota a la Administración pública para el cumplimiento de sus fines. Frente al principio de igualdad jurídica que constituye el supuesto básico del derecho privado, la relación jurídico-administrativa comporta una situación de inicial desigualdad, en que la Administración actúa revestida de *imperium* o prerrogativa, que consiste precisamente en la existencia de tales potestades [...]. Así, es la Administración la que, dentro de los márgenes permitidos por la Ley, señala las reglas en las que han de desenvolverse las actuaciones de los particulares o de sus propios órganos (potestad reglamentaria; puede llegar a privar de sus bienes a los legítimos propietarios, sea por la vía genérica de la imposición (potestad tributaria), sea de determinados bienes no fungibles a través de la expropiación forzosa (potestad expropiatoria), determina por sí la concreta extensión de sus bienes inmuebles (potestad de deslinde) o los defiende contra usurpaciones de hecho [...]». Manuel ABELLA POBLET (dir.), «Nuevo régimen local, tomo I», *El Consultor de los Ayuntamientos. Revista de Administración Local* (Madrid: Abella), 1988, p. 82.

No hemos de perder de vista, sin embargo, que estas potestades exorbitantes no pueden alterar ni el derecho de propiedad ni tampoco la posesión sobre los bienes involucrados, puesto que las controversias sobre ambas cuestiones solo pueden ser resueltas de forma definitiva por los tribunales civiles. El ejercicio de las facultades de autotutela de la Administración no prejuzga en modo alguno si los bienes controvertidos son de titularidad pública o si, por el contrario, quedan bajo el dominio de un particular.⁵⁸

En concreto, el régimen jurídico y el procedimiento administrativo que han de seguir los entes de la Administración local para poder ejercitar esas potestades exorbitantes se desgranán pormenorizadamente en el precitado RBEL.

Téngase en cuenta, no obstante, que todas las comunidades autónomas han asumido —a través de sus respectivos estatutos de autonomía— la competencia exclusiva en lo relativo al desarrollo legislativo, la ejecución y la potestad reglamentaria en materia de régimen local, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución española. Consecuentemente, la legislación estatal de carácter no básico tendrá en su caso carácter supletorio respecto de las normas sobre régimen local (y, más específicamente, sobre bienes de las entidades locales) aprobadas por las comunidades autónomas.⁵⁹

Sin embargo, en la presente obra nos limitaremos a analizar —someramente— el régimen jurídico de las potestades exorbitantes en materia de defensa y protección de los bienes de las entidades locales contemplado en el RBEL, puesto que este ofrece una perspectiva general sobre la naturaleza de esas potestades locales de carácter exorbitante y toda vez que el análisis detallado de todas y cada una de las regulaciones autonómicas en la materia escapa mucho del ámbito del presente artículo.

58. Sobre ello trataremos en el apartado 5.1 del presente artículo. Sin embargo, a título meramente enunciativo y en pro de la claridad expositiva, podemos adelantar nuestras conclusiones y citar ya aquí la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a, sede de Sevilla) de 26 de febrero de 2003 (RJCA/2003/822), que en su fundamento jurídico quinto aquilata: «La jurisprudencia reiteradamente ha declarado que la Administración, al ejercitar estas medidas de protección, ni prejuzga ni decide sobre la naturaleza y definitiva pertenencia demanial y posesoria de los bienes recuperados, aspecto este último reservado a los tribunales ordinarios (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992 y de 8 de mayo de 1997)».

59. Así se desprende, en lo relativo a la regulación de los bienes de las entidades locales, del propio artículo 1.2 RBEL. Puesto que hilvanar una explicación acerca del complejo sistema de fuentes en materia de régimen local se escapa a la órbita del presente estudio —y a la competencia del autor de estas líneas—, redirigimos al lector al completísimo artículo de Antonio SERRANO PASCUAL, «El sistema de fuentes de las entidades locales (I)», *QDL. Cuadernos de Derecho Local*, núm. 2 (junio 2003), p. 7-41 (accesible en línea en: <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/38/qdl02_05_est01_serrano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta: 21 junio 2020).

4.1. NATURALEZA Y EFECTOS DEL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN DEMANIAL DE BIENES (ARTÍCULOS 45 Y SIGUIENTES DEL REGLAMENTO DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES)

Más específicamente, ahora nos ocupa el ejercicio de la potestad investigadora, que, según el artículo 45 RBEL, concede al ayuntamiento «la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman de su propiedad, siempre que ésta no conste, a fin de determinar la titularidad de los mismos».

Se trata de una facultad de la corporación municipal cuya finalidad es permitir al ente local investigar y conocer cuál es la situación de los bienes y derechos que —aparentemente— podrían ser de su propiedad, para facilitar así la disipación de las dudas que puedan existir al respecto en aquellos casos en que el consistorio no sepa, con total seguridad, que aquellos forman parte de su patrimonio.⁶⁰ Como tal, su incoación supone el paso previo para descifrar la actual situación jurídica de un bien que, tal vez, podría ser de titularidad pública, y tras su inicio el ayuntamiento empieza a discurrir por una senda que, eventualmente y dependiendo del resultado de la investigación, puede llevar al surgimiento de un conflicto que enfrente a la corporación con aquel o aquellos particulares que ostenten la posesión del bien o derecho o que se atribuyan —erróneamente o no— la condición de propietarios del bien investigado.

El ejercicio de esa facultad de investigación puede ser acordado de oficio por el ayuntamiento o mediando la previa denuncia formulada por un particular o por cualquiera otra Administración pública que tenga conocimiento de los hechos (según establece el art. 46 RBEL). El acuerdo de iniciación del expediente deberá publicarse en el *Boletín Oficial de la Provincia* y en el boletín municipal, si existe, y deberá darse traslado del mismo a las administraciones estatal y autonómica para que puedan hacer valer sus derechos y alegar lo que consideren conveniente (art. 49 RBEL). Una vez incoado el procedimiento, el ayuntamiento deberá abrir un periodo de audiencia a los afectados y un periodo de prueba durante el cual podrán practicarse y unirse al expediente cualesquiera documentos públicos, reconocimientos, dictámenes periciales y declaraciones testificales que coadyuven a esclarecer quien es el verdadero titular del bien o derecho objeto de la investigación.

Ulteriormente, una vez practicadas las pruebas propuestas y pertinentes, y una vez tomadas estas en consideración por la corporación local, se dará traslado a las personas que se vean afectadas por la investigación y hubiesen comparecido en la misma, para que en el plazo de diez días puedan alegar ante el ente local lo que a su derecho convenga (art. 52 RBEL).

60. Véase, por ejemplo, Antonio FANLO LORAS, «Capítulo xi: las prerrogativas locales», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de derecho municipal. Tomo I*, 2a ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 739-740, y Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 950-952.

Finiquitado el procedimiento administrativo regulado en los artículos 46-53 RBEL y tras la práctica de la prueba y las alegaciones de todos los afectados e interesados, el órgano competente de la corporación deberá decidir —previo informe del secretario-interventor municipal— si considera que de todas las pesquisas efectuadas y de las pruebas documentales, testificales y periciales valoradas se desprende que el bien investigado es titularidad del ayuntamiento. En caso afirmativo, el artículo 53 RBEL compele y obliga al ayuntamiento a:

- a) Proceder a la tasación de la finca o derecho.
- b) Incluir el bien o derecho en el inventario municipal de bienes.
- c) Adoptar las medidas tendentes a la efectividad de los derechos de la corporación (incluyendo, entre otras, el ejercicio de acciones civiles contra el poseedor no propietario, el uso de la potestad de recuperación de oficio prevista en el art. 70 RBEL, la inscripción del bien a su nombre en el Registro de la Propiedad a través del art. 206 de la Ley hipotecaria, etc.).

Además, si hubiese sido un particular el que principió el inicio del expediente de investigación, deberá entregársele —a modo de premio o incentivo— una cantidad equivalente al 10 % del valor líquido que la corporación obtenga mediante la enajenación del mismo o, en caso de que el bien no fuera vendido, este deberá ser premiado mediante la entrega del importe del 10 % del valor de tasación del bien objeto de la investigación (art. 54 RBEL).

Es relevante remarcar que, una vez llegado a término el expediente de investigación de bienes con resultado favorable, el ayuntamiento no solo podrá llevar a cabo estas medidas, sino que estará legalmente obligado a tomarlas. Como es notoriamente conocido, el patrimonio de las administraciones públicas es inalienable, imprescriptible e inembargable,⁶¹ y existen múltiples normas de *ius cogens* que obligan —por imperativo legal— a las administraciones a proteger y defender su patrimonio por todos los medios posibles,⁶² procurando la inscripción registral de los bienes y derechos que lo compongan y ejerciendo todas las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello.

61. Cfr. Artículos 132.1 de la Constitución española y 6a de la Ley 33/2003, del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP). No en vano, las comúnmente denominadas tres notas o características clásicas de la demanialidad —inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad— tienen su origen en el derecho romano, puesto que las *res publicae in publico uso* (los bienes públicos de uso público) ya gozaban de tales prerrogativas, eran ya *res extra commercium*. Véase ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Hacia un tratado de derecho administrativo romano», *Revista de Derecho UNED*, núm. 6/2010, p. 236 (accesible en línea en: <<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11003/10531>>; última consulta: 21 marzo 2020).

62. Con carácter general, véase el art. 28 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, que —de conformidad con la disposición final segunda del mismo cuerpo legal— tiene carácter de legislación básica y, por ende, resulta de aplicación a las entidades locales.

Así lo vienen estableciendo tanto los preceptos del ordenamiento jurídico-administrativo como la jurisprudencia más prolija. Más específicamente, tanto la LRBRL como el RBEL se hacen eco de este deber que recae sobre los hombros de los ayuntamientos, corporaciones y entes locales. Así, por ejemplo, el artículo 68.1 LRBRL establece que «las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos», noción que encontramos literalmente reiterada en el artículo 9.2 RBEL.⁶³

En lo relativo a la doctrina emanada de nuestros tribunales, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Única) de 17 de septiembre de 1999 (RJCA/1999/2758), que especifica que, en caso de que el ente local —una vez llegado a término el expediente de investigación— concluya que el bien investigado es de su titularidad, este no deberá solo tasar la finca o el derecho e incluirlo en el inventario, sino que quedará obligado a adoptar todas las medidas idóneas para asegurar y proteger los derechos de la corporación, entre las que se encuentran:

[...] las medidas tendentes a hacer efectivo el derecho o los derechos de la Corporación si hay usurpación u oposición. Estas medidas no son otras que la recuperación de oficio en cualquier tiempo si el bien es de dominio público y si es patrimonial recuperarlo si no ha pasado el año; la acción de deslinde administrativo y el ejercicio de acciones civiles ante los tribunales si el bien está inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de otra persona; proceder a la inmatriculación en el Registro de la Propiedad si no lo estuviera [...].

Una vez analizado el expediente de investigación, que conforma la fase de estudio y análisis previo a la toma de acción por parte del ayuntamiento, veamos a continuación qué concretos privilegios regulados en la normativa jurídico-administrativa local pueden enarbolar los ayuntamientos y las corporaciones locales, qué específicas actuaciones y actividades materiales puede desplegar el ente local para proteger los bienes que, apriorísticamente, formarían parte de su patrimonio.

63. Hemos de poner de relieve, además, que la obligación de defensa de los bienes propios de los ayuntamientos y entes locales no solo implica que estos deben iniciar todas las actuaciones administrativas, judiciales y extrajudiciales tendentes a asegurar la protección de los mismos y su efectiva posesión, sino que —consecuentemente— ésta vincula de tal modo a la Administración que constriñe fuertemente sus facultades procesales de transacción y desistimiento. Véase, por ejemplo, el art. 73 RBEL, que determina que «[l]as corporaciones locales no podrán allanarse a las demandas judiciales que afectaren al dominio y demás derechos reales integrantes de su patrimonio».

4.2. NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS DE LA POTESTAD DE DESLINDE ADMINISTRATIVO (ARTÍCULOS 56 Y SIGUIENTES DEL REGLAMENTO DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES)

En sentido estricto, la «amenaza» para el particular o los particulares involucrados no reside realmente en el expediente de investigación demanial de bienes (que, como hemos visto, simplemente constituye un cauce a través del cual el ayuntamiento puede formarse una opinión razonada acerca de si el bien objeto de la investigación tiene carácter privativo o si, por el contrario, es un bien demanial o patrimonial adscrito al patrimonio del consistorio), sino en las actuaciones que el ayuntamiento pueda iniciar tras la finalización de ese expediente de investigación demanial.

Así, el artículo 82 LBRL establece que las entidades locales disponen de la prerrogativa de recuperar por sí mismas la posesión de sus bienes, así como de la de deslindar los límites de los mismos. Dicha posibilidad es también preconizada por el artículo 56.1 RBEL, cuyo tenor literal reza: «Las corporaciones locales tendrán la facultad de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de los particulares, cuyos límites aparecieren imprecisos o sobre los que existieren indicios de usurpación».

En suma, el expediente de deslinde administrativo permite a la corporación llevar a cabo todas las comprobaciones que fueren necesarias para delimitar con precisión los límites y lindes de las fincas que sean de su titularidad, por lo que podrá ejecutar para ello todas las operaciones técnicas que fuera menester, de modo que el propio ente local podrá rectificar *motu proprio* y *manu militari* los límites materiales entre su finca y las fincas colindantes que sean propiedad de los particulares. Esto es: el ente local podrá —sin necesidad de solicitar el amparo de los tribunales— proceder al apeo o la determinación de los lindes y al posterior amojonamiento, consistente en efectuar una corrección o modificación unilateral de las características físicas de las áreas limítrofes de la finca (mediante el levantamiento de vallas, la construcción de muros, la colocación de hitos o mojones, etc.) para fijar con precisión los linderos de la misma (art. 64, 65 y 67 RBEL).

Así, como bien indica Ballesteros Fernández,⁶⁴ los requisitos de necesario cumplimiento para asegurar la viabilidad del ejercicio de la potestad de deslinde administrativo son los siguientes:

- a) La existencia de dos predios contiguos o colindantes, uno de los cuales pertenece a la Administración.
- b) La existencia, al menos ideal, de líneas divisorias que formen el perímetro delineador de los predios.

64. ÁNGEL BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 952 y 953.

c) La concurrencia de incertidumbre en la situación física de los límites, bien fuere porque los mismos son imprecisos, bien porque existen indicios de que han sido ilícitamente alterados o usurpados.

En el caso de que esos tres presupuestos concurren, el ayuntamiento podrá practicar diversas operaciones destinadas a delimitar los límites de la finca que sea objeto del expediente y a declarar provisionalmente la posesión de hecho sobre la misma, y procederá, si fuera necesario, a rectificar la situación física de los límites de la finca mediante el procedimiento de apeo.

El expediente de deslinde podrá iniciarse de oficio o incluso a instancia de los propietarios de las fincas que colinden con otras pertenecientes a las entidades locales o que estén enclavadas dentro de aquellas (art. 56.2 RBEL). Conforme a lo dispuesto en el artículo 58 RBEL, el ayuntamiento deberá confeccionar una memoria en la que deberán ser objeto de reseña:

a) La justificación técnica y jurídica del deslinde propuesto.

b) La descripción de la finca o fincas objeto del deslinde, con expresión de sus linderos generales, de sus enclavados, de las fincas colindantes a ellas y de su extensión perimetral y superficial.

c) El título de propiedad y, en su caso, el certificado de inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca a deslindar por el ente local, así como todas las informaciones posesorias que se hubieren practicado y los actos de reconocimiento que permitan aquilatar que la entidad local de que se trate ostenta la posesión de la finca que va a ser objeto de deslinde.

Tras el previo examen del contenido de dicha memoria, el pleno del ayuntamiento deberá adoptar el acuerdo de inicio del procedimiento y sus servicios deberán elaborar un presupuesto que englobe todos los gastos a los que previsiblemente se deberá hacer frente con motivo del deslinde. Si el expediente hubiese sido incoado a instancia de particulares interesados, serán estos quienes deberán hacer frente a los gastos presupuestados (art. 59 RBEL).

Una vez el deslinde haya sido acordado por la corporación, el acuerdo será notificado a los dueños de las fincas colindantes y a los titulares de *iura in re aliena* constituidos sobre las mismas, si los hubiere; y el mismo será también objeto de publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia*, en el boletín oficial del municipio —si lo hubiere— y en el tablón de anuncios del ayuntamiento con sesenta días de antelación a la fecha fijada para el inicio de las operaciones de deslinde (art. 60 y 61 RBEL).

Hasta veinte días antes del inicio de las actuaciones de deslinde, los interesados en el mismo (principalmente, los propietarios de las fincas sobre las que se está practicando el deslinde) podrán aportar al expediente administrativo todos los documentos que estimen oportunos en pro de la defensa de sus derechos.

Ulteriormente y solo si fuera necesario, el artículo 64 RBEL prevé que la corporación podrá ejecutar las operaciones de apeo, consistentes —como hemos dicho— en la fijación sobre el terreno de los linderos de la finca, y reflejar los mismos en un acta

redactada por el secretario de la corporación, en la que también deberán constar otra serie de extremos: el lugar y la hora de la operación, los datos de las personas concurrentes al acto, la descripción del terreno, del trabajo realizado *in situ* y de los instrumentos empleados para ello, la dirección y las distancias de las líneas perimetrales de las fincas, la situación, cabida y nomenclatura de la finca y otras manifestaciones u observaciones que fueren menester.

Finalmente, el acta, que deberá ser firmada por todos los presentes, se incorporará físicamente al expediente administrativo, acompañada por un plano a escala de la finca objeto de deslinde. Ballesteros Fernández⁶⁵ señala, además, que a la vista de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (antiguo art. 84 de la Ley 30/1992), la Administración instructora del expediente tendrá la obligación de dar audiencia a todas las personas que tengan interés en el deslinde.⁶⁶

En todo caso, una vez aprobado el deslinde por el pleno, ello comporta que el mismo será directamente ejecutivo (art. 65 RBEL) y la automática declaración, *ope legis*, de que la corporación ostenta la posesión de hecho provisional sobre la finca (art. 57.2 RBEL).

Una vez aprobado el deslinde y en el caso de que las fincas afectadas estén inscritas, el mismo deberá ser comunicado al Registro de la Propiedad para que se extienda una nota del acuerdo al margen de la inscripción de dominio (art. 57.3 RBEL); y si el predio no está inscrito en el Registro, se procederá a la inmatriculación del mismo, con inscripción previa del título escrito adquisitivo de la misma o de las certificaciones previstas en el artículo 36 RBEL (art. 68, párrafo segundo, RBEL).

En última instancia y siempre que así lo requieran las circunstancias, el consistorio podrá efectuar el amojonamiento (art. 67 RBEL), acto en el que podrán intervenir los interesados en el deslinde y que —como ya hemos relatado *ut supra*— consiste en erigir o colocar sobre el terreno una serie de elementos señalizadores (hitos, muros, vallas, mojones, etc.) que permitan ver con total claridad donde se sitúan los respectivos límites de la finca deslindada.

Desde el punto de vista jurídico-procesal, es nuestra obligación hacer hincapié en que el artículo 66 RBEL veta, mientras se esté sustanciando el procedimiento de deslinde, que cualesquiera de los afectados por el mismo pueda acudir al amparo de los tribunales para interponer un interdicto posesorio (art. 446 CC, 522-7 CCCat

65. ÁNGEL BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 954.

66. La deducción de Ballesteros Fernández queda confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala Contenciosa Administrativo, sede de Burgos) núm. 405/2000, de 22 de diciembre (JUR 2001/72394), en la que el tribunal, tras constatar que el Ayuntamiento de Fuentepinilla (Soria) no dio audiencia a los interesados en el expediente ni cumplió con otros muchos de los trámites regulados en el RBEL, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por un particular afectado por el deslinde y declara la nulidad de todas las actuaciones relacionadas con el mismo.

y 250.1.4.º LEC) o para formular una acción de deslinde relativa a la misma finca (art. 384 CC y 544-9 y sig. CCCat), lo que —evidentemente— puede tener importantes implicaciones de carácter estratégico a la hora de plantear la línea de actuación a seguir frente a la conducta del ayuntamiento o ente local. Textualmente, el citado precepto establece:

Iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión ni se admitirán interdictos sobre el estado posesorio de las fincas mientras no se lleve a cabo dicho deslinde.

A posteriori, cabe señalar que, aunque sea de modo redundante e innecesario, el artículo 65 RBEL contempla que el acuerdo resolutorio del expediente de deslinde podrá ser impugnado en vía contencioso administrativa y que todos los que crean que sus derechos han sido afectados por el mismo podrán acudir, en todo caso, ante la jurisdicción ordinaria para interponer las acciones interdictales, declarativas o reivindicatorias que resulten oportunas.

En este punto, reiteramos que el objeto del deslinde administrativo es determinar la ubicación exacta de los límites de la finca deslindada; averiguar, con arreglo a métodos técnico-científicos, cuál es la localización física de los mismos. La jurisprudencia ha destacado que el deslinde es una medida provisoria predirigida a proteger los bienes de la corporación, por lo que queda al albur de los tribunales ordinarios la determinación definitiva de los derechos de propiedad que puedan entrar en liza.

Tanto es así que, en cualquier caso, ni el inicio y posterior sustanciación del procedimiento, ni la autoejecución del apeo y del ulterior amojonamiento, pueden servir como pretexto para que el ayuntamiento utilice este cauce a modo de una especie de acción reivindicatoria subrepticia y encubierta. Como decíamos, el privilegio de deslinde administrativo solo puede emplearse para determinar cuáles son los límites reales de una finca con base en la documentación aportada y en los estudios técnicos efectuados, y el ayuntamiento procederá ulteriormente a declarar esos límites y —si fuere necesario— a transponerlos sobre la realidad material mediante la ejecución del procedimiento de apeo.

En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a, sede de Málaga) núm. 1173/2006, de 30 de junio (JUR/2007/78687), que, tras destacar la naturaleza del deslinde administrativo como exponente de la autotutela de la Administración, afirma que el deslinde no puede ser confundido —de ninguna de las maneras— con la acción reivindicatoria del artículo 348 CC, ni puede ser espuriamente empleado para fintar o soslayar la interposición de aquella en los casos en que así sea necesario,⁶⁷ así como

67. Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León (Sala Contenciosa Adminis-

que su incoación tampoco puede obedecer a la intención de empeorar la posición procesal de los particulares en un eventual pleito futuro:

Ahora bien, esta facultad exorbitante de la Administración sobre los particulares tiene como límite que el procedimiento administrativo tenga un objeto limitado. En efecto, el deslinde realizado por la Administración no sustituye a la acción reivindicatoria ni declara la propiedad del inmueble; sólo declara y constituye la posesión de la Administración sobre los bienes deslindados [...]. Por tanto, las cuestiones relativas al ejercicio de las acciones civiles sobre los títulos de propiedad contemplados en el procedimiento, o los derechos que puedan incidir sobre la propiedad deslindada, deberán ser resueltos con posterioridad a la resolución que aprueba el deslinde y ante la jurisdicción ordinaria. [...]

Más concretamente la jurisprudencia ha precisado (STS 3 de marzo de 1992) que el deslinde no debe convertirse en una acción reivindicatoria simulada, y no puede con tal pretexto la Administración hacer declaraciones de propiedad sobre terrenos en los que los particulares (sic) ostenten derechos de propiedad y prueben posesión superior a un año, ya que el deslinde sólo sirve para la fijación precisa de la situación posesoria entre las fincas deslindadas, quedando reservadas todas las cuestiones de índole civil a la jurisdicción ordinaria.

Del mismo modo, la corporación ha de tener en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia emanada de los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa, no podrá emplear la potestad de deslinde administrativo para controvertir o modificar las situaciones jurídicas consolidadas y protegidas por la normativa hipotecaria (por ejemplo, art. 34 y 38 LH). Sobre este extremo resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a) de 20 de febrero de 2002 (RJCA 2002/487), que, mediante cita de la doctrina del Tribunal Supremo, aquilata que:

En este sentido, la STS de 1 de marzo de 1983, [con] referencia a otras muchas, entendió que la inscripción registral produce la legitimación prevenida en el

trativa, Sección 1a, sede de Burgos) núm. 68/2004, de 20 de febrero: «[...] ha de decirse que los deslindes administrativos no resuelven más que problemas de límites, sin que, por tratarse de un acto administrativo, pueda ser determinante de declaración de propiedad, ni tan siquiera de posesión, que solo puede decidirse en juicio ordinario ante la jurisdicción civil. [...] [El uso de la potestad de deslinde] no debe encubrir una acción reivindicatoria, sino simplemente una concreción física de algo existente en un punto determinado del espacio, pero con límites difusos o poco claros, y que además, sobre esa superficie tenga la posesión la propia administración, significando lo expuesto que el deslinde delimita una finca como cuerpo cierto y, por tanto, no puede afectar al derecho de propiedad, produciendo una declaración de posesión de naturaleza provisional, en tanto no se produzca una sentencia civil en sentido contrario».

art. 38 de la Ley Hipotecaria, y consiguientemente el deslinde administrativo no puede desconocer, sino que ha de respetar esta presunción de legalidad en favor de la titular registral, que sólo puede ser destruida por sentencia mediante el ejercicio de las acciones, no sólo en el orden de la titularidad registral sino también en el de la posesión legal, de ahí que la delimitación haya de hacerse con respeto de esas situaciones de propiedad y posesión.⁶⁸

Por último, ha de tenerse en cuenta que, como ya hemos señalado en relación con anteriores extremos tratados en este artículo y tal y como destaca la doctrina científica,⁶⁹ en el caso de que nos encontremos ante propiedades públicas especiales habrá de estarse a los procedimientos de deslinde previstos en la normativa específica. Por ejemplo, se prevén procedimientos especiales en los artículos 11-16 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; 20 y 21 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes; 95 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas, y 7-9 de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias.

4.3. NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS DE LA POTESTAD DE RECUPERACIÓN DE OFICIO O PRIVILEGIO DE *INTERDICTUM PROPRIUM* (ARTÍCULOS 70 Y 71 DEL REGLAMENTO DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES)

El expediente de recuperación de oficio, también denominado por la doctrina *acción cuasi interdictal*, *interdicto administrativo* o «*interdictum proprium*», dadas sus similitudes con los interdictos posesorios civiles, es una potestad exorbitante mediante la cual las corporaciones locales pueden recobrar la posesión de los bienes de dominio público en cualquier momento. En concreto, el artículo 70 RBEL establece literalmente las siguientes previsiones:

1. Las corporaciones locales podrán recobrar por sí la tenencia de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo.

68. Con idéntico tenor se pronuncia la algo más antigua Sentencia núm. 1029/1999, también del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a), de 4 de noviembre (RJCA 1999/4568): «En conclusión, la titularidad de un derecho de propiedad sobre fincas inscritas en el Registro de la Propiedad hace que entren en juego los principios de fe pública y legitimación registral, que impiden a la Administración hacer una declaración provisional de posesión que contradiga la declaración o presunción legal del art. 38 de la Ley hipotecaria». A semejante conclusión llega la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala Contenciosa Administrativa) de 7 de marzo de 1998 (RJCA 1998/852).

69. Juan Antonio HURTADO MARTÍNEZ, «El control jurisdiccional del procedimiento de deslinde administrativo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 791 (2010), p. 1.

2. Cuando se tratare de bienes patrimoniales, el plazo para recobrarlos será de un año, a contar del día siguiente de la fecha en que se hubiera producido la usurpación, y transcurrido ese tiempo procederá la acción correspondiente ante los tribunales ordinarios.

3. No se admiten interdictos contra las actuaciones de los agentes de la autoridad en esta materia.

La concesión por el legislador de esta potestad exorbitante a los ayuntamientos y entes locales implica que estos están obligados al ejercicio de esta potestad cuando hayan perdido la posesión de un bien y siempre que concurren los requisitos previstos en la norma. Ítem más: la doctrina y la jurisprudencia han venido ratificando que queda vedada para las corporaciones locales la posibilidad de acudir a los interdictos posesorios civiles para recuperar y retener la posesión de sus bienes, de modo que queda únicamente expedita para éstas la vía del ejercicio de la prerrogativa de *interdictum proprium*.⁷⁰

Como se dilucida del apartado segundo del artículo 70 RBEL, el ordenamiento jurídico-administrativo local distingue, en esta materia, entre bienes patrimoniales y bienes de carácter demanial. El plazo para recuperar la posesión de los primeros será de un año desde el día siguiente a aquel en que la corporación perdió esa posesión en pro de un tercero. Sobrepasado ese plazo, el ayuntamiento o ente local deberá acudir al amparo de los tribunales ordinarios y procederá al ejercicio de la acción que resulte oportuna —ordinariamente, y por mor de la mera lógica, la acción reivindicatoria.

En cambio, en el caso de que estemos ante bienes de dominio público y de carácter demanial, la corporación local podrá recuperar a través de este cauce la posesión de los mismos, con independencia del momento temporal en que tuviera lugar el despojo posesorio.

No obstante, el ayuntamiento debe acreditar, en el seno del expediente, que en algún momento ostentó la posesión pública del bien cuyo *ius possessionis* se quiere recobrar. Empero, en caso de que la desposesión hubiera tenido lugar muy recientemente, las exigencias probatorias se atenúan —o deberían atenuarse— en atención a lo dispuesto por el artículo 71.2 *in fine* RBEL.

Del mismo modo, debemos dejar aquí apuntado que esa acreditación deberá ser más o menos intensa, que la prueba aportada por el ente local al expediente deberá ser más o menos cumplida dependiendo de lo prolongado del interin temporal transcurrido entre el despojo posesorio y la incoación del expediente de recuperación de oficio. Es decir, la prueba deberá de ser proporcionada al tiempo transcurrido desde

70. Así lo atestigua, mediante cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tomás COBO OLVERA, «La potestad de recuperación de oficio de las entidades locales», en Tomás COBO OLVERA (dir.), *Tratado de derecho local*, 1a ed., Pamplona, Aranzadi, 2010, p. 2.

ese despojo y habrá de valorarse —evidentemente— en relación con las pruebas aportadas por el particular que alegue ostentar mejor derecho para poseer.

Sobre este extremo arroja luz la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala Contenciosa Administrativa) núm. 998/2002, de 27 de mayo, que, mediante cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1998, expresa:

Con relación a esta institución ha declarado la Jurisprudencia (STS de 14 de octubre de 1998): «Ciertamente la facultad que nos ocupa, sustancialmente, constituye una acción interdictal actuada directamente por la propia autoridad de la Corporación, y requiere en su ejercicio, aunque se trate de una usurpación reciente, que se acredite la patente y manifiesta condición de los bienes objeto de dicha acción, así como que la posesión de los particulares resulta indebida de forma indubitada e indiscutible. Dicho de otra manera, si bien la prueba de la efectiva posesión pública debe ser proporcionada al tiempo mayor o menor transcurrido desde el despojo —para evitar que se haga ilusorio el ejercicio de la indicada facultad—, deberá igualmente valorarse de forma comparativa con las pruebas, en su caso, aportadas por el particular que alegue derechos posesorios al respecto.

Finalmente tampoco puede ponerse en duda que es de todo punto necesario delimitar expresa y puntualmente con la debida probanza justificativa, el bien en cuestión ya que sólo sobre esa base podría acreditarse la posesión de la Administración, fundamento de la recuperación que reacciona frente a la usurpación (Sentencias del Tribunal Supremo Sala 4ª de 9 de junio de 1986, 23 de marzo de 1987, 6 de junio de 1988; Sala 3ª Sección 1ª de 22 de noviembre de 1989, 5 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, entre otras).

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia más prolijas,⁷¹ los requisitos que han de ser observados para poder dar inicio al expediente de recuperación de oficio son los que se reseñan a continuación:

a) Que el bien pertenezca a la entidad local. Algunos autores, como Cobo Olvera, interpretan que dentro de esta categoría de «pertenencia» resultan subsumibles

71. Véanse Tomás COBO OLVERA (dir.), *Tratado de derecho local*, p. 7-9, y Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 957 y sig. Los requisitos aquí listados son también recogidos por la ya algo vetusta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala Contenciosa Administrativa, Sección Única) de 17 de septiembre de 1999 (RJCA/1999/2758): «Según han sido perfilados jurisprudencialmente, se precisa para el restablecimiento de la posesión de los bienes demaniales: a) que los bienes sean de pertenencia de la Corporación Local, cualquiera que sea su naturaleza jurídica; b) que sean indebidamente poseídos; c) que se ejercite la iniciativa recuperatoria dentro de plazo, si se refiere a bienes de propios; d) que exista previo acuerdo corporativo sobre base documental que acredite la posesión, sin hacer declaraciones sobre titularidad dominical; y e) que exista completa identidad entre lo poseído y lo usurpado, ya que en caso contrario ha de procederse al previo deslinde».

no solo los bienes que sean —en sentido estricto— propiedad de las corporaciones locales, sino también aquellos otros que sean utilizados o empleados por estas en el ejercicio de sus competencias.⁷²

Por otro lado, Ballesteros Fernández⁷³ apuntala que —tal y como hemos visto anteriormente en sede de deslinde administrativo— el ayuntamiento o ente local no podrá enarbolar esta potestad exorbitante en aquellos casos en que el particular se encuentre en una situación posesoria de mejor condición, como ocurre en el caso de que la misma esté protegida por una inscripción registral (art. 38 LH).

b) Que la posesión sobre el bien sea indebidamente ostentada por los particulares.

c) Si el bien tiene naturaleza patrimonial y no demanial, que la acción se ejercite en un plazo no superior a un año desde el día después a aquel en que el ayuntamiento perdió la posesión del mismo.

d) Que exista un acuerdo previo de la corporación, al que habrán de acompañar los documentos acreditativos de la posesión. La jurisprudencia exige que la prueba sobre la naturaleza demanial o patrimonial del bien y sobre su uso público sea suficiente, plena y acabada, salvo que entre la usurpación de la posesión y el inicio de la recuperación de oficio hubiere transcurrido un período temporal razonablemente breve, en cuyo caso —como hemos señalado *ut supra*— el estándar de prueba queda mitigado, según el tenor literal del artículo 71.2 RBEL.

e) Que el antedicho acuerdo de la entidad no contenga declaración alguna sobre la titularidad dominical del bien, puesto que, del mismo modo que en los otros expedientes sobre los que ya hemos tratado, mediante el ejercicio de esta medida de recuperación de oficio, de protección y conservación de bienes demaniales y patrimoniales —auténtica expresión de la «autotutela decisoria y ejecutiva de matiz conservador» (STS de 16 de diciembre de 1985) que el legislador concede a las entidades locales—, las corporaciones no prejuzgan ni determinan en modo alguno quién es el verdadero *dominus* del bien recuperado o quién ostenta el *ius possidendi* sobre el mismo, cuestión que queda, como siempre, al albur de los tribunales del orden jurisdiccional civil.⁷⁴

f) Que exista una completa identidad entre el bien en su día poseído por la corporación y lo usurpado por el particular, puesto que en caso contrario deberá acudir previamente al expediente administrativo de deslinde (art. 56 y sig. RBEL).

De conformidad con lo previsto en el artículo 71.1 RBEL, el procedimiento podrá iniciarse de oficio o por denuncia de los particulares, en línea con lo establecido

72. Tomás COBO OLVERA (dir.), *Tratado de derecho local*, p. 7.

73. Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 957.

74. Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Manual de Administración local*, p. 957, y Tomás COBO OLVERA (dir.), *Tratado de derecho local*, p. 4.

por el artículo 46 RBEL; y, una vez iniciado, no se admitirán interdictos civiles contra las actuaciones de los agentes de la autoridad en esta materia.

En cualquier caso, deberá darse audiencia al presunto usurpador o perturbador del bien de que se trate, de conformidad con el principio asentado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común (LPAC); y la incoación del procedimiento requerirá el acuerdo previo de la corporación, precedido del preceptivo informe expedido por el secretario (art. 9 RBEL). Al acuerdo de iniciación deberán acompañarlo todos los documentos acreditativos de la posesión.

Una vez acordado el uso de esta prerrogativa, el artículo 71.3 RBEL permite al ayuntamiento el uso de todos los medios compulsorios legalmente admitidos (art. 104 LPAC), pero siempre procurando priorizar las intervenciones que sean menos restrictivas de las libertades individuales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 100.2 LPAC.

En último lugar, el artículo 71.4 RBEL efectúa una remisión a la legislación en materia de recuperación de oficio de montes públicos patrimoniales, a la que deberá de estarse en caso de que el bien ocupado pertenezca a la precitada categoría especial. Aprovechando esa remisión, reiteramos aquí las mismas advertencias ya efectuadas en el apartado 4.2 con respecto a que, en determinadas materias (reguladas por la legislación sobre vías pecuarias, montes, aguas, costas, etc.), deberá de estarse también atento a lo previsto en la normativa jurídico-administrativa específica.

4.4. SOMERA REFERENCIA A LA POTESTAD DE DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE LOS ENTES LOCALES. DISTINCIÓN RESPECTO DEL EXPEDIENTE DE RECUPERACIÓN DE OFICIO (ARTÍCULOS 120 Y SIGUIENTES DEL REGLAMENTO DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES)

El artículo 44.1*d* RBEL contempla la potestad de desahucio administrativo como la última de las prerrogativas exorbitantes ostentadas por las administraciones locales en relación con sus bienes. En concreto, esta potestad permite a los entes locales iniciar un procedimiento administrativo de carácter sumario a través del cual pueden declarar unilateralmente la rescisión, anulación, caducidad o extinción de un título de carácter concesional que legitime a uno o varios particulares para utilizar de manera especial o de manera privativa un bien de dominio público; y pueden, además, si es necesario, proceder con posterioridad a despojar al particular de la posesión del bien a través de medios coercitivos (art. 120 RBEL). Asimismo, también permite proceder al lanzamiento de los particulares cuyos bienes hayan sido objeto de expropiación forzosa (art. 122.1 RBEL).

Como se infiere del propio título del presente apartado, aperebimos al lector de que, por una razón muy sencilla, no profundizaremos en la naturaleza, el régimen jurídico y los efectos de esta potestad.⁷⁵

Habida cuenta de que la potestad de desahucio administrativo se circunscribe a la facultad de la Administración para extinguir unilateralmente un título concesional (entre los que podemos contar, por ejemplo, la condición de precarista del bien, la existencia de un contrato de arrendamiento,⁷⁶ la concurrencia de un derecho real sobre una cosa ajena que lleve aparejado el uso y disfrute del bien —como pudiera ser la cesión a determinados cuerpos de funcionarios del ayuntamiento de viviendas de titularidad pública para su uso mientras permanezcan en el cargo—,⁷⁷ etc.) que permite a un tercero usar y poseer un bien inmueble que pertenece de forma innegable al dominio público, y proceder ulteriormente —si el poseedor no desalojase voluntariamente el inmueble— a la expulsión o remoción del tercero poseedor a través de la compulsión física, resulta evidente que esta potestad administrativa no entrará en juego en aquellos casos en que los particulares estén en situación de plantearse la interposición de una acción reivindicatoria contra la corporación local de que se trate, puesto que no existirá ninguna clase de duda o será imposible controvertir que la finca objeto de desahucio es propiedad del ente local. Consecuentemente, esta potestad de

75. Para un análisis más completo de la figura del desahucio administrativo, véase, por ejemplo, José María MACÍAS CASTAÑO, *El desahucio administrativo. La problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional*, Seminari de Dret Local de la Federació de Municipis de Catalunya, abril 2004 (accesible en línea en: <http://seminari.fmc.cat/ARXIUS/autors04_05/Abril_04.pdf>; última consulta: 24 junio 2020).

76. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a, sede de Málaga) núm. 114/2004, de 29 de julio (RJCA 2005/29), en la que el tribunal ratificó y validó la procedencia del expediente de desahucio administrativo iniciado por la Diputación Provincial de Málaga contra el arrendatario de la plaza de toros La Malagueta, radicada en la ciudad homónima, en tanto el arrendatario incumplió la cláusula decimoctava del contrato de arrendamiento, en la que se establecía que «en caso de extinción del contrato por alguna de las causas previstas en la disposición décimo séptima, el arrendatario debía entregar dentro de los 15 días siguientes el inmueble arrendado y los elementos y enseres objeto de ese contrato en perfecto estado».

77. Un lance de estas características es dirimido por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 4a) de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9037), en la que el Alto Tribunal confirma íntegramente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Contenciosa Administrativa) de 9 de octubre de 1990, mediante la que se desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto por el hijo y el yerno de un fallecido guardián de un grupo escolar que disponía del uso de una casa habitación como beneficio derivado de su condición de empleado público del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

En concreto, el hijo y el yerno del fenecido alegaban que continuaban ostentando título suficiente para mantener la ocupación de la vivienda a pesar de que se había producido la muerte del trabajador (y, por tanto, había tenido lugar la extinción de la relación laboral entre el Ayuntamiento y el fenecido, ex art. 49.1.5 del Estatuto de los trabajadores entonces vigente), mientras que el consistorio entendía lo contrario y procedió, pues, a la incoación del correspondiente expediente de desahucio administrativo.

los entes locales queda fuera de la órbita del presente artículo, dado que el objeto del mismo es estudiar las particularidades dimanantes del posible ejercicio de una acción reivindicatoria del dominio contra las administraciones locales.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa) de 11 de julio de 1984 (RJ 1984/4087) pone de manifiesto la diferencia entre el ámbito de aplicación del expediente de recuperación de oficio (reservado para aquellos casos en que la posesión del bien de dominio público fue indebidamente usurpada por los particulares y no vino sustentada mediante título alguno) y el ámbito de aplicación del expediente de desahucio administrativo, circunscrito a aquellos casos en que se haya producido la expropiación del bien o la extinción de la autorización, concesión o título ocupacional que inicialmente sí hubiere dado al tercero título suficiente para usar y poseer el inmueble de que se trate:

Que el Club Polideportivo de Trujillo, ante su desahucio administrativo del campo municipal de fútbol acordado por el Ayuntamiento por la condición de precarista en que venía usándolo, no niega en el expediente administrativo ni en este proceso tal condición de poseedor en precario [...].

[...] Una cosa es la facultad del Ayuntamiento de reaccionar, por su propia autoridad, contra las perturbaciones del uso público de los bienes municipales cometidas por personas al margen de todo vínculo obligacional con el Ayuntamiento, materia regulada en los artículos 404 de la Ley de Régimen Local y 55 del Reglamento de Bienes (recuperación), y otra bien distinta es la facultad de desahucio administrativo por extinción de los derechos constituidos sobre dichos bienes, que confiere el artículo 107 del repetido Reglamento [hoy, art. 120 y sig. RBEL] y que ha ejercitado con toda legalidad el Ayuntamiento demandado en cuanto que, acreditada la propiedad municipal del campo de fútbol y la condición de precarista del Club apelante, la extinción del uso del mismo por dicho Club se produce por la libre voluntad municipal y ello autoriza al Ayuntamiento para ejercer la acción sumaria de desahucio.

En relación con la vertiente procesal de la cuestión, sí debemos hacer hincapié, no obstante, en que el artículo 122 RBEL establece que, dada la competencia de las corporaciones locales para ordenar el desahucio administrativo, queda vedada la intervención de otros organismos que no estén previstos en el título segundo del RBEL, así como «la admisión de acciones o recursos por los tribunales ordinarios excepto en los supuestos previstos en la Ley de expropiación forzosa».

5. CUESTIONES JURÍDICO-PROCESALES

5.1. JURISPRUDENCIA SOBRE COMPETENCIA DEL ORDEN CIVIL PARA LA RESOLUCIÓN DE ACCIONES RELATIVAS AL DOMINIO

Como ya veníamos adelantando a lo largo del artículo —y aunque especificarlo pueda parecer casi una perogrullada, pues la cuestión no suscita duda alguna—, la competencia para dirimir controversias relativas a la determinación de la propiedad reposa exclusivamente sobre los tribunales del orden civil. Así lo estipula no solo la normativa procesal aplicable (art. 85 LOPJ, 45.1 LEC y 3ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa), sino también la jurisprudencia constante y reiterada de nuestros tribunales.

Con una simple búsqueda, el lector hallará una abundante cantidad de resoluciones que atribuyen a los órganos jurisdiccionales civiles la competencia objetiva en esta clase de litigios. Sin embargo y para la conveniencia de aquellos que lean estas líneas, a continuación seleccionamos algunas sentencias que clarifican incontestablemente la cuestión.

Véase, a modo de ejemplo, lo establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) núm. 1091/2006, de 23 de octubre (RJ 2006/6715), que indica con absoluta claridad que son los tribunales civiles ordinarios los que ostentan la competencia para decidir sobre la atribución del dominio, incluso en aquellos casos en que ha tenido lugar la intervención de alguna Administración pública con ocasión del ejercicio de la potestad expropiatoria o de alguna otra potestad exorbitante de naturaleza jurídico-administrativa:

Ello no obstante, y considerando que el Tribunal *a quo* declaró de oficio la incompetencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre las indemnizaciones por las actuaciones administrativas en relación a tal finca, aunque no para declarar el derecho de propiedad de los actores sobre la misma, siendo ello el objeto del presente recurso, cabe señalar, a tal respecto, que la Jurisdicción civil resulta competente para declarar el derecho de propiedad, con base en el título de adquisición del dominio de que se trate [...].

En definitiva, resulta competente este Orden jurisdiccional civil para declarar el derecho de propiedad sobre el bien objeto de litigio, para discutir la titularidad dominical de la finca, sin que, se insiste, quepa entrar en cuestiones de fondo, al no ser objeto de esta casación. *La competencia de esta Jurisdicción para conocer de cuestiones civiles suscitadas contra la Administración relativas al derecho de propiedad ha sido ya reconocida por esta Sala en Sentencias de 30 de marzo de 1977 (RJ 1977, 1359), 18 de julio de 1989 (RJ 1989, 5712), que dice (fundamento 1º, in fine): «la determinación de si se han cumplido o no los preceptos relativos a los modos de adquirir la propiedad y la posesión, incumbe exclusivamente a la jurisdicción ordinaria y, en general, que las declaraciones sobre propiedad son ajenas*

a la competencia de dicha jurisdicción contenciosa-administrativa, al ejercitarse una acción reivindicatoria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 348 del Código civil en relación con el 349 del propio código, es forzoso concluir que la jurisdicción competente para conocer de la cuestión objeto de litis es la civil ordinaria», y 9 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3879), que trata un supuesto semejante al que nos ocupa, en la que se declara que «Ni la sentencia recurrida ni esta Sala entran en el examen del expediente expropiatorio ni, en consecuencia, se detienen en su validez ni en el análisis de los actos administrativos. Simplemente, una vez ha terminado el expediente y comprobado que una parte de la finca no fue ocupada (ni pagada) se ha ejercitado una acción declarativa sobre ella. Y esta acción corresponde a la jurisdicción civil.

La misma tesis es asentada, de manera algo más concisa, por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala Contenciosa Administrativa, Sección 1a, sede de Burgos) núm. 154/2008, de 25 de abril (núm. recurso 215/2007), en su fundamento jurídico séptimo:

Está claro por tanto que ni el Ayuntamiento puede declarar propiedades ni que tampoco esta Sala en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales en el ámbito contencioso-administrativo puede otorgar o denegar titularidades de bienes; es por ello que *las valoraciones y conclusiones que la Sala realice sobre la propiedad o titularidad de los bienes inmuebles discutidos tan solo lo son con efectos meramente prejudiciales y nunca con valor de cosa juzgada por cuanto que a las partes, les queda el recurso de poder o reivindicatoria respecto del terreno objeto de discusión, que fue objeto del expediente administrativo de autos y que concluyó con el acuerdo municipal en el que se reconoce el carácter de bien municipal de uso público de la parcela «La Charca» y con el acuerdo de recuperación del mismo.*

Por último en materia jurisprudencial y para no abrumar al lector con más resoluciones, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3a) núm. 357/2006, de 1 de septiembre (AC 2006/1992), que, recurriendo a la cita de varias resoluciones del Tribunal Supremo, aquilata:

Sentado lo anterior, debe precisarse, por último, que la vía civil es la adecuada para el planteamiento de una acción reivindicatoria, conforme ya expusiera la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1989 (RJ 1989, 5712), citada en la de 21 diciembre 1991, en el siguiente sentido: «si además tenemos en cuenta de acuerdo con el artículo 2º de la propia ley [se está refiriendo a la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa], no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria, a cuyo respecto según doctrina la determinación de si se han cumplido o

no los preceptos relativos a los modos de adquirir la propiedad y posesión incumbe, exclusivamente, a la jurisdicción *ordinaria y en general*, *que las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de dicha jurisdicción contencioso-administrativa, al ejercitarse una acción reivindicatoria*, al amparo del art. 348 CC en relación con el 349 del propio Código es forzoso concluir que la jurisdicción competente para conocer la cuestión objeto de la litis es la civil ordinaria», doctrina reiterada en la Sentencia de este mismo Tribunal de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10670).

Como colofón y a título ilustrativo, la misma conclusión es expuesta por Hurtado Martínez cuando establece que si bien la jurisdicción civil es la competente para resolver las cuestiones relativas a derechos reales y titularidades, la jurisdicción contenciosa es la que —evidentemente— resulta competente para fiscalizar las actuaciones inherentes al ejercicio de las potestades administrativas esgrimidas por la Administración de que se trate:

Como venimos apreciando, *las cuestiones de fondo referentes a la propiedad y los derechos y titularidades, sobre los bienes afectados por el deslinde [administrativo], se defieren al conocimiento de los órganos integrados en el Orden Civil. [...]*

La jurisdicción civil (STSJ Navarra Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de enero de 2002) es la competente para el conocimiento de las cuestiones de propiedad sobre el inmueble, conforme al artículo 43.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Navarra [...] pero ello no excluye que la jurisdicción contenciosa pueda fiscalizar lo que es el conocimiento de las cuestiones inherentes a los elementos de las potestades administrativas que se ejercitan, en este caso, el presupuesto habilitante para el ejercicio de dicha potestad administrativa, exorbitante, como es la de deslinde administrativo, cuyo enjuiciamiento está sustraído al conocimiento de la jurisdicción civil. El ejercicio de esta potestad no puede en ningún caso quedar exento de la fiscalización en vía administrativa.⁷⁸

5.2. ESTUDIO SOBRE LA NECESIDAD DE CONSTITUIR UN LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

En último lugar y poniendo ya fin al presente artículo, queremos poner de manifiesto que —generalmente— es necesario llamar al procedimiento a todas las personas que puedan tener un interés directo o que puedan resultar afectadas por la

78. Juan Antonio HURTADO MARTÍNEZ, «El control jurisdiccional del procedimiento», p. 7-8.

resolución que solvente el conflicto sobre el inmueble, en tanto estas quedarán obligadas a estar y pasar por el resultado de la acción contradictoria del dominio ejercitada por la actora.

Tal aseveración no es gratuita, sino que viene apoyada sobre la jurisprudencia asentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Así, podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2006, 2 de abril de 2003 y 18 de junio de 2003, entre otras muchas:

Más específicamente y en materia de dominio sobre bienes inmuebles, arroja luz sobre la cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1a) núm. 459/2008, de 30 de mayo, resolución que, además de reiterar la doctrina jurisprudencial asentada por las sentencias reseñadas en el párrafo anterior, determina que será necesario llamar al proceso —como mínimo— a los titulares registrales de la finca, además del resto de personas públicas o privadas que puedan tener algún interés en el procedimiento:

[E]s doctrina constante [...] que «La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar a juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes, sino además por incompatibles», *doctrina claramente aplicable desde el momento en que no puede acogerse una acción en que se reivindica el dominio de inmuebles que constan inscritos en el Registro a favor de terceros sin antes traerlo al proceso, puesto que los titulares registrales se encuentran amparados por el principio de legitimación a que alude el art. 38 de la Ley Hipotecaria*, y el asiento respectivo a su favor, bajo la salvaguarda de los Tribunales, precisándose su presencia en el pleito, y una verdadera oportunidad de ser oídos en defensa de su derecho, para que pueda prosperar la pretensión formulada en su contra por quien se dice propietario de mejor derecho en la realidad extrarregistral.

A la vista de la precitada sentencia y en nuestra opinión, consideramos que, por ejemplo, en el caso de que una persona aparezca como titular registral de una finca y otra completamente distinta conste en el Catastro como titular de la misma, la demanda deberá interponerse contra ambas. Ídem en el caso de que —imaginemos— el ayuntamiento o ente local inmatriculase en el Registro, y a través de la vía del artículo 206 LH, una finca que realmente no es de su titularidad y procediera ulteriormente

a constituir sobre la misma, por ejemplo, un derecho real de vuelo, usufructo o superficie que luego cediese gratuita u onerosamente a un tercero.

En tal caso y dado que el derecho real del que se beneficia ese tercero pende del derecho de propiedad que se ha arrogado erróneamente el ayuntamiento, ha de entenderse que el titular de ese derecho real tiene un interés directo en el resultado del pleito, puesto que si decae el derecho de propiedad de quien le concedió —sin ser realmente propietario— el *iura in re aliena*, decaerá al tiempo su propio derecho real, puesto que este fue constituido por quien no tenía potestad para ello, por lo que el acto de constitución será nulo de pleno derecho (art. 6.3 CC).

Por último, hemos de mencionar que, en algunas ocasiones, la propia normativa específica que resulta de aplicación es la que establece la obligación de constituir determinados litisconsorcios pasivos, como ocurre en el caso de que se entable un litigio que verse sobre la propiedad de un monte catalogado, en cuyo caso el artículo 18.2 de la Ley de montes establece que, además de la entidad pública que sea titular del mismo, habrá de ser también codemandada la comunidad autónoma en cuyo territorio se hallare el antedicho monte.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA POBLET, Manuel (dir.). «Nuevo régimen local, tomo 1». *El Consultor de los Ayuntamientos. Revista de Administración Local* [Madrid: Abella], 1988.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho civil III. Derecho de bienes*. 9a ed. Barcelona: Bosch, 2002.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel. *Manual de administración local*. 5a ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2006.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. «Usucapión de la servidumbre de paso en nuestro derecho común». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 7 (2001).
- COBO OLVERA, Tomás. «La potestad de recuperación de oficio de las entidades locales». En: COBO OLVERA, Tomás (dir.). *Tratado de derecho local*. 1a ed. Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 2.
- DÍAZ FUENTES, Antonio. *El deslinde. Civil y administrativo*. 1a ed. Barcelona: Bosch, 2009.
- FANLO LORAS, Antonio. «Capítulo XI: las prerrogativas locales». En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.). *Tratado de derecho municipal, tomo 1*. 2a ed. Madrid: Civitas, 2003.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Hacia un tratado de derecho administrativo romano». *Revista de Derecho UNED*, núm. 6/2010.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier. «Comentario al artículo 384 del Código civil». En:

- VALPUESTO FERNÁNDEZ, M. Rosa; ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; PABLOS CONTRERAS, Pedro de; CAÑIZARES LASO, Ana (dir.). *Código civil comentado. Volumen I*. 2a ed. Madrid: Civitas, 2016.
- HURTADO MARTÍNEZ, Juan Antonio. «El control jurisdiccional del procedimiento de deslinde administrativo». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 791 (2010).
- MACÍAS CASTAÑO, José María. *El desahucio administrativo. La problemática de su ejecución: la entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional*, Seminari de Dret Local de la Federació de Municipis de Catalunya, abril 2004.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar. «La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30-II (2014).
- PONCE SOLÉ, J. «Algunas consideraciones jurídicas sobre los caminos de uso público y titularidad municipal». *Quaderns de Dret Local*, núm. 15 (octubre 2007), p. 33.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. 5a ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- SERRANO PASCUAL, Antonio. «El sistema de fuentes de las entidades locales (I)». *QDL. Cuadernos de Derecho Local*, núm. 2 (junio 2003), p. 7-41.

JURISPRUDÈNCIA
I RESOLUCIONS

RECUILL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Rosa Barceló Compte
Investigadora postdoctoral
Universitat de Barcelona

Aquest treball conté un resum de resolucions en matèria de dret civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya des del període comprès entre el mes de juliol de 2019 i el mes de març de 2020. Hem seleccionat les sentències que hem considerat més oportunes perquè contenen alguna qüestió rellevant dogmàticament, amb la intenció que aquesta recopilació serveixi al lector com a eina d'interpretació i aplicació de la normativa catalana en matèria civil.

1. DRET DE FAMÍLIA

1.1. EFECTES DE LA NUL·LITAT DEL MATRIMONI, DEL DIVORCI I DE LA SEPARACIÓ JUDICIAL

1.1.1. *Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge*

1.1.1.1. Atribució de l'habitatge familiar per raó de la guarda

Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) d'11 de juliol de 2019 (RJ/2019/4425)

Recurs de cassació 37/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Article 233-20.2 [Codi civil de Catalunya (CCCat)]. *Atribució o distribució de l'ús de l'habitatge*

[...]

2. Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta.

Article 233-24.1 [CCCat]. *Extinció del dret d'ús*

1. El dret d'ús s'extingeix per les causes pactades entre els cònjuges i, si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda.

En el supòsit que ara ens ocupa, la discussió tracta de l'atribució de l'habitatge per raó de la guarda d'una menor amb la capacitat modificada judicialment, que no deixarà mai d'estar sotmesa a la guarda, a diferència dels menors d'edat, que l'extingeixen quan arriben als divuit anys.

El llibre segon del CCCat preveu una sèrie de supòsits que, fins i tot havent-hi fills menors d'edat o amb capacitat judicialment modificada, justifiquen atribuir temporalment l'ús de l'habitatge al cònjuge que no tingui la guarda dels fills o bé substituir l'atribució de l'habitatge familiar per altres residències (233-20.6 CCCat), o fins i tot excloure l'atribució a l'un o l'altre quan el cònjuge que seria beneficiari de l'ús per raó de la guarda té mitjans suficients per cobrir les seves necessitats i les dels fills (233-23.1a CCCat) o si el cònjuge que hauria de cedir l'ús pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d'aliments (art. 233-21b CCCat).

Conseqüentment, no és en els casos en què hi ha fills en potestat que l'autoritat judicial ha de justificar la raó per la qual atribueix l'ús del domicili a qui exerceix la guarda (art. 233-20.2 CCCat), que és la regla general i preferent, sinó en aquells supòsits en què hi ha fills menors o majors d'edat amb la capacitat modificada judicialment i l'autoritat judicial atribueix l'ús a l'altre cònjuge o no l'atorga a cap dels dos. En aquests casos, cal al·legar i acreditar els fets i les circumstàncies exigides normativament per a comprovar les possibilitats reals de conjuguar les necessitats dels fills menors o majors amb capacitat modificada judicialment i els drets econòmics dels progenitors.

1.1.1.2. Obligacions per raó de l'habitatge. Tributs i taxes de meritació anual

*STSJC de 21 de novembre de 2019 (JUR/2020/45789)*¹

Recurs de cassació 112/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

STSJC de 25 de juliol de 2019 (JUR/2019/304244)

Recurs de cassació 43/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

1. Aquesta sentència (STSJC de 25 de juliol de 2019 [JUR/2019/304244]) tracta exactament el mateix supòsit que la STSJC de 21 de novembre de 2019 (JUR/2020/45789) i per això l'anàlisi es fa conjuntament, tot i que l'examen se centra principalment en els fets descrits per aquesta darrera.

Article 233-23.2 [CCCat]. *Obligacions per raó de l'habitatge*

[...]

2. Les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge, incloses les de comunitat i subministraments, i els tributs i les taxes de meritació anual són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús.

La qüestió que presenta la STSJC de 21 de novembre de 2019 (JUR/2020/45789) és determinar qui té el deure d'abonar les despeses comunitàries i els impostos o tributs de l'habitatge familiar quan l'ús s'ha atribuït al cònjuge no titular per una sentència de divorci dictada abans de l'entrada en vigor del llibre segon del CCCat.

L'article 233-23.2 CCCat disposa que les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge, incloses les de comunitat i subministraments, i els tributs i les taxes que es generen anualment, són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús.

Es posa fi amb aquesta norma a les discussions jurídiques tingudes fins aleshores sobre qui era l'obligat a pagar determinades despeses lligades normalment a la propietat de l'habitatge: si el seu propietari o bé l'usuari en virtut de la cessió d'ús concedida en el procediment matrimonial.

Així, el llibre segon del CCCat segueix el criteri establert per l'article 561-12 CCCat per a l'usdefruit i manté el criteri de la jurisprudència majoritària fins llavors d'atribuir el pagament de les despeses ordinàries d'ús i conservació, incloses les quotes ordinàries de la comunitat de propietaris, al beneficiari de l'ús, tot afegint-hi, a més, que aquest també està obligat a pagar els impostos i les taxes de generació anual.

El TSJC afirma que la retroactivitat de les lleis, és a dir, la possible aplicació d'una llei nova a situacions sorgides i desenvolupades sota l'imperi d'una altra d'anterior, planteja certs problemes que són resolts pel dret transitori.

Generalment el legislador català opta, pel que fa als drets en curs, per una retroactivitat de grau mitjà o feble a fi que la nova normativa s'apliqui en el menor temps possible.

L'efecte immediat de la llei significa que aquesta s'aplica als efectes futurs de fets o relacions jurídiques ja constituïdes, mentre que els efectes pròpiament retroactius fan referència als efectes jurídics ja produïts i els drets adquirits.

Tanmateix, convé precisar que l'autèntica retroactivitat afecta o deixa sense efecte els efectes jurídics ja produïts o consumats, mentre que la que també es coneix com a *retroactivitat de grau mitjà o feble*, que és l'establerta en la disposició transitòria tercera del llibre segon del CCCat, pel que fa als efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci o de la separació judicial, «sotmetria a l'imperi de la nova llei les relacions jurídiques nascudes abans, però per a les eventualitats futures, no pas per als efectes anteriors ja consumats».

El paràgraf tercer de la mateixa disposició transitòria tercera permet la revisió de mesures ja adoptades anteriorment en relació amb la cura i guarda dels fills comuns

o el règim de relacions personals, la substitució de la pensió compensatòria acordada anteriorment pel lliurament d'un capital en béns o en diners, i la substitució de l'atribució judicial de l'ús de l'habitatge familiar per l'abonament d'una prestació dinerària, pel simple canvi legislatiu.

En aquest cas, la sentència que declarava el divorci entre les parts no va determinar com havien de ser abonades les despeses objecte de la demanda. Així doncs, el TSJC conclou que és correcta l'aplicació que fa l'Audiència Provincial de l'article 233-23.2 CCCat pel que fa a les quotes comunitàries i els tributs generats després de la formulació de la demanda l'any 2014, de manera que tal criteri s'ajusta a la llei i a la jurisprudència establerta pel mateix Tribunal.

STSJC de 16 de desembre de 2019 (JUR/2020/94119)

Recurs de cassació 138/2019

Ponent: José Francisco Valls Gombau

En aquesta sentència el TSJC aborda la relació entre els articles 233-23.2 CCCat i 1255 de la Constitució espanyola (CE) per l'existència d'un conveni regulador entre els cònjuges en què acorden el pagament a parts iguals de l'impost sobre béns immobles (IBI) i d'altres tributs que afecten l'habitatge familiar l'ús del qual s'atribueix a un d'ells.

En efecte, atès el plantejament legislatiu de caràcter dispositiu que es fa palès en aquesta llibertat de negociació entre els cònjuges, el que aquests pactin per conveni ha de ser aprovat per l'autoritat judicial (llevat que tinguin fills menors no emancipats o amb la capacitat modificada judicialment que depenguin d'ells).

Per tant, el TSJC conclou que preval el que s'acordi convencionalment per damunt de la regulació legal que estableix que el pagament de l'IBI i els tributs i altres taxes de meritació anual són a càrrec del cònjuge beneficiari del dret d'ús.

1.1.2. *Compensació econòmica per raó de treball*

1.1.2.1. Còmput

STSJC de 10 d'octubre de 2019 (JUR/2019/337789)

Recurs de cassació 63/2019

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Art. 232-5.3 [CCCat]. *Compensació econòmica per raó de treball*

[...]

3. Per a determinar la quantia de la compensació econòmica per raó de treball, s'ha de tenir en compte la durada i la intensitat de la dedicació, atesos els anys

de convivència i, concretament, en cas de treball domèstic, el fet que hagi inclòs la criança de fills o l'atenció personal a altres membres de la família que convisquin amb els cònjuges.

La regulació que fa el llibre segon del CCCat de la compensació econòmica per raó de treball té com a finalitat equilibrar les desigualtats patrimonials que resulten al final de la convivència matrimonial o dels convivents quan un dels cònjuges o convivents justifica que ha treballat per a la casa substancialment més que l'altre (art. 232-5.1 CCCat) o ha treballat per a l'altre sense retribució o amb una retribució insuficient (art. 232-5.2 CCCat).

El TSJC posa èmfasi en el fet que la dedicació a la casa ha de ser intensa, no exclusiva. El cas descrit per la Sentència fa referència a un matrimoni en què ambdós cònjuges treballaven fora de casa. Tanmateix, era la dona qui compatibilitzava ambdues feines (les domèstiques i la seva professió com a farmacèutica), mentre que el marit treballava a l'estranger i tornava a casa els caps de setmana.

Tal com s'assenyala en el preàmbul del llibre segon, la intervenció legislativa abordada pel CCCat proporciona pautes normatives més clares que la que establia el Codi de família (CF) en aquesta matèria. Així, el llibre segon proporciona regles que faciliten la determinació de la procedència i el càlcul de la compensació. En aquest sentit, la nova regulació abandona tota referència a la compensació com a remei substitutori d'un enriquiment injust i prescindeix de la idea de sobrecontribució a les despeses familiars, implícita en la formulació que en feia l'article 41 CF.

Per això n'hi ha prou amb acreditar que un dels dos s'ha dedicat a la casa substancialment més que l'altre. Per a calcular l'import de la compensació es tenen en compte el tipus de treball prestat i la durada i intensitat de la dedicació, i es restringeix la discrecionalitat judicial a l'hora d'apreciar la rellevància d'aquests factors amb l'establiment d'un límit de quantia, que és el de la quarta part de la diferència dels increments patrimonials obtinguts pels cònjuges durant la vigència del règim.

STSJC de 14 de novembre de 2019 (JUR/2020/46697). Pla de pensions d'ocupació i compensació econòmica per raó de treball

Recurs de cassació 69/2019

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Segons el que es pot llegir en la Sentència, els fets descrits són aquests: l'empresa en què treballa el recurrent (Sr. C.) va constituir al seu favor —amb anterioritat a la celebració del matrimoni entre el Sr. C. i la Sra. J.— un pla de pensions del sistema d'ocupació, un instrument d'estalvi privat, a fi que aquell pogués percebre unes prescripcions complementàries de les atorgades per la Seguretat Social.

La STSJC aborda la qüestió relativa a si s'ha incloure el pla de pensions del sistema d'ocupació en el patrimoni final del cònjuge i si ha de ser computable a fi de determinar el valor final de la compensació econòmica per raó de treball.

L'article 232-6.1a CCCat assenyala que «el patrimoni de cadascun dels cònjuges està integrat pels béns que tingui en el moment de l'extinció del règim o, si s'escau, del cessament efectiu de la convivència, una vegada deduïdes les càrregues que els afectin i les obligacions».

El TSJC conclou que, efectivament, els drets consolidats del pla de pensions del sistema d'ocupació són drets patrimonials de crèdits computables a fi de determinar el valor final de la compensació. La sentència segueix el que estableix l'article 511-1.1 CCCat, que considera béns totes les coses i drets patrimonials.

El TSJC determina com s'ha de valorar el pla de pensions a efectes del còmput. Així, cal que s'estableixi el valor econòmic del pla en el moment de celebració del matrimoni, així com el valor econòmic consolidat que té aquest pla en el moment en què s'extingeix el règim o es produeix el cessament de la convivència.

Amb aquests dos paràmetres, es resta de l'import o valor que té el pla en el moment del cessament efectiu de la convivència, el valor econòmic que tenia el pla quan el Sr. C. va contreure matrimoni, ja que aquest valor ha de ser descomptat tal com recull l'article 232-6.1c CCCat.

Per tant, aquests drets consolidats que atorga el pla de pensions s'han d'integrar com a increment patrimonial que el Sr. C. ha obtingut, atès l'article 232-6.1a CCCat.

1.1.2.2. Regles de càlcul

STSJC de 17 d'octubre de 2019 (JUR/2019/340108)

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal 55/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Article 232-6.1c [CCCat]. Regles de càlcul

1. Els increments dels patrimonis dels cònjuges es calculen d'acord amb les regles següents:

[...]

c) S'ha de descomptar del patrimoni de cadascun dels cònjuges el valor dels béns que tenia en començar el règim i que conserva en el moment en què s'extingeix, una vegada deduïdes les càrregues que els afectin, i també el valor dels adquirits a títol gratuït durant la vigència del règim i les indemnitzacions per danys personals, exclosa la part corresponent al lucre cessant durant el temps de convivència.

Entorn de la fórmula de càlcul del crèdit de compensació econòmica per raó de treball establerta pel legislador català en els articles 232-6 i següents CCCat, la STSJC

de 17 d'octubre de 2019 identifica especialment quin ha de ser el tractament de les donacions rebudes o realitzades pels cònjuges, així com la imputació que respecte d'aquestes liberalitats ha de fer-se un cop obtinguda la diferència d'increments patrimonials.

Així, cal addicionar comptablement al patrimoni del Sr. E. les donacions realitzades a la Sra. C. durant la convivència. A més, convé deduir del patrimoni de la Sra. C. les quantitats que hagués rebut a títol gratuït durant la vigència del règim.

Si existís una donació per part de la Sra. C. al Sr. E. d'uns determinats valors mobiliaris pertanyents prèviament a ella, caldria que aquesta quantitat fos deduïda del patrimoni del Sr. E., atès el que diu l'article 232-6c CCCat. Tanmateix, el TSJC puntualitza que la liberalitat en qüestió no es tracta de cap donació de valors pertanyents a la Sra. C. i lliurats voluntàriament al seu marit, sinó d'uns drets que ja es trobaven a nom de l'actora i que el Sr. E. va detreure del seu patrimoni amb ànim de perjudicar-la. Per tant, el Sr. E. no pot pretendre ara que es dedueixi aquesta quantitat del seu patrimoni a fi de reduir l'increment patrimonial entre ambdós.

El TSJC rectifica l'error material de l'Audiència Provincial i inclou aquesta partida en l'actiu del Sr. E. i l'exclou de l'actiu de la Sra. C.

Finalment, tal com preveu l'article 232-6.2 CCCat, les atribucions patrimonials que el cònjuge deutor hagi fet al creditor s'imputen a la compensació.

1.1.3. *Cura dels fills: aliments*

STSJC de 25 de juliol de 2019 (JUR/2019/304298). Distribució proporcional de la càrrega alimentària entre els obligats atesa la seva capacitat econòmica

Recurs de cassació 202/2018

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Article 237-7 [CCCat]. Pluralitat de persones obligades

1. Si les persones obligades a prestar aliments són més d'una, l'obligació s'ha de distribuir entre elles en proporció a llurs recursos econòmics i llurs possibilitats. Tanmateix, excepcionalment i tenint en compte les circumstàncies del cas, l'autoritat judicial pot imposar la prestació completa a una persona de les obligades durant el temps que calgui. Aquesta persona pot reclamar a cadascuna de les altres persones obligades la part que els correspongui amb els interessos legals.

2. Si l'obligació s'extingeix o la quantia de la prestació es redueix respecte a una de les persones obligades, la de les restants s'incrementa en la proporció que resulti d'aplicar els criteris que estableix l'apartat 1.

En el cas descrit per la Sentència, el TSJC acull el recurs de cassació i estableix una distribució entre els progenitors de l'obligació de pagar aliments envers les seves filles menors ajustada al criteri de proporcionalitat referendat per l'article 237-7.1 CCCat.

La capacitat econòmica dels progenitors és idèntica, ja que ambdós gaudeixen d'una situació econòmica pròspera. Les necessitats ordinàries de les persones alimentades ascendeixen a quatre mil mensuals. El recurrent assumia el 80 % de les despeses.

Encara que formalment regeix entre els excònjuges un sistema de guarda compartida, a la pràctica opera un règim de guarda preponderant materna, la qual cosa justifica que la contribució dinerària del pare als aliments de les seves filles es materialitzi via transferència periòdica al compte bancari designat per la mare, qui centralitza la gestió i administra les necessitats de les filles.

En tot cas i un cop fet aquest incís, el TSJC reitera que les circumstàncies del cas condueixen a prescindir de la interpretació excessivament rígida del principi de proporcionalitat en la fixació dels aliments i a establir un repartiment igualitari entre els progenitors de les despeses de tota mena, tenint en compte llur capacitat econòmica.

1.1.4. *Cura dels fills: guarda*

STSJC d'11 de novembre de 2019 (JUR/2020/49455)

Recurs de cassació 118/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Art. 233-8.1 [CCCat]. Responsabilitat parental

1. La nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial no alteren les responsabilitats que els progenitors tenen envers els fills d'acord amb l'article 236-17.1. En conseqüència, aquestes responsabilitats mantenen el caràcter compartit i, en la mesura que sigui possible, s'han d'exercir conjuntament.

La qüestió jurídica debatuda per la Sentència fa referència a la guarda compartida. En aquest sentit, el Tribunal observa que tots dos progenitors tenen capacitats parentals adequades i vinculació afectiva amb els seus fills. No hi ha tampoc cap contraindicació pel que fa a la proximitat dels domicilis. Els horaris laborals dels dos progenitors els permeten atendre adequadament els seus fills. L'edat dels menors no és cap obstacle, atès que van néixer l'any 2013. Tampoc no consta, a més, que les discrepàncies existents entre els progenitors hagin transcendit als menors.

La resolució també recorda quin és el plantejament del legislador català en relació amb la guarda compartida. Així doncs, tal com s'enuncia en el preàmbul del llibre segon del CCCat, en general la coparentalitat i el manteniment de les responsabilitats parentals compartides reflecteixen materialment l'interès del fill a continuar mantenint una relació estable amb tots dos progenitors. La igualtat de drets i deures entre els progenitors elimina les dinàmiques de guanyadors i perdedors, i afavoreix la col·laboració en els aspectes afectius, educatius i econòmics.

Així, el TSJC manté el sistema de guarda compartida resolt pel jutjat de primera instància.

1.1.5. *Cura dels fills. Responsabilitat parental. Interès superior del menor*

STSJC de 13 de gener de 2020 (JUR/2020/83374)

Recurs de cassació 178/2018

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Art. 211-6.1 [CCCat]. *Interès superior del menor*

1. L'interès superior del menor és el principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti.

A propòsit de la Sentència de 13 de gener de 2020, el TSJC resol el conflicte d'interessos sorgit en la determinació del lloc de residència dels fills menors en el cas d'atribució de la guarda a un dels progenitors.

El cas planteja un conflicte entre l'interès del menor per romandre amb la mare, l'interès d'aquesta i l'interès del progenitor —a qui no s'ha atorgat la guarda— de conservar les degudes relacions personals.

En efecte, la determinació del lloc de residència dels menors correspon als progenitors de mutu acord i, defectivament, al jutge, ja que aquesta determinació forma part de la responsabilitats inherents a l'exercici de la potestat parental. Assumit això anterior, la determinació del domicili dels menors ha de respondre, prioritàriament, al seu interès (arg. *ex art.* 211-6.1 i 233-8-3 CCCat).

La qüestió es resol, per tant, en funció de quina sigui la residència que respecti més aquest principi de protecció del menor. Així doncs, el TSJC considera justificat el retorn de la mare (a qui s'havia atorgat la guarda) al seu país de procedència (Itàlia), on radica el seu entorn familiar, social i laboral, però és previsible que el desenvolupament integral de la mare repercuteixi positivament en el menor. En qualsevol cas, cal preservar les relacions entre el fill i el seu pare mitjançant un règim d'estades adequat a les circumstàncies concurrents.

A més, res no permet pensar que la residència a Itàlia del menor serà o pot ser perjudicial per al seu desenvolupament o un obstacle per a la satisfacció de les seves necessitats bàsiques; els sentiments i les opinions del menor no són rellevants, atès que té quatre anys d'edat i que el trencament de la convivència dels seus progenitors va tenir lloc quan només comptava sis mesos de vida. Quan encara no havia complert un any, va anar a viure a Itàlia amb la seva mare, de manera que la seva vinculació amb el lloc de residència del matrimoni i el del seu naixement era pràcticament nul·la.

En definitiva, la qüestió s'ha de resoldre en el sentit de l'article 236-11.4 CCCat en relació amb els articles 211-6.1 i 233-8.3 CCCat, i, per tant, s'ha de concloure que

el més ajustat a l'interès superior del menor és que continuï convivint amb la mare a Itàlia.

1.1.6. *Prestació compensatòria de caràcter indefinit. Excepció*

STSJC de 18 de novembre de 2019 (JUR/2020/75286)

Recurs de cassació 110/2019

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Art. 233-17.4 [CCCat]. *Pagament de la prestació compensatòria*

[...]

4. La prestació compensatòria en forma de pensió s'atorga per un període limitat, llevat que hi concorrin circumstàncies excepcionals que justifiquin de fixar-la amb caràcter indefinit.

La regulació d'aquest precepte (art. 233-17.4 CCCat) és coherent amb la realitat sociològica actual; així doncs, les ruptures afecten cada vegada més sovint matrimonis de curta durada, amb dones que tenen ja algun tipus de formació i que o bé treballen o bé encara tenen temps per a incorporar-se o reincorporar-se al mercat laboral. Si bé en la regulació del CCCat la prestació compensatòria no queda configurada com una assegurança de vida o una renda vitalícia, sinó que persegueix estimular l'autonomia financera de la part més feble, hi ha situacions i contextos que, malgrat que són l'excepció, exigeixen l'establiment d'una prestació de caràcter indefinit.

Així i a pesar d'aquest canvi de paradigma que respon a paràmetres sociològics actualitzats, si s'acredita que el beneficiari de la prestació, ateses les seves circumstàncies personals (edat, estat de salut, formació professional, possibilitats d'acollir-se a ajudes públiques, etc.) i l'absència de patrimoni, no podrà assolir aquella autonomia financera de què hauria pogut gaudir si no s'hagués produït el matrimoni i que li hauria permès cobrir les seves necessitats, convé imposar el pagament d'una pensió de caràcter indefinit a càrrec del cònjuge que ha sortit més beneficiat de la resolució matrimonial.

És en aquest context que el TSJC acaba imposant al cònjuge deutor el manteniment del cònjuge creditor amb caràcter indefinit, atès que s'ha acreditat la impossibilitat per a aquest darrer de superar el desequilibri econòmic derivat de la crisi conjugal.

1.2. FILIACIÓ

1.2.1. *La determinació de la filiació no matrimonial. Determinació de la filiació i la fecundació assistida de la dona*

STSJC d'1 de juliol de 2019 (JUR/2019/259597)

Recurs de cassació 70/2018

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Art. 235-13.1 [CCCat]. *La fecundació assistida de la dona*

1. Els fills nascuts de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic.

L'objecte principal de la sentència que analitzem és l'acció de reclamació de la filiació que formula la Sra. S. en relació amb el menor nascut l'any 2008 a conseqüència de la fecundació assistida de la Sra. R., parella estable de la Sra. S. en aquell moment.

En primer lloc, la Sra. R. s'oposa a aquesta reclamació de la filiació al·legant que va mancar el consentiment preceptiu per a la fecundació assistida, atès el que estableix l'article 235-13.1 CCCat.

Si bé és un fet cert que no consta per escrit el consentiment preceptiu de la Sra. S. a la fecundació concreta que donà lloc a l'embaràs de la Sra. R., la fecundació d'aquesta era un projecte comú de la parella; la primera va acompanyar la gestant a totes les proves i els tractaments que va rebre. Ambdues parts van firmar conjuntament tres escrits (gener, març i juny de 2007) de consentiment informat per a la inseminació artificial de la Sra. R. com a dona sense parella masculina en un centre autoritzat. El resultat dels tres intents no va ser satisfactori i per això van iniciar el darrer intent de fecundació en un altre centre, que va ser el definitiu.

El TSJC entén que l'article 235-13.1 CCCat permet valorar l'aplicació d'aquest consentiment exprés a supòsits com el descrit per la Sentència. Existeix constància de consentiment documentat per triplicat, corresponent als tres primers intents de fecundació assistida de la Sra. R. en el mateix centre el primer semestre de l'any 2007; després del fracàs i sis mesos després, es va resoldre amb èxit el procés de fecundació assistida en un altre centre. En aquest cas, però, manca el consentiment per escrit de la Sra. S. Ara bé, no hi ha dubte que el consentiment continua essent vàlid tot i la manca de continuïtat; el projecte continuava essent comú. En efecte, la Sra. S. no va presentar expressament el consentiment en el darrer tractament perquè formalment l'escrit de consentiment no considerava, encara, la fecundació assistida d'una parella homosexual. Així doncs, un cop fet aquest incís, no es pot afirmar que manqués el consentiment exprés considerat per l'article 235-13.1 CCCat.

1.2.2. *La impugnació de la filiació. Reconeixement de complaença*

*STSJC de 8 de juliol de 2019 (JUR/2019/261355)*²

Recurs de cassació 34/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

STSJC d'1 de juliol de 2019 (JUR/2019/4423)

Recurs de cassació 175/2018

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Art. 235-27. 4 [CCCat]. Impugnació del reconeixement de la paternitat

[...]

4. El reconeixement de la paternitat fet en frau de llei és nul. L'acció de nul·litat és imprescriptible i pot ésser exercida pel ministeri fiscal o per qualsevol altra persona amb un interès directe i legítim.

Convé fer una breu referència al supòsit ja que és relativament senzill. El Sr. C. A. i la Sra. F. van formar una parella estable durant el període comprès entre els anys 2010 i 2013. La Sra. F. ja tenia una filla quan va iniciar la relació amb el Sr. C. A. Aquest, de comú acord amb la seva parella, va reconèixer la G. com a filla seva mitjançant el procediment de reconeixement davant l'encarregat del Registre Civil.

El sentit de la resolució judicial fa palès que l'ordenament civil català permet dos plans de regulació de la filiació: el realista, basat en el principi de veracitat que pretén la correspondència total entre la veritat biològica i la jurídica que possibilita la investigació de la paternitat; i el de la ficció legal o voluntarista, que es basa en la voluntat i en el consentiment de la utilització de tècniques de fecundació artificial i, consegüentment, l'assumpció d'una paternitat no biològica resultant de les tècniques, amb els mateixos efectes jurídics que la filiació per naturalesa.

Aquesta dualitat (filiació per naturalesa i filiació per consentiment amb els mateixos efectes) queda palesa en l'article 235-28. 2 CCCat, que no permet que en el cas de procreació mitjançant fecundació assistida amb semen de donant anònim, practica de manera legal, prevalgui la veracitat biològica.

2. Atesa la similitud de la qüestió de fons entre ambdues sentències, s'ha optat per fer una anàlisi comuna de les dues. Els detalls del cas fan referència al supòsit de fet descrit per la STSJC de 8 de juliol de 2019 (JUR/2019/261355) encara que la qüestió jurídica debatuda (relativa a un reconeixement de complaença) s'estudia amb profunditat en totes dues sentències.

Pel que fa a la filiació per naturalesa, és en el capítol v del llibre segon del CCCat on queden enumerats els mitjans per a determinar-la, i un d'ells és el reconeixement davant l'encarregat del Registre Civil.

El reconeixement és un acte jurídic unilateral, personalíssim i irrevocable, com ho acredita el fet que la revocació del testament no signifiqui la revocació del reconeixement dels fills no matrimonials que puguin contenir aquest document *ex art. 422-8.2 CCCat*. Consisteix en una declaració de voluntat perquè entre el reconeixedor i la persona reconeguda sorgeixin els efectes jurídics propis de la filiació per naturalesa.

La qüestió jurídica debatuda per la Sentència permet establir una diferenciació entre l'acció d'impugnació de la paternitat determinada mitjançant el reconeixement i l'acció d'impugnació del propi reconeixement. A propòsit de la primera, el que es discuteix és l'existència del títol de constitució de la filiació paterna per la via d'afirmar la manca de vincle biològic entre pare i fill; en la segona, el que es pretén revisar és la validesa del mateix títol, perquè hi ha una manca de capacitat o algun vici en el consentiment prestat. Per aquest motiu, aquesta darrera acció només pot ser exercitada per qui hagi atorgat el consentiment o pels seus representants legals. Convé precisar, en tot cas, que aquesta darrera acció no perjudica si la filiació es correspon o no amb la veritat material biològica, sinó que té per objecte les irregularitats del títol, raó per la qual queden en tot cas preservades les accions d'impugnació de la paternitat si s'està dins del termini, atès que es tracta de dues accions autònomes. Això és així d'acord amb els articles 235-26 i 235-27 CCCat.

El supòsit que planteja la Sentència és l'acció establerta en l'article 235-27.4 CCCat. La recurrent parteix del supòsit de fet que l'ordenament jurídic català prohibeix els reconeixements de complaença.

Convé, aquí, precisar la diferència entre els reconeixements de complaença i els de conveniència: en els primers, l'autor del reconeixement pretén, malgrat saber que no és el pare biològic del reconegut, el reconeixement del fill amb la finalitat jurídica de construir entre els dos una relació jurídica de filiació paterna, similar a la de la paternitat per naturalesa; aquest no és l'objectiu dels reconeixements anomenats *de conveniència*, ja que aquests, aparentment, construeixen una relació de filiació, la qual, però, és fictícia, atès que la finalitat perseguida és l'obtenció d'una conseqüència jurídica favorable prevista en alguna norma (per exemple, permisos de residència o beneficis socials).

Assumit això anterior, convé precisar que la falta de veracitat entre la filiació biològica i la filiació jurídica permet en el dret civil de Catalunya exercitar una acció d'impugnació de la paternitat, però sotmesa a un termini curt de caducitat que condueix indefectiblement a mantenir-la, fins i tot encara que no existeixi aquesta coincidència, quan l'acció s'exercita fora del termini establert (art. 235-26.1 CCCat). S'avantposa, doncs, la salvaguarda de la seguretat jurídica en les relacions familiars i la protecció dels menors en detriment de les exigències de la veracitat biològica. Igualment, l'ordenament jurídic català sotmet al mateix termini de caducitat l'acció per a

combatre el títol per manca de capacitat o vici del consentiment, i n'exceptua, només, els reconeixements fets en frau de llei (arg. *ex art. 6.4 CE*), en què l'acció de nul·litat té caràcter imprescriptible. A propòsit d'aquesta qüestió, el TSJC considera que només els reconeixements de conveniència estan inclosos en aquesta darrera norma.

El sentit de la resolució judicial palesa un fet inqüestionable: el principi de la veracitat biològica no és inqüestionable en l'ordenament jurídic català, atès que aquest admet filiacions derivades del consentiment i sotmet les accions d'impugnació de la paternitat a breus terminis de caducitat, pels motius que ja s'han plantejat *a priori* en aquest mateix text.

1.3. POTESTAT PARENTAL. RELACIONS PERSONALS

STSJC de 24 d'octubre de 2019 (JUR/2020/45665)

Recurs de cassació 78/2019

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Art. 236-4.2 [CCCat]. *Relacions personals*

[...]

2. Els fills tenen dret a relacionar-se amb els avis, els germans i altres persones pròximes, i tots aquests tenen també el dret de relacionar-se amb els fills. Els progenitors han de facilitar aquestes relacions i només les poden impedir si hi ha una causa justa.

En el supòsit que ara ens ocupa, el TSJC ressalta el paper dels avis en el desenvolupament integral dels menors; determina, també, el caràcter bidireccional de la relació avis-nets, que no pot ser obstaculitzada pels progenitors, excepte si existeix una justa causa.

Els fets es poden resumir com s'exposa a continuació. La manca de relació entre les netes i l'àvia descrita per la Sentència no està causada per la separació dels pares d'aquelles. El pare, fill de la recurrent, no es va criar amb aquesta, sinó amb una tercera persona. D'ençà que es va produir el divorci entre els progenitors, l'àvia es va dedicar a injuriar-los a tots dos a través de les xarxes socials.

Certament, per bé que el legislador català afavoreix el dret de relació entre familiars, l'ordenament civil català avantposa l'interès superior del menor en relació amb les circumstàncies del cas concret. Així i atès que les menors mai no han tingut relació amb l'àvia paterna, el TSJC estableix una mediació familiar entre l'àvia i el seu fill que pugui garantir, *a posteriori*, l'establiment d'una relació entre l'àvia i les seves netes.

1.4. LA PROTECCIÓ DELS MENORS DESEMPARATS

STSJC de 31 d'octubre de 2019 (JUR/2020/48537)

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal 45/2019

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Article 228-2 [CCCat]. Declaració de desemparament

[...]

2. La declaració de desemparament es regeix pel que estableixen aquest codi i la legislació sobre la infància i l'adolescència en allò que fa referència als indicadors de desemparament, el procediment, el règim d'impugnació i la revisió per canvi de circumstàncies.

Els fets que són causa d'aquesta resolució poden ser resumits així: F. i H. formen una parella estable des de l'any 2009 i han tingut tres fills. A més, tenen, respectivament, una filla d'altres unions; ambdues en acolliment. La filla de F. és acollida pels oncles materns. I la d'H., per l'àvia materna.

Segons el que explica el TSJC, la situació personal dels progenitors es pot caracteritzar de desestructurada, desorganitzada i inestable. En aquest sentit, el TSJC remet a la descripció de l'entorn familiar que realitza l'Equip d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (EAIA) i en destaca, sobretot, la falta absoluta d'assumpció de les responsabilitats parentals per part de F. i H.

A propòsit de la sentència els fets de la qual han estat descrits unes línies més amunt, el TSJC fa notar la diferència entre les situacions de desemparament i les de risc. Les primeres fan referència a situacions més greus i comporten la suspensió de la potestat parental i la mesura de separació del menor de l'àmbit familiar, mentre que la situació de risc s'aplica a altres situacions de menor entitat, que només impliquen l'adopció de mesures de suport dins de l'entorn familiar, tot tenint present el que disposen els articles 228-1 i 228-9 CCCat en concordança amb els articles 102 i 105 de la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència (LDOIA).

A més, com fa palès la sentència que es comenta, el CCCat regula la protecció de menors desemparats paral·lelament a les altres institucions de protecció de la persona, i remet a la legislació sobre la infància i l'adolescència els indicadors de desemparament, les mesures de protecció, el procediment per a adoptar-les i revisar-les, el règim de recursos i les causes de cessament.

A causa d'aquesta situació descrita especialment de manera concisa en la Sentència i a la manca de perspectives favorables d'evolució per als progenitors, es conclou que aquests no es troben en situació de recuperar les funcions tutelars dels fills, atès que es mantenen els indicis de desemparament. Dit això, es considera preferible l'acolliment en altres entorns familiars.

2. DRET DE SUCCESSIONS. LA LLEGÍTIMA

STSJC de 25 de juliol de 2019 (JUR/2019/304908)

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal 40/2019

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Art. 451-5 [CCCat]. *Quantia i còmput de la llegítima*

La quantia de la llegítima és la quarta part de la quantitat base que resulta d'aplicar les regles següents:

a) Es parteix del valor que els béns de l'herència tenen en el moment de la mort del causant, amb deducció dels deutes i les despeses de la darrera malaltia i de l'enterrament o la incineració.

b) Al valor líquid que resulta d'aplicar la regla de la lletra a, s'hi ha d'afegir el dels béns donats o alienats per un altre títol gratuït pel causant en els deu anys precedents a la seva mort, excloses les liberalitats d'ús. El valor dels béns que han estat objecte de donacions imputables a la llegítima s'ha de computar, en tot cas, amb independència de la data de la donació.

L'objecte d'aquesta resolució és el supòsit de fet següent. Segons el que es pot llegir en la Sentència, la Sra. M. I. morí l'any 2009. Anteriorment, el dia 19 de febrer de 1980, havia atorgat un testament on nomenava hereu únic el seu fill N.

L'any 1985 la Sra. M. I. va donar al seu fill N. tot el seu patrimoni immobiliari; posteriorment, l'any 2006, aquest se'l vengué.

Els altres fills de la Sra. M. I., R. i M., germans de N., van decidir presentar una demanda contra aquell fonamentada en la que consideren que ha de ser la valoració dels béns donats per la causant a favor del Sr. N. i la computació d'aquests en la llegítima que els correspondria.

Vist el que precedeix, convé fer referència al canvi motivat per decisions de política jurídica que s'observa en el llibre quart en relació amb la matèria legitimària. Així doncs, el preàmbul d'aquesta norma assenyala el progressiu afebliment de la institució en l'ordenament jurídic català:

[...] Amb la promulgació del llibre iv del CCCat, fins i tot conservant la institució —malgrat la polèmica doctrinal sorgida, ja que una part de la doctrina n'advocava la supressió— es produeixen, com veurem tot seguit, algunes variacions importants en la línia de restricció d'aquests drets iniciada amb la modificació de l'any 1990. És per això que actualment no existeix un dret incondicionat a la participació dels fills en tots els mitjans de fortuna de què els pares haguessin gaudit en vida ni, tampoc, un presumpte dret a la igualtat entre els descendents en la participació en la riquesa dels ascendents, com resulta de la regulació de la imputació i la col·lació basades en dret dispositiu i en el principi de llibertat civil.

Convé remarcar d'antuvi —i així ho ressalta la sentència que es comenta— que la llei aplicable a la successió de la causant és la Llei 10/2009, de 10 de juliol (llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions), i atesa la disposició transitòria primera i en conseqüència, són aplicables les modificacions introduïdes en la Llei pel que fa a la llegítima.

La qüestió que és objecte principal de la Sentència fa referència a la interpretació del articles 451-5*b* i 451-8.4 CCCat i, com s'ha apuntat unes línies més amunt, afecta la determinació de quines donacions han de ser computades per al càlcul de la llegítima.

Seguint en matèria de política legislativa, ha quedat palesa la tendència del legislador català a afeblir la llegítima com a atribució successòria legal i limitativa de la llibertat de testar. Una de les mesures que ja destaca el preàmbul del llibre quart és, precisament, la limitació de la computació de donacions a les fetes en els deu anys precedents a la mort del causant, llevat que es tracti de donacions atorgades a legitimaris i imputables a llur llegítima, cas en el qual són computables sense límit temporal. Aquesta restricció de la computació a les donacions fetes en els darrers deu anys s'ha de percebre com una reducció dels drets dels legitimaris ajustada a la realitat social present.

Convé precisar que la imputació permet determinar si el legitimari ha rebut d'una altra manera la seva llegítima i, en conseqüència, la part que pot reclamar en aquest concepte en la successió.

A Catalunya, les donacions fetes pel causant en vida als legitimaris —normalment fills— no ho són a compte o com a pagament de la llegítima futura. Per tal que aquestes atribucions s'hagin de considerar així, cal que el causant ho estableixi expressament en el moment de la donació o bé que es tracti de donacions amb determinades finalitats que la llei entén que són imputables llevat que el causant disposi una altra cosa (arg. *ex art.* 451-8.2 CCCat). En cas que hi hagi donacions imputables a la llegítima, el legitimari ha de descomptar el que ha percebut per a determinar el que té dret a reclamar com a llegítima individual.

La imputació, a diferència de la computació, es regeix per regles dispositives. Així i malgrat la dicció literal de l'article 451-5*b* CCCat, els recurrents mantenen la tesi que totes les donacions realitzades als legitimaris, sigui quin sigui el moment en què s'hagin fet i el títol de la seva atribució, són computables per a determinar la llegítima global.

Doncs bé, la qüestió exigeix tenir en compte la interpretació gramatical de les normes. El TSJC, com no podia ser d'una altra manera, recorda que la regla de l'aparatat *b* de l'article 451-5 CCCat no diu que hagin de ser excloses del límit temporal de deu anys les donacions realitzades als legitimaris, sinó que només esmenta les donacions imputables a la llegítima; i així ho estableix, també, el preàmbul («les donacions realitzades als legitimaris s'han de computar sense límit temporal quan siguin imputables a la seva llegítima»).

Es desprèn d'aquí un matís: la regla *b* de l'article 451-5 CCCat es troba en matèria de còmput de la llegítima global, mentre que el paràgraf 4 de l'article 451-8 CCCat es refereix a la manera de valorar les donacions i altres atribucions imputables a la llegítima individual, que és del que tracta l'article (imputació de donacions i altres atribucions), per la qual cosa la remissió a l'article 451-5 CCCat només es pot referir a la lletra *c*, que és la que regula com s'han de valorar les donacions computables. Per tant, l'incís següent de l'article 451-8.4 CCCat, deixant de banda que la seva imputació no està sotmesa al límit de deu anys fixat per la lletra *b* d'aquest article, no fa altra cosa que reforçar la idea que les donacions imputables a la llegítima sempre han de ser computades. La regla *b* de l'article 451-5 i l'article 451-8.4 CCCat són perfectament coherents, ja que si totes les donacions imputables a la llegítima s'han de descomptar de la llegítima individual, la regla lògica és que prèviament es computin totes elles per a determinar la llegítima global.

En conclusió i atès el plantejament polític que referenda el llibre quart CCCat en la regulació de la llegítima, s'han de sumar a l'actiu net de l'herència: *a*) el valor dels béns objecte de donacions imputables a la llegítima, d'acord amb l'article 451-8 CCCat (recordem que són imputables a la llegítima per llei o per disposició del causant), sigui quina sigui la data de la donació, i *b*) el valor dels altres béns donats pel causant durant els deu anys anteriors a la seva defunció, excloses les liberalitats d'ús.

Per tant, es computen les donacions que s'han fet als legitimaris (amb independència de la data) si són imputables a la llegítima (per llei o per disposició, com ja s'ha vist) i les fetes a altres persones o legitimaris amb el límit dels deu anys anteriors a la mort del causant.

Assumit això, s'exclouen del còmput de la llegítima les donacions efectuades a persones diferents dels legitimaris, o fins i tot als legitimaris, si no són imputables a la llegítima, realitzades més de deu anys abans de la data de la defunció, que és el que succeeix en la sentència que s'analitza, ja que les donacions van ser efectuades l'any 1985 i la causant va morir l'any 2009. Cap d'aquelles donacions va ser imputada a la llegítima del donatari ni va tenir cap finalitat de les que descriu l'article 451-8.2 CCCat.

3. DRETS REALS

3.1. DE LES SITUACIONS DE COMUNITAT

3.1.1. *Comunitat ordinària indivisa. Procediment de la divisió*

STSJC de 5 de desembre de 2019 (JUR/2020/93581)

Recurs de cassació i extraordinari per infracció processal 89/2019

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Art. 552-11.5 [CCCat]. *Procediment de la divisió*

[...]

5. L'objecte de la comunitat, si és indivisible, o desmereix notablement en dividir-se, o és una col·lecció que integra el patrimoni artístic, bibliogràfic o documental, s'adjudica al cotitular o la cotitular que hi tingui més interès. Si n'hi ha més d'un, al que hi tingui la participació més gran. En cas d'interès i de participació iguals, decideix la sort. L'adjudicatari o adjudicatària ha de pagar als altres el valor pericial de llur participació, que en cap cas no té la consideració de preu ni d'excés d'adjudicació. Si cap cotitular no hi té interès, es ven i es reparteix el preu.

Els fets que donen lloc a la sentència que es comenta són els següents: el Sr. T. i la Sra. P. van formar una parella estable durant uns anys i el 2015 en van acordar l'extinció. Tanmateix, en aquell acord no van abordar la qüestió relativa a la divisió dels immobles que tenien en comú.

Així i un any més tard, el Sr. T. va exercir l'acció de divisió de la cosa comuna sobre els immobles que compartia amb la seva exparella a Calella i a Sant Feliu de Guíxols.

Paral·lelament, la Sra. P. també demanà la terminació de la situació de cotitularitat existent sobre l'immoble de Puigcerdà.

El jutjat de primera instància va acordar l'extinció de la comunitat ordinària indivisa sobre tots els immobles de la manera següent: la venda dels immobles de Calella i de Sant Feliu de Guíxols, atès que cap dels titulars havia manifestat interès en l'adjudicació, i l'adjudicació per sorteig de l'habitatge de Puigcerdà, atès que era indivisible i era objecte d'interès per part de tots dos cotitulars.

L'Audiència Provincial s'adhereix al raonament establert pel jutjat i, per tant, en confirma la sentència.

Atès el que precedeix, el TSJC ha de resoldre, especialment, la qüestió relativa al moment en què cal manifestar l'interès de què parla la dicció literal de l'article 552-11.5 CCCat.

Dit això, el TSJC declara que aquest interès «ha de ser legítim i jurídicament tutelable, i que no pot dependre tan sols de motivacions absolutament personals i subjectives dels comuners, la qual cosa obliga a ponderar les circumstàncies concurrents».

Convé aquí fer un petit incís. La decisió del TSJC en el recurs de cassació encara la visió més processal de la qüestió que s'ha de resoldre. El TSJC, en la part relativa al recurs per infracció processal, declara en quin moment del procés les parts van fer palès el seu interès en l'adjudicació de l'immoble; en l'apartat relatiu a la qüestió substantiva de la interpretació de l'article 552-11.5 CCCat, el TSJC aposta per un estudi més epidèrmic de la qüestió de fons i en ressalta, sobretot, l'aspecte més procedimental.³

Certament, la introducció de l'interès de la Sra. P. per l'immoble de Puigcerdà es va produir a l'inici del judici, i no en l'audiència prèvia.

En efecte, cal fer un pas enrere processalment per tal d'examinar quin era el contingut de la demanda inicial de la Sra. P. pel que fa a l'immoble de Puigcerdà. Doncs bé, en aquella manifestava que no tenia interès en la seva adjudicació i que, per tant, es procedís a la venda i el repartiment del preu.

Tanmateix, el Sr. T. va manifestar el seu interès motivadament en la contestació a la dita demanda. Posteriorment, com s'ha vist, a l'inici del judici la Sra. P. va posar de manifest, també, l'interès en l'adjudicació de l'immoble.

El rerefons, per tant, és clar: la sentència del jutjat de primera instància acorda que sigui la sort qui decideixi l'adjudicació, de conformitat amb allò establert per l'article 552-11.5 CCCat i atès l'interès manifestat —encara que en moments processals diferents— per ambdues parts.

La primera observació que mereix l'anàlisi substantiva de la Sentència permet ressaltar que els criteris per a fer la divisió dels apartats 2-6 de l'article 552-11 CCCat només operen si no hi ha acord unànimе entre els titulars o pacte per a sotmetre's a un arbitratge (arg. ex art. 552-11.1 CCCat).

En coherència amb el que s'ha afirmat en la descripció de l'*iter* processal, els litigants van acordar lliurement, com queda palès en els escrits d'al·legacions, que el procediment de divisió que havia d'aplicar-se als immobles de Calella i Sant Feliu de Guíxols era la venda a tercers i el que havia de seguir l'habitatge de Puigcerdà era l'adjudicació al Sr. T., únic interessat. Per tant, és un fet inqüestionable, i així ho conclou el TSJC, que, fruit de l'acord entre les parts, l'habitatge de Puigcerdà ha de ser adjudicat al senyor T., l'únic copropietari que hi ha manifestat interès en el temps oportú; per

3. Com s'ha vist, l'anàlisi de les sentències del TSJC s'aborda des de la qüestió substantiva, de manera que es deixen de banda els aspectes més processals. Tanmateix i atès que en aquest cas el tema de fons s'analiza, també, des de la vessant més procedimental, l'estudi d'aquesta sentència ha d'esbossar, per força, els aspectes més formals que es plantegen.

tant, cal resoldre la qüestió fent aplicació del criteri preferent de divisió enumerat en l'apartat 5 de l'article 552-11 CCCat (l'objecte indivisible de la comunitat s'adjudica «al cotitular o la cotitular que hi tingui interès»), que en aquest cas condueix a la mateixa decisió que si s'aplica el primer apartat de la norma, segons el qual en la divisió preval l'acord entre els cotitulars.

3.1.2. *Propietat horitzontal simple. Ús i gaudi dels elements comuns*

STSJC d'11 de juliol de 2019 (JUR/2019/259561)

Recurs de cassació 223/2018

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Art. 553-43.1 [CCCat]. Elements comuns d'ús exclusiu

1. En el títol de constitució o per acord unànim de la junta de propietaris, es pot vincular a un o diversos elements privatis l'ús exclusiu de patis, jardins, terrasses, cobertes de l'immoble o altres elements comuns. Aquesta vinculació no els fa perdre la naturalesa d'element comú.

En el cas debatut, els veïns de l'àtic d'un bloc sotmès al règim de la propietat horitzontal entenen que la comunitat els ha reconegut tàcitament un dret d'ús i gaudi exclusiu de la terrassa de l'edifici, que té naturalesa d'element comú. Diversos veïns exigeixen que se'ls reconegui el dret a usar, també, aquella terrassa.

La primera observació que fa el TSJC serveix per a constatar que en el títol de constitució del règim de propietat horitzontal que afecta la finca litigiosa no es vincula l'ús exclusiu de la terrassa a cap element privatiu.

La qüestió que debat el TSJC és si la vinculació de l'ús exclusiu d'elements comuns a un o diversos elements privatis pot tenir lloc en virtut d'una via diferent de les que preveu l'article 553-43.1 CCCat. En concret, si el consentiment tàcit de tota la comunitat permet vincular l'ús i el gaudi de la terrassa a un determinat element privatiu.

En la redacció originària del llibre cinquè, l'article 553-42 CCCat declarava com a regla general que «l'ús i el gaudi dels elements comuns correspon a tots els propietaris d'elements privatis», i incloïa una excepció en el punt 2, segons la qual «es pot vincular, en el títol de constitució o per acord unànim de la junta de propietaris, l'ús exclusiu de patis, jardins, terrasses, cobertes de l'edifici o altres elements comuns a un o diversos elements privatis. L'atribució exclusiva i inseparable a elements privatis de l'ús i el gaudi d'una part dels elements comuns no els fa perdre aquesta naturalesa».

Aquestes regles coincideixen substancialment amb el que estableixen els articles 553-42 i 553-43.1 CCCat en la redacció donada per la Llei 5/2015, del 13 de maig, que no és aplicable a la sentència analitzada per una qüestió de caràcter

intertemporal (el litigi es va iniciar mesos abans de l'aprovació i entrada en vigor de la Llei 5/2015).

Cal veure, doncs, la rellevància que atorga el legislador català a l'exigència d'unanimitat per a vincular l'ús i el gaudi exclusiu d'una terrassa a un element privatiu. En la redacció originària de la propietat horitzontal en el llibre cinquè, la regla general era exigir una majoria qualificada per a l'adopció dels acords de major transcendència que enumeraven els apartats 2 i 3 de l'article 553-25 CCCat, i reservava la unanimitat per a qüestions molt específiques, com ara la modificació de les quotes de participació (art. 553-3.4 CCCat, en la seva redacció originària). Actualment l'equiparació de l'exigència d'unanimitat per a l'adopció d'ambdós tipus d'acord és palesa amb més claredat en els subapartats *a* i *c* de l'article 553-26.1 CCCat. Observem, doncs, que l'ordenament civil català declara la necessitat d'obtenir el vot favorable de tots els propietaris amb dret a vot per a modificar les quotes de participació i per a vincular l'ús exclusiu de patis, jardins, terrasses, cobertes de l'immoble o altres elements comuns, a un o diversos elements privatis, entre d'altres.

Atès el que precedeix, podem entendre que aquesta exigència d'unanimitat no és casual, ja que en la determinació de les quotes de participació s'ha de ponderar la superfície de cada element privatiu i també «l'ús i la destinació i les altres dades físiques i jurídiques dels béns que integren la comunitat» (art. 553-3.2 CCCat).

En efecte, el TSJC acaba assenyalant que l'actual article 553-43.1 CCCat no permet que la vinculació de l'ús exclusiu d'un element comú a un o diversos elements privatis pugui derivar de l'expressió d'un consentiment tàcit de la comunitat, deduït de la seva prolongada passivitat davant d'un ús d'aquesta mena de l'element comú.

3.2. USUCAPIÓ

3.2.1. *Possessió per a usucapir*

STSJC de 19 de desembre de 2019 (JUR/2020/92798)

Recurs de cassació 147/2019

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Art. 531-24 [CCCat]. *Possessió per a usucapir*

1. Per a usucapir, la possessió ha d'ésser en concepte de titular del dret, pública, pacífica i ininterrompuda i no necessita ni títol ni bona fe.
2. La mera detenció no permet la usucapió.
3. Es presumeix que la persona que usucapeix ha posseït el bé de manera continuada des que va adquirir la possessió.
4. La persona que usucapeix pot unir la seva possessió a la possessió per a usucapir dels seus causants.

La qüestió jurídica debatuda per la Sentència aborda el tema central de la usucapió. Així, el rerefons fàctic de la Sentència és el que s'exposa a continuació.

La finca objecte de litigi era propietat de la Sra. L., que morí l'any 1989. L'any 1975 la Sra. L. va donar mitjançant escriptura pública la dita finca al seu fill H.

Des de l'any 1950 fins a l'any 2002 va viure a la finca la germana del Sr. H., mare del recurrent, qui també hi va residir.

El Sr. H. no va reclamar a la seva germana cap import per residir en la finca, però aquesta ocupació no va ésser en concepte de titular del dret, ja que així ho havien acordat, prèviament, el Sr. H. i la seva germana.

És ocios recordar que resulta evident que només la possessió que es gaudeix en concepte de titular del dret permet usucapir. Tanmateix, la primera observació que mereix l'article 531-24 CCCat, si ens atenim estrictament a la seva literalitat, ens permet afirmar que n'hi ha prou que la possessió sigui en concepte, com s'ha dit, de titular del dret, pacífica i ininterrompuda, però la norma no exigeix ni títol ni bona fe, la qual cosa no s'avé amb la declaració que fa el preàmbul del llibre cinquè del CCCat sobre la bona fe, que la consagra com a principi inspirador; no encaixa, tampoc, amb el que ressalta l'article 111-7 CCCat, almenys a parer de qui subscriu això.

Dit això, el TSJC precisa que la usucapió, com a títol adquisitiu de la propietat o d'un dret real possessori basat en la possessió del bé durant el temps fixat per les lleis, exigeix un determinat comportament possessori —exterioritzat— de qui pretén actuar com a propietari o titular d'aquell dret possessori; és a dir, aquesta aparença, purament subjectiva o intencional, requereix, d'altra banda, un element objectiu o causal consistent en la manifestació externa d'actes inequívocs inherents al títol de propietari de la cosa sobre la qual es projecten els actes possessoris, de manera que és irrellevant, finalment, el que hom pugui creure internament.

Per consegüent, la mera detenció, que és l'exercici d'un poder de fet sobre la cosa sense la voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret, o bé la tinença de la cosa per la tolerància dels titulars (arg. ex art. 521-1.2 CCCat), no és útil per a la usucapió. El TSJC constata que posseir en concepte de titular no és posseir creient-se propietari, sinó que a la tinença de la cosa s'hi ha d'afegir un concret *animus domini* materialitzat a través d'actes externs.

Per a cloure el recurs, el TSJC declara que la germana del Sr. H. en cap moment no va posseir la finca en concepte de titular del dret i que, per tant, no s'ha produït cap interversió possessòria exterioritzada adequadament que obrís la possibilitat d'usucapir la dita finca.

3.2.2. *La usucapió entre comuners*

STSJC de 22 de juliol de 2019 (JUR/2019/326399)

Recurs de cassació 170/2018

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Art. 531-24.1 [CCCat]. *Possessió per a usucapir*

1. Per a usucapir, la possessió ha d'ésser en concepte de titular del dret, pública, pacífica i ininterrompuda i no necessita ni títol ni bona fe.

Els fets que descriu la Sentència que s'analitza poden ser resumits de la manera següent. La finca objecte de litigi va ser adquirida per la Sra. E. juntament amb el seu fill, que la va premorir *a posteriori* l'any 1934. La Sra. E. va tenir vuit fills i va morir l'any 1952 sense haver atorgat testament. Tres dels seus fills van romandre a la finca fins a la seva mort. El Sr. I., fill de la causant, va viure a la finca fins a la seva defunció conjuntament amb els seus fills M. A. (qui continua empadronat a la finca) i A. El Sr. I. es va fer càrrec de la finca i va satisfer l'IBI des de l'any 1991 fins al 2014 i també va fer front a l'import del subministrament d'energia elèctrica des del 1969. El Sr. I. i la seva muller eren els que s'encarregaven de la casa i de l'explotació agrícola. Després de la defunció del Sr. I. l'any 2013, el seu fill (recurrent) és l'únic que continua vivint a la finca.

Val a dir que, segons el que descriu la Sentència, la dita finca era objecte de possessió compartida per tots els germans, que eren, a més, cridats, com el Sr. I., a l'herència de la mare, i va ser la casa familiar en què també dues de les germanes van viure juntament amb el Sr. I. i van participar en el repartiment de les tasques d'explotació de la finca.

La qüestió jurídica debatuda és si, produïda una situació de possessió compartida pels hereus intestats, és possible una possessió en concepte de propietari que posi en marxa el procediment de la usucapió a favor d'un sol dels cohereus intestats posseïdors, amb l'exclusió de la resta dels hereus.

El TSJC concreta que perquè la propietat comuna pugui ser usucapida per un o més comuners enfront d'un altre o d'uns altres, cal que aquells exerceixin la seva possessió precisament en concepte de propietaris, cosa que comporta el caràcter exclusiu de la possessió a títol de domini, de manera que «[...] cuando se ejerce un dominio en concepto de copropiedad, no de propiedad exclusiva, se da una situación de copropiedad incompatible con la usucapión».

Assumit això anterior, el TSJC no exclou la usucapió quan el comuner realitzi actes exclusivament a favor seu per a usucapir la cosa comuna i, a aquest efecte, es plantegen dos supòsits: o bé que l'usucapient hagi posseït sempre la cosa a títol de propietari, o bé que hagués començat a posseir la cosa com a comuner i en un moment posterior ho fes a títol de propietari exclusiu i excloent, mitjançant la mutació

de la possessió o interversió del concepte possessori a què hem fet referència *supra* en l'anàlisi de la sentència anterior.

En relació amb aquest darrer concepte i en matèria possessòria, l'article 521-6.2 CCCat es limita a afirmar que «es presumeix que els posseïdors mantenen el mateix concepte possessori que tenien quan van adquirir la possessió». Per tant, en aquells supòsits en què ja es tenia la cosa per algun altre títol —el del cohereu abans de la partició, el del posseïdor per concessió del propietari—, serà necessària la interversió del concepte possessori o la mutació de l'*animus*, exterioritzada adequadament mitjançant un comportament no clandestí i provat per a desfer la presumpció establerta en aquest article 521-6.2 CCCat —l'ordenament civil català no considera una presumpció de mutació automàtica.

La Sentència de l'Audiència Provincial declararà que el Sr. I. havia usucapit la finca procedent de l'herència de la seva mare, ja que considerava que sempre havia actuat com a propietari des de la defunció d'aquesta fins a la seva mort.

Finalment, la resposta que dona el TSJC revoca la dita sentència de l'Audiència Provincial tot argumentant que la possessió en concepte de propietari va ésser una possessió compartida amb la resta dels germans que cohabitaven a la finca i no es va produir la necessària possessió exclusiva i exclouent que s'exigeix per a usucapir en aquests supòsits de copossessió, ni va quedar justificada cap interversió o mutació de l'ànim possessori.

4. DISPOSICIONS GENERALS: PRESCRIPCIÓ

STSJC de 17 de desembre de 2019 (JUR/2020/93622)

Recurs de cassació 38/2019

Ponent: Jordi Seguí Puntas

121-23.1 [CCCat]. Càlcul del termini

1. El termini de prescripció s'inicia quan, nascuda i exercible la pretensió, la persona titular d'aquesta coneix o pot conèixer raonablement les circumstàncies que la fonamenten i la persona contra la qual es pot exercir.

En el cas que s'analitza, el TSJC aborda la qüestió relativa a la determinació del dia inicial del càlcul del termini de prescripció segons el que declara l'article 121-23.1 CCCat, en el context d'una reclamació d'honoraris nascuts en la intervenció professional del lletrat en la defensa de l'empresa mercantil Exponovias, SA contra un dels seus dissenyadors.

A propòsit de la Sentència, el TSJC constata que per a la determinació del *dies a quo* del càlcul dels terminis de prescripció, l'ordenament civil català acull el criteri subjectiu com a paràmetre. Per tant, l'inici dels terminis de prescripció es fixa en el

moment en què la persona titular de la pretensió coneix o pot conèixer, amb un criteri de raonabilitat, les circumstàncies que fonamenten la pretensió i la persona contra la qual es pot adreçar.

El TSJC constata que la jurisprudència no ha establert com a doctrina que el còmput del termini de prescripció de la reclamació d'honoraris per la prestació de serveis jurídics s'iniciï inexcusablement amb la conclusió de la fase declarativa d'un procés (ja sigui en la primera instància, ja sigui en la segona o bé en la cassació), amb independència que els serveis continuïn prestant-se en la fase executiva del mateix procés.

D'altra banda, convé subratllar que la pretensió del prestador del servei neix quan l'encàrrec ha estat executat; és a dir, amb la conclusió del procediment judicial en què ha intervingut en defensa del seu client, moment a partir del qual en circumstàncies normals el creditor «coneix o pot conèixer raonablement» els elements que determinen l'import de la seva retribució (durada de l'assumpte, complexitat, dedicació o fins i tot resultat obtingut en el cas que la remuneració hi estigui supeditada) i la persona contra la qual es pot exercir.

És clar que, amb aquesta doctrina, es corre el risc que les pretensions d'honoraris vinculats a procediments judicials amb fases executives inacabables a causa dels obstacles o les dificultats sorgides en l'execució de la condemna esdevinguin en la pràctica imprescriptibles, si bé aquesta qüestió es pot neutralitzar fàcilment amb la introducció d'un pacte que obligui l'advocat a la facturació fragmentada dels serveis prestats —amb caràcter periòdic o en funció de les actuacions efectuades o d'altres criteris— o bé, si arriba el cas, amb l'exercici pel client de la facultat de donar per acabada la relació contractual de serveis atès el seu caràcter indefinit.

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 PRIMERA) D'11 DE SETEMBRE DE 2019,² SOBRE EL DRET DE RESCISSIÓ EN CONTRACTES DE SERVEIS FINANCERS CELEBRATS A DISTÀNCIA AMB CONSUMIDORS

En primer lloc, pel que fa a l'article 6.2c de la Directiva 2002/65/CE³ en relació amb l'article 1.1 i el considerant 13 de la mateixa directiva, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) conclou que s'oposa a la normativa nacional el contracte de serveis financers celebrat a distància entre un professional i un consumidor que no exclou el dret de rescissió d'aquest últim quan el contracte ha estat executat completament per ambdues parts, a petició expressa del consumidor, abans que aquest exerciti el seu dret de rescissió (par. 39).

En segon lloc, el TJUE s'encarrega d'interpretar l'article 5.1 de la Directiva 2002/65/CE en relació amb els articles 3.1.3a i 6.2c de la mateixa directiva i dictamina que un professional que ha celebrat un contracte de serveis financers a distància amb un consumidor no incompleix amb l'obligació de comunicar, abans que el consumidor assumeixi obligacions, la informació sobre l'existència o no del dret de rescissió en aquells casos en què el professional fa saber al consumidor que el dret de rescissió no s'aplica al contracte que ha estat executat completament per ambdues parts, a petició expressa del consumidor, abans que aquest exerciti el seu dret de rescissió (par. 56).

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 de setembre de 2019 i març de 2020.

2. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) d'11 de setembre de 2019, assumpte C-143/18, Antonio Romano i Lidia Romano contra DSL Bank, una sucursal de DB Privat-und Firmenkundenbank AG.

3. Directiva 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre de 2002, sobre 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 (DOUE 2002, L 271).

El TJUE afegeix que els estats membres de la Unió Europea no poden preveure en la seva normativa nacional l'obligació del professional que celebra un contracte amb les característiques esmentades en el paràgraf anterior d'informar el consumidor sobre l'existència del dret de rescissió quan el contracte ha estat executat completament per ambdues parts, a petició expressa del consumidor, abans d'exercitar el seu dret de rescissió (par. 51).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA PRIMERA) D'11 DE SETEMBRE DE 2019,⁴ SOBRE EL DRET DELS CONSUMIDORS A LA REDUCCIÓ DEL COST TOTAL DEL CRÈDIT EN CAS DE REEMBORSAMENT ANTICIPAT

A través d'aquesta resolució, el TJUE analitza si l'article 16.1 de la Directiva 2008/48/CE⁵ ha d'interpretar-se en el sentit que, en el supòsit de reemborsament anticipat, el dret del consumidor a la reducció del cost total del crèdit inclou també les despeses que no depenen de la duració del contracte. El TJUE resol en sentit afirmatiu i conclou que el dret a la reducció del cost total del crèdit inclou, en cas de reemborsament anticipat del crèdit, totes les despeses imposades al consumidor (par. 36).

El TJUE fonamenta la seva posició en la protecció del consumidor perseguida per la Directiva 2008/48/CE. Per una banda, el banc determina les despeses i el seu desglossament de manera unilateral. Per l'altra, la facturació de les despeses pot incloure un determinat marge de benefici (par. 31). La limitació de la reducció del crèdit a les despeses presentades pel prestamista derivades de la duració del contracte menyscabaria el dret del consumidor (par. 32).

A més a més, la inclusió de les despeses que no depenen de la duració del contracte en la reducció del cost total del crèdit no perjudica el prestamista de manera desproporcionada, ja que els subapartats 2 i 4 de l'article 16 de la Directiva 2008/48/CE es refereixen a una compensació a favor seu (par. 34). Així mateix, el reemborsament anticipat del crèdit significa la recuperació dels diners, de manera que el prestamista està en condicions de celebrar un nou contracte de crèdit (par. 35).

4. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) d'11 de setembre de 2019, assumpte C-383/18, Lexitor Sp. z o. o contra Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo – Kredytowa im. Franciszka Stefczyka i altres.

5. Directiva 2008/48/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril de 2008, sobre els contractes de crèdit al consum i per la qual es deroga la Directiva 87/102/CEE del Consell (DOUE 2008, L 133).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA TERCERA) DE 19 DE SETEMBRE DE 2019,⁶ SOBRE CLÀUSULES
ABUSIVES EN CONTRACTES DE PRÉSTEC CELEBRATS
AMB CONSUMIDORS

En primer lloc, el TJUE es pronuncia sobre l'article 3.3 de la Directiva 93/13/CEE⁷ en relació amb el subapartat 1*q* de l'annex de la mateixa directiva i resol que, d'acord amb aquesta normativa, una clàusula contractual no negociada individualment, que té com a efecte o per objecte invertir la càrrega de la prova en perjudici del consumidor, no és abusiva de manera general i sense un examen complementari (par. 49). El TJUE recorda que, per una banda, una clàusula de les enumerades en l'annex de la Directiva 93/13/CEE pot ser no abusiva i, per l'altra, les clàusules que no apareixen en el llistat de la directiva esmentada poden ser declarades abusives (par. 45).

A continuació, el TJUE resol la segona qüestió prejudicial i conclou que l'article 3.3 de la Directiva 93/13/CEE en relació amb el subapartat 1*q* de l'annex de la mateixa directiva no fa referència a una clàusula que té per objecte o com a efecte permetre que el consumidor tingui motius raonables per suposar que ha de complir íntegrament el contracte, fins i tot quan considera que no es deuen determinades prescripcions, quan la clàusula no altera la posició jurídica del consumidor (par. 60).

L'òrgan jurisdiccional nacional ha de comprovar que la clàusula no altera la posició jurídica del consumidor, i s'entén que no l'altera quan no suprimeix ni obstaculitza l'exercici d'accions o recursos per part del consumidor (par. 56). El TJUE considera que la clàusula que permet al creditor posar fi al litigi de manera unilateral i definitiva, determinant l'import pendent de pagament a través d'una acta notarial amb valor probatori, suprimeix o obstaculitza al consumidor l'exercici d'accions judicials o de recursos (par. 57).

En tercer lloc, el TJUE interpreta l'article 5 de la Directiva 93/13/CEE en el sentit que no és necessari que el professional proporcioni informació complementària sobre una clàusula redactada de manera clara quan els efectes jurídics d'aquesta només poden determinar-se a partir de la interpretació de disposicions de dret nacional que no són objecte de jurisprudència uniforme (par. 70). Segons el TJUE, no es pot imposar al professional l'obligació d'informar el consumidor sobre l'existència de disposicions processals generals i sobre la jurisprudència en relació amb aquestes (par. 69).

Per acabar, en relació amb la quarta i última qüestió prejudicial, el TJUE interpreta l'article 3.3 de la Directiva 93/13/CEE en relació amb el subapartat 1*m* de l'an-

6. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Tercera) de 19 de setembre de 2019, assumpte C-34/18, O.L.T. contra ERSTE Bank Hungary Zrt.

7. 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).

nex de la mateixa directiva. El TJUE conclou que el precepte esmentat no es refereix a una clàusula contractual que autoritza el professional a apreciar unilateralment si la prestació que afecta el consumidor ha estat executada d'acord amb el contracte (par. 75) i precisa que el subapartat 1^m de l'annex de la Directiva 93/13/CEE només fa referència a les obligacions del professional (par. 74).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA TERCERA) DE 3 D'OCTUBRE DE 2019,⁸ SOBRE CLÀUSULES
ABUSIVES EN CONTRACTES DE PRÉSTEC CELEBRATS
AMB CONSUMIDORS

En relació amb els subapartats 2 i 5 de l'article 4 de la Directiva 93/13/CEE, el TJUE estudia si les clàusules contractuals d'un contracte de préstec celebrat amb consumidors, les quals no s'han negociat individualment i determinen l'import de les despeses de gestió i una comissió de desemborsament a càrrec del consumidor, el seu mètode de càlcul i el moment en què han d'abonar-se, han de concretar els serveis proporcionats com a contrapartida de tots els imports corresponents. El TJUE resol que, per a complir amb el requisit de redacció clara i comprensible (article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), aquestes clàusules no requereixen detallar tots els serveis proporcionats a canvi dels imports que corresponguin (par. 45).

En segon lloc, el TJUE s'encarrega d'interpretar l'article 3.1 de la Directiva 93/13/CEE i dictamina que una clàusula contractual relativa a les despeses de gestió d'un contracte de préstec, la qual no permet identificar de manera inequívoca els serveis concrets proporcionats com a contrapartida, no causa un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts, sens perjudici de la comprovació que correspon fer a l'òrgan jurisdiccional nacional (par. 56).

El TJUE considera que la manca de precisió dels serveis proporcionats com a contrapartida de les despeses de gestió i de la comissió de desemborsament no equival a un incompliment del requisit de transparència dels subapartats 2 i 5 de l'article 4 de la Directiva 93/13/CEE, sempre que la naturalesa dels serveis proporcionats pugui deduir-se del contracte en el seu conjunt (par. 54).

8. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Tercera) de 3 d'octubre de 2019, assumpte C-621/17, G.K. contra diversos.

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA PRIMERA) DE 7 DE NOVEMBRE DE 2019,⁹ SOBRE EL CARÀCTER
ABUSIU DE LES CLÀUSULES PENALS PACTADES
EN CONTRACTES CELEBRATS AMB CONSUMIDORS

El TJUE resol que el concepte de *contracte de transport* de l'article 3.8 del Reglament (CE) núm. 1371/2007¹⁰ comprèn les situacions en què un viatger accedeix a un tren i realitza el trajecte sense haver adquirit prèviament un bitllet de tren (par. 53). Quan, per una banda, l'empresa ferroviària deixa accedir lliurement els passatgers al seu tren i, per l'altra, el viatger accedeix al tren per a realitzar un trajecte determinat, ambdues parts manifesten la seva voluntat d'establir entre elles una relació contractual (par. 37).

A continuació, el TJUE interpreta l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE i conclou que el jutge nacional, quan considera que una clàusula penal pactada en un contracte celebrat entre un professional i un consumidor és abusiva, no pot modular l'import de la sanció, sinó que no ha d'aplicar la clàusula (par. 74). Si el jutge nacional pogués canviar el contingut de la clàusula abusiva, es protegiria els professionals, que a la pràctica podrien utilitzar aquest tipus de clàusules en perjudici dels consumidors (par. 69).

A més a més, segons el TJUE, el jutge nacional tampoc no pot substituir la clàusula per una disposició de dret nacional de caràcter supletori. Aquesta possibilitat està limitada a aquells casos en què la declaració de nul·litat de la clàusula abusiva obliga a anul·lar el contracte en la seva totalitat i sotmet el consumidor a «conseqüències particularment perjudicials» (par. 70).

9. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) de 7 de novembre de 2019, assumptes C-349/18 i C-351/18, Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) contra diversos.

10. Reglament (CE) núm. 1371/2007 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2007, sobre els drets i les obligacions dels viatgers de ferrocarril (DOUE 2007, L 315).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA PRIMERA) DE 19 DE DESEMBRE DE 2019,¹¹ SOBRE EL
REQUERIMENT D'INFORMACIÓ COMPLEMENTÀRIA
DE LES CLÀUSULES CONTRACTUALS EN EL MARC
D'UN PROCÉS MONITORI EUROPEU

El TJUE dictamina que els subapartats *d* i *e* de l'article 7.2 del Reglament (CE) núm. 1896/2006¹² i els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13/CEE en relació amb l'article 38 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, han d'interpretar-se en el sentit que un òrgan jurisdiccional nacional que coneix d'un procés monitori europeu pot demanar al creditor informació complementària sobre les clàusules contractuals que aquest invoca per a acreditar el deute, amb la finalitat de controlar d'ofici el caràcter eventualment abusiu d'aquestes clàusules (par. 54).

La petició de requeriment es presenta a través d'un formulari que figura com a annex del Reglament (CE) núm. 1896/2006 (concretament, com a formulari A de l'annex I). En aquest formulari, el demandant pot indicar i descriure el tipus de mitjans de prova de què disposa i pot afegir informació complementària (camp 10 i 11 del formulari, respectivament). Així doncs, el mateix formulari permet aportar informació addicional que faci referència a les clàusules invocades per a acreditar el deute i, per tant, es pot reproduir el contracte íntegrament o es pot adjuntar-ne una còpia (par. 48).

Al seu torn, segons l'article 9.1 del Reglament (CE) núm. 1896/2006, l'òrgan jurisdiccional nacional, a través d'un altre formulari (formulari B de l'annex II), pot demanar al creditor que completi o rectifiqui la informació facilitada (par. 49). Per això, el TJUE declara que l'òrgan jurisdiccional pot demanar al creditor informació complementària sobre les clàusules en el marc d'un requeriment europeu de pagament.

11. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Primera) de 19 de desembre de 2019, assumptes C-453/18 i C-494/18, Bondora AS contra Carlos V.C. i altres.

12. Reglament (CE) núm. 1896/2006 del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, pel qual s'estableix un procés monitori europeu (DOUE 2006, L 399).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(GRAN SALA) DE 19 DE DESEMBRE DE 2019,¹³ SOBRE DESCÀRREGUES
DE LLIBRES ELECTRÒNICS PER AL SEU ÚS PERMANENT

Per mitjà d'aquesta qüestió prejudicial el TJUE resol que el subministrament al públic d'un llibre electrònic mitjançant la descàrrega per al seu ús permanent no és un acte de «distribució» en el sentit de l'article 4.1 de la Directiva 2001/29/CE,¹⁴ sinó un acte de «comunicació al públic» en el sentit de l'article 3.1 de la mateixa directiva. Concretament, és l'acte de posar les obres a disposició del públic, de manera que qualsevol persona pot accedir-hi des de qualsevol lloc i en qualsevol moment (par. 72).

Segons el TJUE, en el litigi principal hi ha una comunicació de l'obra al públic perquè qualsevol persona interessada pot ser membre del club de lectura, el qual no disposa de mesures tècniques per a garantir que les persones interessades puguin descarregar-se una còpia de l'obra durant el període de temps en què tenen accés a aquesta i que, transcorregut el termini, no puguin tornar a utilitzar la còpia (par. 69). A més a més, el TJUE té en compte que la comunicació es fa a un «públic nou», és a dir, a un públic que els titulars dels drets d'autor no havien tingut en compte inicialment (par. 70 i 71).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(GRAN SALA) DE 3 DE MARÇ DE 2020,¹⁵ SOBRE LES CLÀUSULES
DE CONTRACTES DE PRÉSTEC HIPOTECARI D'INTERÈS VARIABLE
QUE UTILITZEN COM A ÍNDEX DE REFERÈNCIA L'ÍNDEX
DE REFERÈNCIA DE PRÉSTECs HIPOTECARIS (IRPH)

El TJUE, en primer lloc, declara que l'article 1.2 de la Directiva 93/13/CEE ha d'interpretar-se en el sentit que la clàusula d'un contracte de préstec hipotecari celebrat entre un consumidor i un professional, quan preveu que el tipus d'interès aplicable al préstec es basa en un dels índexs de referència oficials establerts per la normativa nacional i que les entitats de crèdit poden aplicar als préstecs hipotecaris, està inclosa en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 93/13/CEE quan la normativa nacional

13. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Gran Sala) de 19 de desembre de 2019, assumpte C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond contra Tom Kabinet Internet BV* i altres.

14. Directiva 2001/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 22 de maig de 2001, sobre l'harmonització de determinats aspectes dels drets d'autor i drets afins als drets d'autor en la societat de la informació (DOUE 2001, L 167).

15. Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Gran Sala) de 3 de març de 2020, assumpte C-125/18, *M.G.M.G. contra BANKIA, S.A.*

no estableix l'aplicació imperativa de l'índex en qüestió ni la seva aplicació supletòria en els casos en què les parts no han pactat una altra cosa (par. 37).

Les clàusules contractuals que no estan sotmeses a la Directiva 93/13/CEE són les que es refereixen a disposicions legals o reglamentàries de caràcter imperatiu (par. 29). Segons el TJUE, en el cas objecte d'enjudiciament la normativa nacional no obligava a aplicar un dels sis índexs oficials de la Circular del Banc d'Espanya 8/1990, de 7 de setembre, d'entitats de crèdit, sobre transparència de les operacions i protecció de la clientela (par. 33). A més a més, en relació amb els préstecs amb tipus d'interès variable, l'Ordre ministerial de 5 de maig de 1994 tampoc no obligava a utilitzar un índex de referència oficial, com l'IRPH, sinó que determinava els requisits que els índexs o tipus d'interès de referència havien de complir per a poder ser utilitzats per les entitats de crèdit: clars, concrets i comprensibles pel prestatari, així com conformes al dret (par. 34 i 35).

A continuació el TJUE es pronuncia sobre els articles 4.2 i 8 de la Directiva 93/13/CEE i conclou que, en tot cas, els tribunals d'un estat membre de la Unió Europea tenen l'obligació d'examinar el caràcter clar i comprensible de la clàusula contractual que fa referència a l'objecte principal del contracte. Els tribunals també estan subjectes a aquesta obligació quan no ha tingut lloc la transposició a l'ordenament jurídic intern de l'article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (par. 46 i 47).

En tercer lloc, el TJUE declara que, d'acord amb els subapartats 2 i 5 de l'article 4 de la Directiva 93/13/CEE, la clàusula contractual que fixa un tipus d'interès variable en un contracte de préstec hipotecari ha de ser comprensible i ha de permetre que el consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç, estigui en condicions de comprendre la manera de calcular el tipus d'interès i de valorar les conseqüències econòmiques de la clàusula sobre les seves obligacions financeres (par. 51 i 56). En el cas objecte d'enjudiciament cal tenir en compte que els elements principals sobre el càlcul de l'IRPH de les caixes d'estalvi eren fàcilment assequibles a qualsevol persona interessada a contractar un préstec hipotecari perquè constaven en la Circular del Banc d'Espanya (par. 53). A això cal afegir que, segons la normativa nacional vigent en el moment de la celebració del contracte, les entitats de crèdit tenien l'obligació d'informar els consumidors sobre l'evolució de l'IRPH de les caixes d'estalvi durant els dos anys naturals anteriors a la celebració dels contractes de préstec i sobre l'últim valor disponible (par. 54).

En últim terme, d'acord amb el TJUE, si es declara la nul·litat d'una clàusula abusiva que fixa un índex de referència per al càlcul dels interessos variables d'un préstec, els articles 6.1 i 7.1 de la Directiva 93/13/CEE no impedeixen que el jutge nacional substitueixi aquell per un índex legal aplicable en casos en què les parts contractuals no pacten el contrari. Perquè això sigui possible cal que el contracte de préstec hipotecari no pugui subsistir sense la clàusula declarada abusiva i que l'anul·lació del contracte en la seva totalitat sotmeti el consumidor a «conseqüències especialment perjudicials» que li representin una penalització (par. 61 i 67). En un contracte de

préstec, l'anul·lació del contracte penalitzaria més el consumidor que el prestamista perquè faria immediatament exigible el pagament de l'import del préstec pendent de devolució en una quantia que podria superar la capacitat econòmica del consumidor (par. 63).

MISCEL·LÀNIA

RESSENYA DE LA JORNADA «PREVISIÓ I TRANSMISSIÓ INTERGENERACIONAL DEL PATRIMONI AL MARGE DE LA SUCCESSION». ENCAIX JURÍDIC (I CONSOLIDACIÓ?) DELS *WILL SUBSTITUTES* A ESPANYA

El passat dia 10 de desembre de 2019 va tenir lloc a la seu del Col·legi de Notaris de Catalunya la jornada «Previsió i transmissió intergeneracional del patrimoni al marge de la successió», organitzada per l'Associació Catalana d'Especialistes en Dret de Successions (ACEDS) en col·laboració amb Mapfre. L'acte s'emmarcava en les activitats de transferència de coneixement del projecte d'investigació DER2017-82129-P (investigadora principal: Elena Lauroba).

Era una jornada necessària, atès que en l'actualitat un estudi del dret successori que es pretengui complet ha d'abastar necessàriament els anomenats *will substitutes*; això és, els mecanismes per a l'atribució *post mortem* de béns que es mouen al marge de la successió.

Van participar com a ponents en aquesta jornada acadèmics, notaris, advocats i professionals del sector de les assegurances.

L'inici de la jornada va ser a càrrec del professor Thomas P. Gallanis, *dean for research* de la University of Iowa College of Law i pioner en l'estudi dels *will substitutes*, que va aportar una visió àmplia i global d'aquests mecanismes transmissius. El professor Gallanis va tractar els factors decisius que, segons ell, més han influït en la proliferació d'aquests instruments, fonamentalment la voluntat d'evitar els feixucs i costosos tràmits de l'anomenada *probate administration*, el procediment judicial d'administració de les herències als Estats Units d'Amèrica (EUA). Després de repassar els *will substitutes* més populars als EUA, el professor Gallanis va descriure les darreres tendències dels drets successoris estatunidencs, entre les quals destaca l'elaboració d'una espècie de part general relativa a les atribucions lucratives *post mortem* o, el que és el mateix, la unificació del règim d'aquest tipus de transmissions.

La següent intervenció de la jornada va ser a càrrec del Dr. Jaume Tarabal, professor agregat de dret civil de la Universitat de Barcelona, qui va aportar als assistents una visió transfronterera comparant l'encaix dels *will substitutes* als EUA i a Espanya. El Dr. Tarabal va reprendre l'exposició del professor Gallanis per a incidir en els factors motivadors de la proliferació dels *will substitutes* als EUA. En aquest sentit, el Dr. Tarabal va argumentar que el creixent desenvolupament també al nostre país d'aquest tipus de mecanismes es deu al foment de la previsió social voluntària. La designació de beneficiaris en assegurances de vida i plans de pensions s'ha convertit en les darreres dècades en instrument habitual de transmissió intergeneracional de la riquesa. Mentre que l'assegurança de vida per causa de mort té una regulació amb

una llarga tradició al nostre país, els plans de pensions no han rebut la mateixa atenció per part del legislador, que en general n'ha desatès els possibles efectes en l'àmbit successori.

Per finalitzar la seva intervenció, el Dr. Tarabal va compartir una reflexió en la qual va comparar el sistema nord-americà i l'espanyol des del punt de vista que als EUA els *will substitutes* van néixer com una resposta a la necessitat de canviar el sistema actual de *probate* i, en canvi, a Espanya, com que en el nostre ordenament jurídic no existeixen aquests tipus de procediments com el *probate*, l'auge dels *will substitutes* es deu a altres factors més aviat econòmics, com ara l'optimització fiscal de la successió.

A continuació va ser el torn del Dr. Ángel Serrano Nicolás, notari de Barcelona, que va parlar sobre els mecanismes de previsió en l'àmbit empresarial. En aquest context, el Dr. Serrano va centrar la seva intervenció en la transmissió de l'empresa familiar. En aquest sentit, segons el Dr. Serrano un dels requisits per a una transmissió satisfactòria de l'empresa familiar és proveir-la de mecanismes per a la successió per tal d'aconseguir que la distribució hereditària no signifiqui la pèrdua del control de la societat. En la mateixa línia, va continuar dient que una manera d'assolir la planificació successòria correcta en l'àmbit empresarial és atorgar un pacte de família o pacte d'empresa. Com a novetat i en l'àmbit empresarial, el Dr. Serrano va explicar el paper dels pactes parasocials com a instrument de transmissió al marge de la successió anàleg als *will substitutes*.

Per la seva part, la Dra. Lúcia Arnau Raventós, professora agregada de dret civil de la Universitat de Barcelona, va parlar de la protecció dels creditors. El punt de partida va ser el contingut de l'article 88 de la Llei del contracte d'assegurances, que, principalment, disposa que l'assegurador haurà d'abonar al beneficiari les primes contractades pel prenedor de l'assegurança tot i les reclamacions dels legitimaris i els creditors del prenedor de l'assegurança. En tot cas, aquests hauran de dirigir les seves reclamacions contra el beneficiari de l'assegurança una vegada aquest hagi rebut les prestacions contractades pel prenedor de l'assegurança en frau dels seus drets.

Tot seguit, el Dr. Antoni Vaquer Aloy, catedràtic de dret civil de la Universitat de Lleida, va centrar la seva intervenció en la protecció de la família i els mecanismes de previsió existents en el marc dels *will substitutes*. L'encapçalament de la seva intervenció va ser la citació de l'article 421-23 del Codi civil de Catalunya, sobre la designació de beneficiaris en les assegurances de vida. D'aquest article es desprenen tots els productes bancaris en els quals el prenedor, que els contracta i en disposa lliurement en vida —dins dels marges legals i contractuals—, designa uns beneficiaris als quals farà trànsit, en l'eventualitat de la seva mort, el capital aportat o el capital al qual doni lloc el producte durant la seva vigència, és a dir, el que ja coneixem com a *will substitutes*. El Dr. Vaquer va mostrar la problemàtica de les clàusules de designació de beneficiaris en el sentit que aquesta s'efectua mitjançant uns formularis que només admeten un contingut prefixat i, per tant, només permeten fer una designació molt limi-

tada. Aquests formularis de designació de beneficiaris estan enfocats a la seguretat de l'entitat que els comercialitza, i no pas a recollir la veritable voluntat *mortis causa* de qui subscriu el producte.

La següent ponència de la jornada va ser a càrrec de la Dra. Elena Lauroba, professora titular de dret civil de la Universitat de Barcelona, i del Sr. Ramon Pratdesaba, advocat i president de l'Associació Catalana d'Especialistes en Dret de Successions, els quals van tractar els mecanismes de protecció existents per a les persones en situació personal de dependència i van fer una referència especial als patrimonis protegits. En concret, la Dra. Lauroba va posar l'èmfasi en aquests mecanismes com a eina per a afavorir els descendents amb discapacitat i alhora establir una protecció i una seguretat en la transmissió dels béns als beneficiaris designats.

En la mateixa línia, el Sr. Pratdesaba va posar com a exemple les assegurances de dependència. Aquestes assegurances no exigeixen com a requisit previ per a la seva contractació que la capacitat del beneficiari hagi estat modificada judicialment, sinó que n'hi ha prou que concorrin les circumstàncies següents: existència d'una limitació física, psíquica o intel·lectual, existència d'una incapacitat per a realitzar les tasques quotidianes de manera autònoma i, per acabar, necessitat de l'assistència d'una tercera persona.

El contrapunt d'aquesta jornada va estar marcat per les intervencions dels representants proposats per Mapfre que van acompanyar cadascuna de les exposicions, que, des del punt de vista de l'expert en previsió social, van exposar l'encaix d'aquests mecanismes de transmissió tot fent visible la conveniència d'establir un diàleg entre l'expert en previsió social i l'especialista en dret de successions.

Per acabar, la Sra. Raquel Iglesias, notària de Barcelona, va parlar del paper del notariat davant d'aquests mecanismes de transmissió intergeneracional. La Sra. Iglesias va deixar palès que, per a un assessorament integral correcte en la planificació de la successió, la intervenció del notari és imprescindible i necessària i, a més, els notaris han de tenir en compte aquestes eines en l'assessorament preventiu de la successió.

Finalment, la jornada de clausura de la jornada va ser a càrrec del Dr. Xavier Bernardí i Gil, director general de Dret i d'Entitats Jurídiques.

Rubén Mendiola Oliva

Advocat especialista en dret de successions

CRÓNICA DEL CONGRESO INTERNACIONAL «EL DERECHO PRIVADO EN EL NUEVO PARADIGMA DIGITAL»

Los días 3 y 4 de octubre de 2019 se celebró, en el Colegio de Notarios de Cataluña, el congreso internacional «El derecho privado en el nuevo paradigma digital», organizado por el Colegio de Notarios de Cataluña, la Cátedra Jean Monet de Derecho Privado Europeo (UB) y el Proyecto I+D+I DER2017-84748-R.

El Congreso se dividió en tres bloques temáticos: el primero incidió en las directivas 2019/770, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, y 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes; el segundo bloque se dedicó a cuestiones relacionadas con las plataformas en línea, los intermediarios y la contratación electrónica, y, por último, en el tercero se abordaron distintos problemas vinculados a las nuevas realidades tecnológicas.

La conferencia que dio apertura al congreso estuvo a cargo de Jorge Marais Carvalho, profesor titular de la Universidad Nova Lisboa. En su intervención, el ponente analizó el ámbito de aplicación de las directivas 2019/770 y 2019/771, de las que destacó las rupturas y continuidades con respecto a sus antecedentes normativos en la Directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y la relación de complemento entablada entre dichos textos, y la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores. El ponente también incidió en el nivel de armonización de ambas directivas, que son de armonización plena, regla que tendrá matices dada la multiplicidad de supuestos en los que se realizan excepciones. En relación con la aplicabilidad de ambos textos, el ponente explicó que la Directiva 2019/771 establece como regla su aplicación sólo a los contratos celebrados después del 1 de enero de 2022, mientras que la Directiva 2019/770, además de aplicarse a los contratos celebrados después de esa fecha, también regirá los contratos celebrados con anterioridad en los que el suministro de los contenidos o servicios digitales se esté efectuando —suministro continuado— o deba efectuarse —suministro periódico—. A propósito del ámbito de aplicación, el ponente incidió en la naturaleza onerosa de los contratos contemplados en ambos textos y destacó cómo se reconducen hacia la Directiva 2019/771 los contratos de compraventa con elementos digitales y hacia la Directiva 2019/770 los contratos en los que hay entrega de un soporte material exclusivamente porteador de contenidos digitales. En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo, el ponente aludió a la posible intervención de plataformas que puedan actuar como intermediarias en la contratación entre consumidor y usuario.

La segunda ponencia, con el título «Pactos sobre la falta de conformidad en las directivas 2019/770 y 2019/771», estuvo a cargo de Markus Artz, catedrático de la Universidad de Bielfeld. Como premisa de su exposición, resaltó que uno de los pilares del derecho de consumo en la Unión Europea es reequilibrar la relación asimétrica entre consumidores y empresarios, situación que ha llevado a la consagración de un sistema en el que, como regla general, los derechos de los consumidores son irrenunciables. Siguiendo esta tendencia, las directivas 2019/770 y 2019/771 contemplan en los artículos 21 y 22, respectivamente, el carácter de no vinculante para el consumidor de cualquier cláusula contractual que, en su perjuicio, excluya la aplicación de las medidas nacionales de transposición o modifique los efectos de estas. Esa regla encontrará excepciones en caso de que la directiva de que se trate lo permita. Uno de esos casos es el que resalta el expositor como eje central de su ponencia: el supuesto en que, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor haya sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad, y el consumidor, por su parte, haya aceptado de forma expresa y por separado dicha disconformidad, lo que deja en evidencia la necesidad de un acuerdo. El ponente analizó la naturaleza y las características de dicho acuerdo en tanto que acuerdo «separado» del contrato propiamente dicho.

La ponencia de Beate Gsell, catedrática de la Universidad Ludwing-Maximilians de Munich, se tituló «Los plazos para el ejercicio de los remedios a la falta de conformidad en las directivas 2019/770 y 2019/771». En la exposición se incidió en los tres plazos presentes en ambas directivas: el plazo durante el que se extiende la responsabilidad del vendedor o empresario; el plazo en el que opera la presunción de que la falta de conformidad existía en el momento de la entrega del bien o del suministro, y el plazo de notificación de la falta de conformidad por parte del consumidor al empresario o vendedor. La ponente destacó, a propósito de la Directiva 2019/770, la complejidad que comporta la distinción según si el suministro se realiza en un único acto o en actos periódicos, o consiste en una actuación continuada y duradera. A propósito de aquellos plazos, se destacó también que las directivas establecen por lo general períodos mínimos, pero se permite a los estados miembros mantener o introducir plazos más largos; de ahí que la cuestión de los plazos muestre que la regla general de la armonización plena, presente en ambas directivas, admite muchas excepciones.

La Dra. Lúdia Arnau, profesora de la Universidad de Barcelona, presentó la ponencia «Remedios por falta de conformidad en contratos de larga duración o con varias prestaciones». La atención se centró, en especial, en los contratos que contemplan una prestación múltiple, homogénea o no, y se analizaron la cuestión de su calificación jurídica y el régimen de la entrega, resolución y suspensión parciales.

Sergio Cámara Lapuente, catedrático de la Universidad de La Rioja, presentó la ponencia «Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales». La exposición se inició con el análisis de los

supuestos de resolución del contrato de suministro de elementos digitales (ya sea por falta de suministro, por falta de conformidad o por modificación nociva o engañosa para el consumidor). La siguiente variable que tuvo presente el ponente es la naturaleza onerosa del contrato y la naturaleza de la contraprestación satisfecha por el consumidor (ya sea dinero, ya sean datos personales). Según si se trata o no de datos personales, resultará entonces aplicable: en el primer caso, el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, de protección de datos; en el segundo, las reglas internas de transposición de la Directiva 2019/770, que en este particular relajan la regla de la armonización plena. Tras el análisis comparativo de ambas regulaciones (y, en particular, de los derechos que confieren al consumidor), el ponente concluyó que la Directiva 2019/770 dispensa una protección mucho más atenuada que la que ofrece el Reglamento.

Rosa García Pérez, profesora titular y delegada de Protección de Datos de la Universidad de Granada, abordó, al hilo de la ponencia precedente, la ponencia «El papel de la protección de los datos personales en la contratación en línea de bienes, contenidos y servicios digitales». La ponente partió de la premisa que existe un modelo de negocio propio de la era digital basado en las transacciones con datos personales. En ese esquema, la facilitación de datos se da en el marco de contratos de adhesión y es en ese escenario que tanto el Reglamento 2016/679 como la Directiva 2019/770 coinciden en el interés y la aptitud de reequilibrar la posición del consumidor y/o titular de los datos frente al empresario y/o responsable del tratamiento de los datos. En particular, la relación de uno y otro textos en sede contractual está en que, al ser el ámbito de aplicación del Reglamento de carácter general, esto es, en función de la presencia del tratamiento de datos personales, cuando en una relación contractual de suministro de elementos digitales se involucren este tipo de datos con la finalidad específica que exige la Directiva, tanto el Reglamento como la Directiva 2019/770 serán aplicables. La interacción anterior ha llevado a la generación de un interesante fenómeno que la ponente denomina «la contractualización del derecho fundamental de los datos personales», que desgranó a lo largo de su exposición. En dicho contexto, la ponente se ocupó también de identificar los supuestos en que la Directiva 2019/770 legitima el tratamiento y la utilización de datos personales.

Ya en el segundo bloque y en el segundo día del congreso, Johana Campos Carvalho, profesora visitante de la Universidad Nova Lisboa, desarrolló su ponencia «Celebración de contratos en plataformas en línea». La ponente centró su exposición en la calificación y el régimen legal aplicable a los contratos celebrados por medio de plataformas en línea. Según la ponente, los operadores de plataforma terminan siendo un tercero ajeno a la relación contractual, de implicación variada y casuística, en algunos casos con una incidencia muy notoria e influyente —rol activo— y en otros casos con una incidencia leve —rol pasivo—. Además, dado que las plataformas funcionan en línea, los contratos que se suscriban a través de ellas generalmente se celebran por medios electrónicos, con la consecuencia de serles de aplicación el régimen que regula

ese tipo de contratación. La ponente se centró, en especial, en la dinámica triangular de las distintas relaciones que se establecen: la entablada entre el operador de plataforma y el proveedor o empresario, la que vincula al operador de la plataforma y al comprador/consumidor y, por último, la que conecta al proveedor/empresario y al consumidor, que será la concreción de la función de intermediación de los operadores de plataforma.

La octava ponencia del congreso estuvo a cargo de Esther Arroyo Amayuelas, catedrática de la Universidad de Barcelona. Se presentó bajo el título «¿Necesidad de actualizar la exención de responsabilidad de los intermediarios en la Directiva de comercio electrónico?» y abordó, en particular, la cuestión de si las exenciones a la responsabilidad de los intermediarios de Internet previstas en la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, de comercio electrónico, siguen siendo útiles para regular los fenómenos actuales de intermediación, en particular los que llevan a cabo los prestadores de servicio de Internet que almacenan o alojan datos (*hosting*).

«La responsabilidad de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual» fue el título de la siguiente ponencia. Su desarrollo estuvo a cargo de Gerald Spildler, catedrático de la Universidad de Göttingen, que analizó el artículo 17 de la Directiva 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, artículo relativo a los «usos de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea». Spildler señaló que ese apartado encuentra su base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya había declarado la obligación de los prestadores de servicios de plataforma de controlar los contenidos que almacenaban o alojaban. El ponente analizó el ámbito de aplicación subjetivo del precepto, el ámbito de los servicios sujetos a la Directiva, la obligación, a cargo del prestador, de obtener licencias de los titulares de derechos de autor sobre los contenidos que se almacenan o alojan o a los que se da acceso, y los mecanismos a disposición del usuario en caso de que el prestador haya actuado al margen de la obligación anterior.

José Manuel Ventura Ventura, profesor y doctor de la Universidad de La Rioja, impartió, a continuación, la conferencia titulada «Los usos en línea de las publicaciones de prensa: viejos derechos, nuevos límites». Al igual que la ponencia anterior, sus consideraciones se relacionaron con la Directiva 2019/790 y, específicamente, con su artículo 15, que reconoce a las editoriales de publicación de prensa los derechos afines y exclusivos de reproducción, comunicación y puesta a disposición del público regulados por los artículos 2 y 3 de la misma Directiva 2001/29. El ponente contextualizó el origen de la disposición y su ámbito de aplicación.

La siguiente ponencia se presentó bajo el título «Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de derecho internacional privado» y estuvo a cargo de Raúl Lafuente Sánchez, pro-

fesor asociado de la Universidad de Alicante. Su exposición estuvo centrada en los puntos de conexión entre el derecho internacional privado y el derecho de consumo en el ámbito europeo desde la óptica del Reglamento 2018/302, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación.

Mónica Navarro Michel, profesora agregada de derecho civil de la UB, dio inicio al tercer bloque del Congreso, «Problemas emergentes ante las nuevas realidades tecnológicas», con la ponencia titulada «Conducción autónoma y responsabilidad civil». Tras delimitar y definir el concepto de *conducción autónoma*, expuso los cinco niveles de conducción autónoma que se han venido reconociendo en función del grado de intervención humana requerida. La ponente también aludió a la regulación (pionera) vigente en el Reino Unido desde 2018 sobre el particular. Incidió, en último término, en el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos y a las dificultades de encajar en él los vehículos automatizados o autónomos.

La intervención de Maria Esperança Ginebra Molins, profesora titular de la Universidad de Barcelona, se presentó bajo el título «Voluntades digitales en caso de muerte». La ponente expuso los distintos modelos de regulación de los contenidos digitales después de la muerte e incidió en como unos se acercan más al campo de los derechos personalísimos del causante y los terceros involucrados y, en cambio, otros lo hacen al ámbito del derecho de sucesiones.

«Estado de *flow* y comercio electrónico: ¿existen diferencias en la conducta de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado?» fue la última ponencia impartida. Estuvo a cargo de Agustín Ruiz Vega, catedrático de la Universidad de La Rioja. Resaltando el enfoque económico de su intervención, el ponente definió lo que debe entenderse por *estado «flow»* o *de flujo* y destacó que, en la contratación electrónica, se ha centrado en las siguientes dimensiones: el control percibido, la curiosidad, la concentración y la diversión, y aludió también a las diferencias en la conducta de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado a la hora de adquirir un bien o servicio.

María Eugenia Gutiérrez Darwich

*Estudiante del máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios
Universidad de Barcelona*

FE D'ERRATES

L'autoria de l'obra citada en les pàgines 87 (nota 44) i 109 (*in fine*) del volum 21 (any 2019) de la *Revista Catalana de Dret Privat* és: Luz ZAFORTEZA DE CORRAL, Manuel OLIVER MORAGUES i Antonio MUT CALAFELL.

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.

