

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

Volum 21, 2019

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



Institut
d'Estudis
Catalans

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

COMITÈ EDITORIAL

Josep 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 21, 2019

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2019

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: març 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

ESTUDIS DOCTRINALS

Els nous reglaments de la Unió Europea en matèria de règim matrimonial i d'efectes patrimonials de les unions estables: àmbit d'aplicació, innovacions, definicions, parelles incloses i parelles excloses, <i>per Ana Quiñones Escámez</i>	11
Judicial law-making and the principle of effectiveness in European Union (private) law, <i>per Francesca Episcopo</i>	53
<i>Remake</i> (o exposició actual) dels precedents i la formació del dret civil a les Illes Balears, <i>per Francesca Llodrà Grimalt</i>	73
The shared equity credit agreement as a new credit agreement to finance the shared ownership in Catalonia, <i>per Guillem Izquierdo Grau</i>	111

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, <i>per Rosa Barceló Compte</i>	129
Recull de sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, <i>per Marta Mingot Torra</i>	143

La relevancia de la *affectio maritalis* en la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia: comentario crítico de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 14/2019, de 21 de febrero. Una propuesta de interpretación del artículo 422-13 del Código civil de Cataluña,
per Enrique Peruga Pérez 153

La declaració d'hereus intestats pel notari espanyol en aplicació del Reglament (UE) 650/2012 en matèria de successions. Comentari de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 23 de maig de 2019, assumpte C-658/2017,
per Albert Font Segura 195

QÜESTIONS PRÀCTIQUES

Nota de la directora 215

La commutació de l'usdefruit universal de l'herència en supòsits de partició,
per David Casellas Roca 217

Fiscalidad del condominio desde una óptica de las categorías del derecho civil,
per Ángel Serrano de Nicolás 223

El maltractament psicològic com a causa de desheretament,
per Joan-Maria Raduà Hostench 235

MISCEL·LÀNIA

Procesos de ejecución directa de hipotecas por cláusulas de vencimiento anticipado tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019,
per María Eugenia Gutiérrez Darwich 243

RECENSIONS

Casi controversi in materia di diritto delle successioni,
a cura de Sara Scola i Mauro Tescaro, 2 v., Nàpols,
Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 996 p.,
per Antoni Vaquer Aloy

259

ESTUDIS

ELS NOUS REGLAMENTS DE LA UNIÓ EUROPEA EN MATÈRIA DE RÈGIM MATRIMONIAL I D'EFFECTES PATRIMONIALS DE LES UNIONS REGISTRADES: ÀMBIT D'APLICACIÓ, INNOVACIONS, DEFINICIONS, PARELLES INCLOSES I PARELLES EXCLOSES

A. Quiñones Escámez

*Catedràtica de dret internacional privat
Universitat Pompeu Fabra*

Resum

El 6 de febrer de 2019, en el marc del cicle de conferències «Institucions del nostre dret», que va organitzar la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, vaig tenir l'ocasió de tractar sobre el tema en la meua conferència «Nous reglaments (UE) en matèria de règim matrimonial i d'efectes patrimonials de les unions registrades». Vaig centrar l'atenció en l'àmbit d'aplicació d'aquests nous reglaments, en els seus trets característics i, sobretot, en el concepte d'*unió registrada* i l'exclusió de la qüestió prèvia relativa a l'existència i la validesa de la unió registrada. En altres paraules, en el quan, el qui, el què i les parelles a les quals s'apliquen els dos nous textos de la Unió Europea. Quines parelles afecta el nou reglament és un punt clau que preocupa particularment les comunitats autònomes amb dret civil propi. El treball se centra en aquestes qüestions: les unions de parella incloses i les que en poden quedar excloses, i el que els caldria per a ser-hi incloses. I si cal que continuïn excloses, quines són les solucions que se'ls han de donar. El treball finalitza amb dotze conclusions o reflexions finals.

Paraules clau: dret internacional privat, família, règim patrimonial, nous reglaments europeus, àmbit d'aplicació, definicions, unions de parella registrades, qüestió preliminar, remissió a un estat plurilegislatiu, comunitats autònomes, parelles excloses, dret aplicable.

LOS NUEVOS REGLAMENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RÉGIMEN MATRIMONIAL Y DE EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN, INNOVACIONES, DEFINICIONES, PAREJAS INCLUIDAS Y PAREJAS EXCLUIDAS

Resumen

El 6 de febrero de 2019, en el marco del ciclo de conferencias «Instituciones de nuestro derecho», que organizó la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, tuve la ocasión de tratar sobre el tema en mi conferencia «Nuevos reglamentos (UE) en materia de régimen matrimonial y de efectos patrimoniales de las uniones registradas». Centré la atención en los rasgos característicos de dichos nuevos reglamentos, su ámbito de aplicación y, sobre todo, en el concepto de *unión registrada* y la exclusión de la cuestión previa relativa a su existencia y validez. En otras palabras, en el cuándo, el quién, el qué y las parejas a las que se aplican los dos nuevos textos de la Unión Europea. Se trata de un punto clave que preocupa particularmente a las comunidades autónomas con derecho civil propio. El trabajo se centra en estas cuestiones: las uniones de pareja incluidas y las que pueden quedar excluidas, y lo que les haría falta para estar incluidas. Y si es necesario que sigan excluidas, cuáles son las posibles soluciones que se les puede dar. El trabajo finaliza con doce conclusiones o reflexiones finales.

Palabras clave: derecho internacional privado, familia, régimen patrimonial, nuevos reglamentos europeos, ámbito de aplicación, definiciones, uniones de pareja registradas, cuestión preliminar, remisión a un estado plurilegislativo, comunidades autónomas, parejas excluidas, derecho aplicable.

NEW REGULATION (UE) IN MATTER OF MATRIMONIAL REGIME AND PATRIMONIAL EFFECTS OF REGISTERED UNIONS: APPLICATION SCOPE, INNOVATIONS, DEFINITIONS, INCLUDED COUPLES AND EXCLUDED COUPLES

Abstract

On February 6, 2019, within the frame of the «Institutions of our law» conference series, organized by the Societat Catalana d'Estudis Jurídics, I had the opportunity to talk about the «New regulations (EU) on the matrimonial property regimes and patrimonial effects of registered partnerships». I focused on their distinctive features, their scope of application and, above all, on the concept of *registered partnership*, and the exclusion of the preliminary question regarding its existence and validity. In other words, I focused on when, who, what and to which couples the two new texts of the European Union apply to. Which couples are included in the new regulation is a key point particularly in a State like Spain, where some autonomous communities have their own civil law. The work deals with all these questions, which partnerships are included and which ones should be excluded, as well as the requirements they should met in order to be included. Finally, if they need to be excluded, the work deals with possible solutions to offer. This paper concludes with twelve final remarks.

Keywords: conflict of laws, family, property regime, new european regulations, scope of application, definitions, «registered partnerships», preliminary question, reference to plurilegislative states, autonomous communities (Spain), excluded couples, applicable law.

1. INTRODUCCIÓ: PROPÒSIT DEL TREBALL, AVANTATGES I TRES CARACTERÍSTICS DELS NOUS REGLAMENTS

1.1. PROPÒSIT DEL TREBALL

El passat 6 de febrer, en el marc del cicle de conferències «Institucions del nostre dret», que organitzen la Societat Catalana d'Estudis Jurídics i la Comissió de Dones de l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, vaig tenir l'ocasió de parlar sobre aquesta qüestió en la conferència «Nous reglaments (UE) en matèria de règim matrimonial i d'efectes patrimonials de les unions registrades».¹ Vaig centrar l'atenció en els trets més característics de la nova normativa i, en particular, en l'àmbit d'aplicació, en el concepte d'*unio registrada* i en les unions de parella incloses i les excloses dels nous reglaments.

Quines parelles afecta el nou reglament és un punt clau que preocupa a totes les comunitats autònomes amb dret civil propi. En concret, el Decret llei 3/2015, del 6 d'octubre, de modificació de la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relativa a la creació del Registre de Parelles Estables, indica en el seu preàmbul que la previsió té en compte no tan sols la normativa europea sobre l'estrangeria (reagrupament familiar), sinó la proposta del que és avui el nou Reglament 2016/1104, en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades:

Pel que fa a la normativa de la Unió Europea, s'ha de tenir present [...] els treballs sobre la *Proposta de reglament del Consell relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patri-*

1. Reglament (UE) 2016/1103, 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 (d'ara endavant, Reglament (UE) 2016/1103, sobre règim matrimonial) i el Reglament (UE) 2016/1104, 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 d'efectes patrimonials de les unions registrades (d'ara endavant, Reglament (UE) 2016/1104, sobre efectes patrimonials de les unions registrades), publicats al *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE), núm. 183 (8 juliol 2016). Les correccions d'errors relatives als dos reglaments es troben en el DOUE L 167/36 (4 juliol 2018) i en el DOUE L 113/62 (29 abril 2017). Respecte als formularis: Reglament d'execució (UE) 2018/1935, de 7 de desembre de 2018, pel qual s'aproven els formularis dels annexos I, II i III del Reglament (UE) 2016/1103, i Reglament d'execució (UE) 2018/1990, d'11 de desembre de 2018, pel qual s'aproven els formularis dels annexos I, II i III del Reglament (UE) 2016/1104.

monials de les unions registrades [...]; ara bé, només «les unions registrades», que es defineixen com aquelles en el registre de les quals intervé una autoritat pública.

Per tant, hem d'evidenciar que la *parella estable catalana* constituïda d'acord amb el dret civil de Catalunya, una de les parts de la qual sigui estrangera, *podria quedar fora de l'àmbit d'aplicació del futur reglament de la Unió Europea*, perquè no se la reconeixeria com a tal pel fet de no constar inscrita en cap registre públic [...].

Per tal de donar compliment al que s'assenyala en l'esmentada Resolució parlamentària, el Govern de la Generalitat, d'acord amb la competència exclusiva en matèria de dret civil que regula l'article 129, de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, va determinar que es creessin, en el passat, diversos *registres administratius* en aquest àmbit. Ara s'ha decidit endegar la creació del Registre de parelles estables amb les finalitats i característiques esmentades, en la línia d'altres comunitats autònomes, que tenen creat un registre d'aquesta naturalesa.²

La qüestió convida a determinar l'àmbit d'aplicació no sols *ratione materiae*, sinó territorial i *ratione temporis*, dels nous reglaments. En altres paraules, el quan, el qui, el què i les parelles a les quals s'apliquen els dos nous textos de la Unió Europea. Ho tractarem d'esbrinar aquí, tot tenint en compte la diversitat jurídica existent en matèria d'unions de parella a Europa. Continuarem, així, la reflexió ja iniciada en altres treballs relatius a les unions de parella³ i als problemes generals de dret internacional privat que han estat exclosos dels nous reglaments.⁴

Ara bé, caldrà, abans, situar el context: assenyalar els trets característics i les disposicions que no tenen precedents en altres reglaments de dret internacional privat de la Unió Europea i que han estat vinculades a la necessitat de seguir la via de la

2. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6972 (8 octubre 2015). La cursiva és nostra. URI ELI: <<https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/dl/2015/10/06/3>>.

3. Per exemple: A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Las uniones estables de pareja. Nuevos modelos familiares y derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2003-1, p. 127-164, i A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: Formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el derecho internacional privado*, Barcelona, Atelier, 2007, entre d'altres.

4. Per exemple: A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ámbito de aplicación, exclusiones e innovaciones en los nuevos reglamentos (UE) de derecho internacional privado, sobre régimen de bienes del matrimonio y de la unión registrada», a Santiago RIPOL CARULLA (coord.), *Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa*, Barcelona, Marcial Pons, 2019; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Problemas generales de derecho internacional privado, en los nuevos reglamentos en materia de regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», a J. J. ÁLVAREZ RUBIO *et al.* (dir.), *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2017*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 245-335; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», a M. GUZMÁN i C. ESPLUGUES (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, València, Tirant lo Blanch, 2017, p. 169-187, i A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja*, entre d'altres.

cooperació reforçada per l'aprovació dels nous textos. Serà necessari tenir-ho tot en compte per a fer-nos una idea, dintre del marc europeu, de les unions de parella que queden cobertes pels reglaments.

1.2. DIVERSITAT EXISTENT

La diversitat de normes sobre conflictes de lleis existent entre els estats membres de la Unió Europea és font d'inseguretat jurídica. Pel que fa al règim de béns de les parelles, es pot il·lustrar amb un exemple: dos catalans es casen, fixen la seva residència successivament a França, a Itàlia i a Alemanya, i posseeixen en comú un immoble situat a Bèlgica. El ventall de solucions de dret internacional privat que ofereixen aquests tres estats membres de la Unió Europea per a determinar la llei aplicable al seu règim patrimonial és remarcable: a França, si la parella de catalans residents s'hagués casat abans del 29 de gener, els aplicarien, en principi, la llei francesa del primer domicili comú, conforme al Conveni de la Haia del 1978 sobre la Llei aplicable als règims matrimonials.⁵ A Itàlia, en canvi, els aplicarien la llei nacional comuna, conforme a l'article 30 de la Llei de dret internacional privat italiana. I a Alemanya, de conformitat amb l'article 15 de la Llei d'introducció al Codi civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, EGBGB), la solució seria propera a la que donaria el Codi civil (CC) espanyol (art. 9.2). Però el dret internacional privat alemany admet el fraccionament de la llei aplicable pel que fa als béns immobles, de manera que l'immoble situat a Bèlgica es podria regular per la llei belga.

Es poden plantejar, també, problemes de qualificació en encaixar el model familiar en la norma de conflicte pertinent. Per exemple, a Alemanya, a un matrimoni entre persones del mateix sexe se li aplicarien les normes de conflicte de la unió registrada. Això és així perquè, encara que Alemanya va obrir el matrimoni a les persones del mateix sexe l'any 2017, ha previst que les mateixes normes de conflicte que regulen les unions registrades heterosexuals s'apliquin als matrimonis entre persones del mateix sexe. En concret, l'article 2.4 de la Llei de 20 de juliol de 2017, amb la qual s'obre el matrimoni a les persones del mateix sexe,⁶ ha modificat l'article 17b EGBGB per a introduir aquesta nova previsió i ara s'inclou el matrimoni homosexual en el títol sobre les normes de conflicte de la unió registrada. Es disposa així que els apartats 1,

5. Només tres estats membres han participat en aquest Conveni: França, Holanda i Luxemburg. I s'aplica des de l'1 de setembre de 1992.

6. Article 17b de la Llei d'introducció al Codi civil (EGBGB), modificat per la Llei de 20 de juliol de 2017, que obre el matrimoni a les parelles del mateix sexe (*Bundesgesetzblatt*, 2017. I. 2787). Va entrar en vigor l'1 d'octubre de 2017. Amb l'entrada en vigor de la Llei ja no és possible celebrar una unió registrada a Alemanya. Les unions registrades que no s'hagin transformat en matrimonis continuaran regint-se per les disposicions de la llei que regula la convivència mútua registrada alemanya (2001).

2 i 3 de l'article 17*b* EGBGB s'apliquin tant a la unió registrada com al matrimoni homosexual. Per tant, veiem que el legislador alemany no subjecta el matrimoni entre persones del mateix sexe a les mateixes normes de conflicte que regulen el matrimoni heterosexual. La formació, els efectes i la dissolució del matrimoni entre persones del mateix sexe se subjecten a les disposicions materials de l'estat on han celebrat o registrat la unió. Sobretot, el que es vol obtenir amb la nova previsió és una llei que conegui el model familiar i eviti el cúmul de lleis nacionals dels contraents en la regulació dels requisits de fons del matrimoni (art. 13 § 1 EGBGB). Per aquesta via es redueix la intervenció, que hauria de ser excepcional, d'ordre públic internacional i es garanteix el dret a contraure matrimoni enfront d'una llei estrangera rectora de la capacitat nupcial restrictiva.⁷ Les disposicions de l'estat de creació de la unió (constitució, registre o celebració o *lex auctoris*) són les que determinaran l'existència i la validesa del matrimoni i de la unió registrada del mateix sexe.⁸

La solució adoptada (incloure el matrimoni entre persones del mateix sexe en les normes de conflicte de la unió registrada) ha tingut detractors en la doctrina alemanya, que han considerat que la qüestió es podria resoldre amb una clàusula especial d'ordre públic (art. 13 § 2 EGBGB), tal com va passar en el cèlebre cas de l'espanyol solter que volia casar-se amb una alemanya divorciada, dictada en un temps en què la llei personal de l'espanyol solter considerava que hi havia un impediment bilateral en casar-se amb una alemanya divorciada, ja que a Espanya no hi havia divorci.⁹

La situació canvia en els casos en què ja sigui aplicable l'esmentat Reglament (UE) 2016/1103 pel que fa als efectes patrimonials. Però es manté pel que fa a la formació del matrimoni i als efectes personals. Si teniu curiositat, trobareu la reforma alemanya en el darrer número de la crònica de legislació de dret internacional privat estranger de la *Revista Jurídica de Catalunya*.¹⁰ Com veurem més endavant, les noves previsions de la reforma tenen encara el seu interès perquè ha quedat exclosa dels nous reglaments europeus la qüestió prèvia relativa a l'existència i la validesa tant del matrimoni com de la unió registrada. Aquesta qüestió prèvia queda encara en mans del dret dels estats membres i del seu dret internacional privat autònom o intern.

7. Tanmateix, el nou article 1309.3 BGB dispensa als contraents el requisit d'aportar el certificat de nupcialitat quan el país d'origen no prevegi el matrimoni entre persones del mateix sexe (Chr. KOHLER, «La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé», *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 1/2018, p. 51-55).

8. Pel que fa als efectes del matrimoni, el matrimoni entre persones de sexe diferent es regula pels articles 14 i 15 EGBGB (llei nacional comuna a falta de llei de la residència) i el matrimoni entre persones del mateix sexe —i la unió registrada— es regula per la llei de l'estat que va procedir a la seva inscripció o registre (art. 17*b*, § 1, EGBGB).

9. Sentència del Tribunal Constitucional de 5 de maig de 1971, BverfGE 31, p. 58.

10. N. BOUZA VIDAL i A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Derecho internacional privado (crónica de legislación comparada)», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 117 (2018), núm. 1, p. 163-183.

A Itàlia, el legislador va aprovar l'any 2016 la Llei 76/2016, del 23 de maig, per la qual es regulen la unió civil entre persones del mateix sexe i la cohabitació. Des de llavors, el dret reconeix a Itàlia tres models familiars: el matrimoni heterosexual (art. 29 de la Constitució italiana), les unions civils per a les parelles del mateix sexe i la cohabitació legal. L'article 1.28*b* de l'esmentada Llei 76/2016 va delegar al Govern l'adopció de disposicions que introduïssin en la llei italiana de dret internacional privat noves normes per a les unions civils entre persones del mateix sexe. Aquestes noves normes de conflicte han estat adoptades mitjançant el Decret llei núm. 7, de 19 de gener de 2017, que modifica la Llei italiana de dret internacional privat del 1995.¹¹ Les noves disposicions es refereixen a la unió civil entre persones del mateix sexe, però inclouen, també, el matrimoni entre persones del mateix sexe celebrat a l'estranger (nou art. 32 bis). Així, doncs, es requalifica i es reconeix com si fos una «unió civil» el matrimoni entre persones del mateix sexe celebrat amb una persona nacional italiana a l'estranger. Els matrimonis entre persones del mateix sexe celebrats a l'estranger (per exemple, a Espanya) que inclouen ciutadans italians (el legislador italià no preveu els casos en què els contraents no siguin italians), tenen a Itàlia els efectes de la unió civil italiana. En el Registre Civil italià es preveu la transcripció del matrimoni com si es tractes d'una unió civil italiana.

A diferència del legislador alemany, el legislador italià subjecta la formació de la unió civil, les condicions de forma i de fons, a les mateixes connexions que regulen la celebració del matrimoni (art. 32 ter). Però inclou en la norma de conflicte una clàusula especial d'ordre públic per al supòsit que la llei estrangera rectora de la capacitat dels adults del mateix sexe no permeti celebrar la unió. En aquest cas, la llei aplicable és la italiana.

Tampoc aquestes noves previsions italianes es veuen totalment afectades pel nou Reglament (UE) 2016/1104, perquè només cobreix els aspectes patrimonials de la unió registrada, i no la celebració, l'existència o el reconeixement de la seva validesa ni dels seus efectes personals.¹² Si teniu curiositat, també trobareu la reforma italiana en el darrer número de la crònica de legislació de dret internacional privat estranger de la *Revista Jurídica de Catalunya*.¹³

Ara bé, si, com veiem, en matèria de matrimoni existeix certa diversitat legislativa i no tot són flors i violes, és major encara la diversitat legislativa en l'àmbit de les parelles no casades. La Comissió Internacional de l'Estat Civil (CIEC) va elaborar un conveni per a mirar d'establir condicions comunes per al *reconeixement de les unions registrades* (2007), però només regula el *reconeixement* del vincle, no pas els seus efec-

11. *Gazzetta Ufficiale*, núm. 22, de 27 de gener de 2017. Entra en vigor l'11 de febrer de 2017.

12. K. TRILHA SCHAPPO, «Le nouveau droit international privé italien des partenariats enregistrés», *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3/2017, p. 319.

13. N. BOUZA VIDAL i A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Derecho internacional privado», p. 163-183.

tes. I tampoc no ha entrat en vigor. És un conveni ratificat per Espanya,¹⁴ però no ha obtingut les dues ratificacions necessàries per a la seva entrada en vigor.

En matèria d'unions de parella, cal també tenir en compte la seva pròpia diversitat material. I és que dins de les unions de parella no sols tenim les unions inscrites o registrades mitjançant un acte davant de l'autoritat pública, sinó que també hi ha les qualificades com a *convivències fàctiques*, regulades per llei amb efectes més o menys aïllats, i les basades en pactes o actes jurídics privats. Alguns països, com Bèlgica, tenen, per exemple, normes de conflicte diferents per al matrimoni, les unions registrades i la convivència de fet, i distingeixen segons si els efectes són semblants o diferents dels del matrimoni.¹⁵ Les unions lliures no tenen norma de conflicte pròpia.

Des de fora del dret internacional privat es pot, a vegades, considerar que l'existència de normes de conflicte diverses és una discriminació. Però cal tenir en compte que el dret internacional privat pot cercar en la diferència facilitar la formació, els efectes i la dissolució d'un nou model familiar que és jurídicament desconegut en un món divers. Per exemple, la connexió de la llei del país del registre pot comportar un favor a la unió inscrita i també al matrimoni entre parelles del mateix sexe. I la connexió del registre pot tenir sentit per a la unió registrada, però no és l'adient per a una unió lliure o basada en pactes o actes jurídics privats o en el fet de la convivència.

Respecte a les unions registrades, també existeix en dret internacional privat comparat certa varietat de normes de conflicte, encara que s'ha obert pas la llei del país que va crear la unió o va autoritzar el primer registre o inscripció (llei del país del registre). És el cas, per exemple, de l'article 515 del Codi civil francès, entre altres casos, per a esmentar-ne un dels més recents.¹⁶ Els països que apliquen a les unions registrades les mateixes normes de conflicte del matrimoni, han d'acceptar el possible salt al buit (a un ordenament que desconex la unió de parella) i una intervenció no tan excepcional de l'ordre públic internacional, que sol quedar en mans de la discrecionalitat judicial.

Els països que no tenen normes de conflicte *ad hoc* en la matèria, han de fer front als problemes de qualificació i d'encaix de les noves unions de parella inscrites a l'estranger, amb les normes de conflicte ja existents. No cal anar lluny per a posar un exemple, perquè és el cas d'Espanya. El legislador estatal només ha previst normes de conflicte per al matrimoni. No tenim normes de conflicte *ad hoc* ni per a la unió registrada ni per a la convivència de fet. Per exemple, si un pacte civil de solidaritat (PACS) s'hagués registrat al Consolat de França a Barcelona entre francesos residents

14. Convenio Relativo al Reconocimiento de Uniones de Hecho Inscritas, Munic, 5 de setembre de 2007 (*Boletín Oficial del Congreso*, de 26 de març de 2010, sèrie A, núm. 279).

15. Articles 58-60 del Codi de dret internacional privat del 2004.

16. Podeu trobar les previsions i les reformes en els esmentats comentaris anuals de la *Revista Jurídica de Catalunya* i les anteriors a l'any 2009 en la nostra monografia citada *Uniones conyugales o de pareja*.

a Barcelona, no tenim normes de conflicte pròpies per a regular la seva validesa o els seus efectes personals, llevat del nou reglament, que només regula els seus efectes patrimonials. Ja hem indicat que existeix el Conveni de la CIEC (2007), però no és d'ajuda perquè només regula el reconeixement del vincle de la unió inscrita i, sobretot, perquè no està en vigor.¹⁷ No tenim normes de conflicte ni per a resoldre els casos amb elements estrangers ni per a resoldre els conflictes interns. El sistema de dret interregional preveu que s'utilitzin les normes de conflicte de lleis per a resoldre els conflictes interns, però cal avançar que no tenim normes de conflicte.

No tenim normes de conflicte *ad hoc* per a les unions registrades. Però tampoc no en tenim per a les unions de parella lliures, fàctiques, ni per a les unions de parella basades en actes jurídics privats, com seria el cas de les unions estables de parella catalanes o d'algunes altres comunitats autònomes amb dret civil propi. Una cosa diferent és que els tribunals hagin mirat de buscar solucions amb les normes de conflicte existents, solucions basades en una analogia més o menys justificada amb el matrimoni.¹⁸

A Espanya només es disposa del nou Reglament (UE) pel que fa als efectes patrimonials de les unions registrades, que no regula totes les parelles ni totes les qüestions. Tot i així, l'avantatge principal que comportaran els nous reglaments en el marc de la Unió Europea serà l'augment de la predictibilitat i de la seguretat jurídica en unificar-se les normes de dret internacional privat en almenys divuit estats membres participants.

En definitiva, la diversitat de normes de dret internacional privat dels estats membres intenta fer front al nou Reglament (UE) 2016/1104, sobre «efectos patrimoniales de las uniones registradas», si bé només pel que fa a les unions «registradas» i als seus efectes patrimonials o sobre els béns. Els nous reglaments tampoc no regulen la qüestió prèvia relativa a l'existència i el reconeixement de la validesa del matrimoni o de la unió registrada. Cal avançar que una norma de reconeixement comuna hagués estat oportuna per a donar una solució uniforme, com ja hem anat assenyalant en altres escrits.¹⁹

17. Vegeu la nota 13.

18. Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Girona 474/2002, de 2 d'octubre de 2002 (AC 2002/1493) i SAP de Navarra 99/2002, de 12 de juny de 2002 (JUR 2002/201896 (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Las uniones estables de pareja», p. 127-164, esp. p. 135-145 i annexos).

19. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Ámbito de aplicación, exclusiones e innovaciones en los nuevos reglamentos»; «Problemas generales de derecho internacional privado», p. 245-335; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», p. 169-187, i la monografia *Uniones conyugales o de pareja*; es poden veure les propostes de normes en les conclusions.

1.3. TRES CARACTERÍSTICS DELS NOUS REGLAMENTS

Encara que estem davant de dos instruments legislatius, i no davant d'un únic reglament aplicable a les unions de parella formalitzades davant de l'autoritat pública (o bé el matrimoni o bé la unió inscrita), podríem dir que els nous reglaments són com dos germans bessons. No són bessons monozigòtics o univitel·lins, sinó bivitel·lins o fraters, ja que tenen algunes diferències. Però els objectius, gairebé el contingut i la numeració dels articles, van alhora. De fet, el legislador europeu es va plantejar fer un sol reglament que valgués tant per als matrimonis com per a les unions de parella inscrites, afegint *mutatis mutandis* algunes diferències en les connexions, particularment en consideració a la «lleï del país que crea la unió registrada o del registre», perquè porta a una llei que coneix la institució o la unió de la parella registrada. Però, com succeeix amb molts bessons, els nous reglaments són inseparables. I ho són perquè els estats membres no poden adoptar un dels germans sense adoptar l'altre. Així, el que té en la seva legislació el Reglament (UE) 2016/1103, sobre «règim matrimonial», també ha de tenir el Reglament (UE) 2016/1104, sobre «efectes patrimonials de les unions registrades». Ha de tenir forçosament els dos reglaments en la seva legislació. Quan tractem l'àmbit d'aplicació territorial veurem que és així en divuit estats membres, incloent-hi Espanya.

La data de naixement dels bessons per a la nostra legislació, amb efecte pràctic i sens perjudici d'algunes precisions que tractarem en ocupar-nos de l'àmbit d'aplicació temporal, va ser el passat 29 de gener.

El pa que porten sota el braç aquests nounats, si se'ns permet el símil, no és un pa de pagès farcit de disposicions materials, sinó que vindria a ser un pa de tres crostons o Dalí (com en diuen a l'Empordà), ja que inclou els tres sectors de normes de dret internacional privat. És a dir, que no trobareu en els nous reglaments un règim patrimonial comú i europeu,²⁰ ni un nou règim opcional que s'afegeixi als previstos en cada legislació, com seria el cas de l'acord bilateral entre França i Alemanya del 2013.²¹ Tampoc no hi trobareu uns principis europeus, en la línia dels *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, de la Commission

20. J. PANNEMANN, *Der deutsch-französische Güterstand der Wahlzugewinnungsgemeinschaft – ein Modell für Europa?*, Berlín, Viena i Londres, LIT Verlag, 2016.

21. Com seria el cas en l'acord bilateral entre Alemanya i França (*Zugewinnungsgemeinschaft* i «participation aux acquêts») signat a París el 4 de febrer de 2010, que estableix un règim matrimonial opcional. Les parelles que subjecten el seu règim matrimonial a la llei alemanya o a la francesa són les que poden triar el règim opcional (art. 1). Entra en vigor l'1 de maig de 2013 (D. MARTINY, «Aspects de droit international privé du régime matrimonial optionnel franco-allemand», *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 4/2013, p. 843).

on European Family Law (CEFL Principles),²² per a intentar trobar un denominador comú en el dret comparat que aportí seguretat tant a les relacions entre cònjuges com als tercers creditors.

En altres paraules i resumint, es tracta de dos reglaments europeus de dret internacional privat dels anomenats triples. Hi trobareu normes de dret internacional privat relatives a la competència judicial internacional (o que responen a la pregunta: quin tribunal coneix?), a la llei aplicable (quina és la llei aplicable?) i al reconeixement de decisions i actes públics estrangers (quines són les condicions per a reconèixer les decisions dels altres estats membres?).

Per a fer-nos una idea de les principals característiques de cada sector, caldria tenir en compte el següent:

— En el sector de la competència judicial internacional, els dos nous reglaments miren d'articular-se amb els criteris de competència ja existents en altres reglaments europeus, particularment en matèria de divorci i en matèria de successions. És lògic, atès que la liquidació del règim patrimonial es presenta en ocasió del divorci o del decés. El que es busca, doncs, és l'articulació amb el fur ja existent en altres reglaments europeus. Es mira que el jutge que coneix del divorci pugui també pronunciar-se sobre la liquidació del règim o els efectes patrimonials, i que el jutge que coneix de la successió pugui pronunciar-se respecte a la liquidació del règim patrimonial o de béns.

La novetat, en l'àmbit de la competència judicial internacional, és l'article 9, que permet als estats membres inhibir-se o declinar la seva competència, respecte a la matèria patrimonial, quan el seu dret no reconeix el matrimoni o desconeix la unió registrada. Ara bé, s'estableixen connexions subsidiàries perquè altres estats membres puguin conèixer dels efectes patrimonials i garantir l'accés a la justícia al matrimoni o a la parella inscrita. Tornarem a aquesta insòlita disposició quan parlarem de l'àmbit d'aplicació territorial dels nous reglaments, ja que la seva finalitat va unida a les dificultats d'aprovació dels nous reglaments per tots els estats membres de la Unió Europea i a la necessària via de la cooperació reforçada.

— En el sector de les normes de reconeixement de decisions i actes públics, el legislador europeu s'ha inspirat en gran manera en el Reglament (UE) 650/2012, de 4 de juliol, de successions. La novetat aquí és l'article 38, en virtut del qual no es pot denegar el reconeixement d'una sentència dictada per un estat membre en matèria patrimonial invocant l'ordre públic internacional pel motiu, per exemple, que es trac-

22. L. RADEMACHER, «Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1 (març 2018), p. 7-18, esp. p. 10; K. BOELE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, Antwerp, Intersentia, 2013, p. 11-18, i D. MARTINY, «The effects of marital property agreements in respect of third parties», a A. L. VERBEKE, J. M. SHERPE, C. DECLERK, T. HELMS i P. SENAEEVE, *Liber amicorum Walter Pintens: Confronting the frontiers of family and succession law*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 924.

ta d'un matrimoni o d'una unió registrada entre persones del mateix sexe. Encara que l'ordre públic internacional sigui el de cada estat membre, cal tenir en compte aquest «vessant europeu de l'ordre públic internacional» de cada estat membre. En concret, en la disposició es fa referència a l'article 21 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, que, quan parla de no-discriminació, inclou l'orientació sexual.²³

— En el sector de les normes de dret aplicable, podríem esmentar quatre principis:

a) El principi de l'aplicació *erga omnes* o universal dels nous reglaments (art. 20): la llei aplicable pot ser tant la llei d'un estat membre, com la llei d'un estat membre que no participa en la cooperació reforçada, com la llei d'un estat tercer. Posem-ne un exemple: un alemany i un holandès es coneixen a les illes Balears i es casen i s'estableixen a Tòquio. Com que la seva residència habitual immediatament després de casar-se és al Japó, és la llei japonesa, és a dir, la d'un estat que no aplica el Reglament, l'aplicable al seu règim matrimonial.

En el cas de les unions registrades, la llei aplicable amb efectes patrimonials (en absència d'autonomia de la voluntat) és la llei de l'estat conforme a la qual s'ha creat la unió registrada. És a dir, que, per exemple, per a l'alemany i l'holandès que es coneixen a les illes Balears i registren la seva unió a Suïssa,²⁴ on viuen, el dret suís és l'aplicable al règim de béns de la seva unió de parella inscrita conforme al nou Reglament 2016/1104.

En altres paraules, els nous reglaments poden portar-nos tant a la llei d'un estat membre com a la llei d'un estat tercer —en les hipòtesis que hem vist, la llei japonesa o la llei suïssa—, atès el caràcter universal o *erga omnes* de les seves normes de conflicte. Això vol dir també que, en els estats membres participants, les normes de conflicte del reglament substituiran les normes de conflicte del règim autònom o intern sempre que el cas entri en el seu àmbit material i temporal d'aplicació.

b) El principi d'unitat de la llei aplicable: la llei designada aplicable amb efectes patrimonials o en relació amb el règim de béns, s'aplicarà a tots els béns amb independència de la seva naturalesa i del lloc on es trobin. Per exemple, el règim de béns de l'alemany i l'holandès que s'han conegut a les illes Balears, es casen a Espanya i tot seguit estableixen la seva residència habitual a València, estarà sotmès a la llei espanyola, perquè és la llei de la seva residència habitual immediatament posterior a la celebració del matrimoni, encara que tinguin béns mobles i immobles a Alemanya, Holanda i altres països. La llei aplicable al règim de béns s'aplica a tots els seus béns. El principi d'unitat reforça, també, l'exclusió del reenviament (art. 32).

23. Article 21.1 de la Carta («Es prohibeix tota discriminació, i en particular [...] orientació sexual»).

24. El dret suís regula la unió registrada reservada a les parelles del mateix sexe o *partenariat enregistrat* (vegeu-ho en la nostra citada monografia *Uniones conyugales o de pareja*).

c) El principi d'immutabilitat de la llei aplicable: els nous reglaments descarten la mutabilitat automàtica o legal de la llei aplicable. La modificació voluntària de la llei aplicable és possible. El canvi té efectes *ex tunc* ('des de llavors'), i no *ex nunc*. I si es pacta la retroactivitat, no afecta tercers. Però, en tot cas, es descarta la mutabilitat automàtica o legal de la llei aplicable, a diferència del que s'assenyalava en el Conveni de la Haia del 1978. Per exemple, l'alemany i l'holandès que s'han conegut a les illes Balears i han residit habitualment a València després de contraure matrimoni, poden més tard traslladar-se a Holanda, on fixen la seva residència habitual, i l'alemany pot adquirir la nacionalitat holandesa del seu marit. Però, encara que s'hagi fet el canvi de residència habitual, la llei aplicable al seu règim matrimonial continua sent, en principi, l'espanyola, segons el Reglament.²⁵ En aquesta hipòtesi no es produeix un canvi automàtic o legal de la llei aplicable al cap d'uns anys de residència en un altre país, de manera que no hem de conciliar dues lleis aplicables al mateix temps per a liquidar el règim.

d) Els nous reglaments s'apliquen als assumptes civils amb *repercussió transfronterera*;²⁶ és a dir, a les hipòtesis amb un element estranger. No s'apliquen als conflictes interns. Ara bé, sí que regulen la hipòtesi de la remissió a un ordenament plurilegislatiu de base territorial i personal (vegeu els art. 33-35). Posem-ne alguns exemples: Jordi i Inés, ell català i ella madrilenya, es casen a Espanya, trien la llei espanyola com a aplicable al seu règim matrimonial i mantenen les seves residències habituals separades: ell a Barcelona i ella a París. El seu règim de béns es regularà per la llei espanyola, i la primera solució que donen els reglaments per a resoldre el conflicte intern és que caldrà examinar el que diu el sistema espanyol de dret internacional privat respecte a aquesta qüestió (art. 16, 9.2 i 9.3 CC). Ara bé, si el Jordi i la Inés tinguessin les seves residències separades a Barcelona i a Madrid, el nou Reglament es desinteressaria del cas perquè es tractaria només d'un conflicte de lleis intern, que s'hauria de resoldre pel sistema autònom, amb el benentès que es tracta d'una hipòtesi amb un element estranger i que la llei aplicable és l'espanyola. Si el Jordi i la Inés haguessin triat una llei estrangera (francesa), la qüestió de la llei aplicable només es podria resoldre amb el Reglament, fos quin fos el seu veïnatge civil, i es descartaria l'article 16.3 CC.

El tema es complicarà un xic quan es tracti d'unions de parella, ja que el legislador estatal només preveu normes de conflicte per al cas que sigui un conflicte matrimonial. Cal recordar que no tenim normes de conflicte ni per a les unions registrades ni per a les unions basades en el fet de la convivència. De fet i com ja hem dit, no

25. Cal afegir que l'article 26 del Reglament preveu una clàusula de previsió (per a alguns, d'escapeament) que dona al jutge la possibilitat, amb caràcter excepcional i a petició de qualsevol dels cònjuges, de fer cas omís de la llei de l'estat en què els cònjuges han tingut la seva primera residència habitual, en benefici de la llei de l'última residència habitual. Però és necessari que es compleixin les condicions establertes en el text. Es tracta d'una excepció.

26. Vegeu el punt 14 del preàmbul dels nous reglaments.

tenim normes en el dret internacional privat autònom ni per a resoldre els casos amb un element estranger ni per a resoldre els conflictes interns. Només tenim algunes decisions de justícia que intenten encaixar, d'alguna manera més o menys justificada, les unions de fet amb les normes de conflicte existents. El legislador espanyol, encara que té competències exclusives en la matèria, no s'ha ocupat d'establir normes de conflicte per a les unions de parella registrada amb un element estranger. Tampoc s'ha ocupat de resoldre els conflictes interns entre els règims d'unions de parella de les comunitats autònomes amb dret civil propi. Encara que totes les comunitats autònomes amb dret civil propi han legislat sobre unions de parella, el legislador ha estat inactiu respecte a aquesta qüestió en els conflictes interns.

Respecte als conflictes amb un element estranger, podríem dir que el que ha fet el legislador és adoptar els nous reglaments. Ara bé, els nous reglaments regulen els efectes patrimonials dels matrimonis i de les unions registrades, però no regulen els efectes patrimonials de totes les unions de parella (ho veurem més endavant), ni tampoc totes les qüestions que les afecten, com ara els efectes personals o la qüestió de l'existència i la validesa del matrimoni o de la unió registrada. El que només podem dir, de moment, és que amb la nova normativa tenim —per primera vegada— normes de dret internacional privat *ad hoc* per als efectes patrimonials de les unions de parella registrades. I, certament, això podria tenir repercussions en aplicar el nou reglament quan es donés la hipòtesi de la remissió a l'Estat plurilegislatiu espanyol.

El Reglament indica que si la llei designada com a aplicable és la llei d'un estat plurilegislatiu, cal considerar, com a primera solució, l'anomenada *remissió indirecta*. És a dir, no es pot anar directament a la llei aplicable d'entre les que té l'Estat espanyol o a les solucions del Reglament, sinó que cal veure —primer— com l'estat plurilegislatiu resol el conflicte de lleis intern. El dret espanyol té una norma respecte a aquesta qüestió (art. 16 CC), però no té normes de conflicte per a les unions registrades.

Segons el professor Garau Juaneda, de la Universitat de les Illes Balears,²⁷ per a resoldre el conflicte intern, les úniques normes de conflicte que tenim en matèria d'unions registrades són les del Reglament. La solució que planteja és que només les normes de conflicte del Reglament poden resoldre els conflictes per a les unions registrades, ja que no tenim més normes de conflicte que les del Reglament. És a dir, aleshores, per a resoldre els conflictes de lleis interns, en cas de remissió a la llei d'un estat plurilegislatiu, cal tenir en compte les normes de conflicte europees. O, també, es podria dir que cal passar directament a les regles subsidiàries que preveu l'article 33

27. L. GARAU JUANEDA, «Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de derecho civil vasco», *Bitácora Millennium DiPr: Derecho Internacional Privado* [en línia], núm. 6 (2017), <www.millenniumdipr.com/ba-63-un-paso-mas-en-la-erratica-determinacion-del-ambito-de-aplicacion-de-las-normas-autonomicas-en-materia-de-parejas-de-hecho-la-disposicion-adicional-segunda-de-la-ley-5-2015-de-derecho-civil-vasco> (última consulta: 24 juliol 2019).

per a quan no es té plena resposta al conflicte intern. Aquestes solucions subsidiàries, en resum, portarien a la llei de la unitat territorial de la residència habitual o a la llei de la unitat territorial amb la qual els convivents tenen una vinculació més estreta.

Tanmateix, la reflexió no pot finalitzar aquí. Perquè encara que poguéssim estar d'acord amb l'una o l'altra solució, faltaria esbrinar a quines unions de parella vol aplicar-se el Reglament. I no es pot descartar que la resposta sigui que cap de les unions de parella de les comunitats autònomes no estigui inclosa en la definició d'*unión registrada* o que només ho estiguin les unions de parella de les comunitats autònomes amb dret civil propi.

Falta saber quines unions de parella cobreix, si és que en cobreix alguna, el nou Reglament, abans de disposar de les seves normes de conflicte, perquè podria ser que les unions de parella de les comunitats autònomes (o la gran majoria d'elles) no tinguin normes de conflicte *ad hoc* ni fora ni dintre del nou Reglament.

També podríem examinar què els cal per a estar-hi incloses; o bé si és millor que en continuïn estant excloses i quines són les solucions possibles que s'hi pot donar.

1.4. LA QÜESTIÓ DE LES UNIONS DE PARELLA INCLOSES O EXCLOSES

El nou Reglament no dona una llista de les unions de parella registrades que hi queden incloses. El tema va preocupar en la llarga elaboració dels nous reglaments, però ningú no se'n va ocupar realment. La qüestió es va posar sobre la taula, però es va posposar.²⁸ En concret, l'any 2011 la Comissió va plantejar la possibilitat d'incloure la llista de les unions registrades dels estats membres, en ocasió d'una reunió del Comitè de Dret Civil del Consell de la Unió Europea. Però la llista no es va elaborar. En el preàmbul del Reglament el legislador europeu no ha precisat tampoc, en concret, quines són les unions de parella que hi són incloses i quines en són excloses.

La visió dels estats membres respecte a aquesta qüestió pot diferir. Cal portar a col·lació que, quan Espanya va signar el ja esmentat Conveni de la CIEC sobre el reconeixement de les unions registrades (2007), que no està en vigor, va incloure en els documents del *Diario de Sesiones* totes les anomenades «uniones de hecho». I va excidir-se, a parer meu, ja que va incloure-hi totes les unions de parella de les comunitats autònomes, tant les que tenen dret civil propi com les que només tenen competències en l'àmbit social o públic, en un conveni que tracta només el reconeixement de la

28. Així ho ha assenyalat A. Rodríguez-Benot en tractar l'àmbit d'aplicació en uns comentaris recents als reglaments: A. RODRÍGUEZ-BENOT, «Comentari als articles 1 i 3», a José Luis IGLESIAS BUIGUES i Guillermo PALAO MORENO (dir.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea: Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 i 2016/1104*, València, Tirant lo Blanch, 2019.

qüestió de l'estat civil o estatus civil de les unions registrades o formalitzades davant de l'autoritat pública. L'objectiu del Conveni és reconèixer el vincle; i, per tant, evitar que una mateixa parella pugui tenir més d'un vincle en més d'un estat membre i sense que estigui dissolt l'anterior ni a títol orientatiu. Segons la meua opinió, en la ment del legislador de la CIEC hi havia present la qüestió de l'estat civil, i no els drets públics o socials, o els problemes d'immigració derivats del dret a una vida familiar normal. És l'existència i el reconeixement del vincle de les unions de parella inscrites, que creen un estat civil o un cert estatus civil, la qüestió que es reconeix sota certes condicions. En síntesi, el que fa el Conveni és evitar que una persona registri més d'una unió de parella en diferents estats membres sense haver dissolt l'anterior.

Pel que fa al nou Reglament, no s'ha fet cap llista, ni tan sols una d'orientativa i no exhaustiva. Per a dilucidar a quines parelles s'aplica el nou Reglament, hem d'entrar en el seu àmbit d'aplicació material; i, també, en la seva definició d'*unió registrada*. És a dir, en què entén el Reglament per *unió registrada* i en la finalitat del concepte dintre del Reglament. I tampoc no podem oblidar —i sovint s'oblida— d'entrar en algunes de les exclusions del Reglament. En particular, l'exclusió de la qüestió prèvia relativa a l'existència i la validesa de la unió registrada. És el que veurem a continuació.

2. ÀMBIT D'APLICACIÓ, DEFINICIONS I EXCLUSIONS

Per a respondre a la qüestió relativa a les unions de parella incloses o excloses dels nous reglaments, ens preguntarem per l'àmbit d'aplicació dels nous reglaments; i, particularment, per l'àmbit d'aplicació material, les definicions (en concret, la d'*unió registrada*) i les exclusions. En altres paraules i per extensió, ens preguntarem: quan s'aplicaran els nous reglaments? (àmbit d'aplicació temporal) i qui o quins estats membres aplicaran els nous reglaments? (àmbit d'aplicació territorial). I, sobretot, ens qüestionarem què, a què o a quines parelles s'apliquen els nous reglaments. En primer lloc, tractarem els àmbits d'aplicació temporal, territorial i material. O, si voleu i en síntesi: quan, qui i a què s'aplica el nou Reglament?

2.1. QUAN S'APLICA EL NOU REGLAMENT O ÀMBIT D'APLICACIÓ TEMPORAL

Per a determinar l'àmbit d'aplicació temporal dels dos nous reglaments és necessari diferenciar, com ja succeeix amb altres instruments europeus, entre la seva entrada en vigor (art. 70.1) i l'inici de l'aplicació de les seves normes (art. 70.2). L'entrada en vigor va tenir lloc un cop havien transcorregut els vint dies següents a la seva publicació al *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) (8 de juliol de 2016); és a dir, el 28 de juliol de 2016. Això va portar al compliment de certes normes (art. 65, 66 i 67) per

part dels estats membres participants envers les institucions europees.²⁹ Ara bé, el que ens interessa és la data en què es van començar a aplicar les normes de dret internacional privat, i aquesta va tenir lloc trenta mesos després de la data d'entrada en vigor. És a dir, després del 29 de gener de 2019.³⁰ És la data que haurem de retenir sens perjudici de l'existència de disposicions transitòries i de normes que preveuen una aplicació diferenciada segons el sector del dret internacional privat afectat:

— Pel que fa a les normes de dret processal civil internacional, el nou Reglament s'aplica a les accions judicials exercitades, als documents públics formalitzats o registrats i a les transaccions judicials aprovades o celebrades després del 29 de gener de 2019 (art. 69.1). En l'àmbit del reconeixement, les resolucions dictades després d'aquesta data han de ser reconegudes i executades de conformitat amb el Reglament.

— Pel que fa a les normes de dret aplicable, l'àmbit d'aplicació temporal atén les necessitats de seguretat jurídica. D'acord amb l'article 69.3, les normes de dret aplicable regiran, per tant, els matrimonis o les unions de parella que celebrin o registrin la seva unió a partir del 29 de gener de 2019. I, també, els que hagin celebrat o registrat la seva unió abans de la data esmentada, sempre que hagin fet l'elecció de la llei aplicable conforme al nou Reglament. En síntesi, les persones que s'hagin casat o hagin registrat la seva unió amb anterioritat també podran beneficiar-se de les normes de conflicte del nou Reglament si fan, a partir del 29 de gener de 2019, l'elecció de la llei aplicable al seu règim conforme al nou Reglament. La llei escollida, encara que estigui limitada a les connexions ofertes (*professio iuris*), podrà ser tant la d'un estat participant com la d'un estat no participant en la cooperació reforçada; o, també, la llei d'un estat no membre de la UE, atès el caràcter universal o *erga omnes* de les normes de conflicte.

Pel que fa al matrimoni, a Espanya coexisteixen diferents normes de conflicte, tant del règim institucional o europeu, com del règim autònom, previst en el títol preliminar del CC. De fet, podem distingir cinc períodes atenent el moment de la celebració del matrimoni:

a) Els matrimonis celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Constitució espanyola (CE) el 1978, quan hi ha encara la connexió de la «lleï nacional del marit al temps de la celebració» (redacció anterior dels art. 9.2 i 9.3 CC).

b) Els matrimonis celebrats després de l'entrada en vigor de la CE fins a l'entrada en vigor de la Llei 11/1990, de 15 d'octubre, quan es té en compte el principi de la no-discriminació per raó de sexe (Sentència del Tribunal Constitucional [STC] de 14 de febrer de 2002) i cal recórrer a solucions no discriminatòries, com l'autonomia de la voluntat i la residència habitual comuna.

29. Vegeu-ne l'article 64.

30. Vegeu-ne l'article 70 i les correccions d'errors relatives als dos reglaments, que es troben al DOUE L 167/36 (4 juliol 2018) i al DOUE L 113/62 (29 abril 2017).

c) Els matrimonis celebrats després de l'entrada en vigor de l'esmentada Llei 11/1990, de 15 d'octubre, als quals s'ha d'aplicar l'actual article 9.2 CC, que també s'ha d'aplicar als efectes personals del matrimoni.

Doncs bé, ara podem afegir als tres períodes regits pel dret autònom (art. 9.2 i 9.3 CC), un nou període amb dues situacions, a les quals són aplicables els nous reglaments:

d) La dels matrimonis celebrats a partir del 29 de gener de 2019. De fet, la Direcció General de Registres i del Notariat (DGRN) ja ha començat a anunciar,³¹ sense més precisió, que aviat podran començar-se a aplicar els nous reglaments sobre règim matrimonial³² i sobre efectes patrimonials de les unions registrades.³³

e) La dels matrimonis celebrats abans del 29 de gener de 2019, però que hagin fet elecció de llei a partir del 29 de gener i l'elecció sigui conforme al nou Reglament.

En aquestes dues darreres hipòtesis s'apliquen les normes de conflicte del nou Reglament (UE) 1103/2016, sobre règim matrimonial.

A efectes pràctics, la data de naixement dels dos reglaments bessons per a la nostra legislació, com ja hem assenyalat, va ser el passat 29 de gener. Durant un temps coexistiran —almenys respecte al matrimoni— en el sistema espanyol de dret internacional privat diferents normes de conflicte segons la data de celebració del matrimoni, llevat que es faci ús de l'autonomia de la voluntat d'acord amb el nou Reglament. Pertoca, doncs, als assessors jurídics (notaris i advocats) aconsellar els seus clients en l'elecció de la llei aplicable de manera que els efectes patrimonials quedin sotmesos als reglaments i a les seves connexions, que difereixen de les connexions del sistema autònom (art. 9.2 i 9.3 CC).

Respecte al matrimoni, cal tenir en compte que els nous reglaments canviaran les solucions vigents actualment en el Codi civil (art. 9.2 i 9.3 CC) per a molts casats, per la qual cosa cal estudiar la possibilitat de fer ús de l'autonomia de la voluntat. Per a il·lustrar-ho, penseu en la hipòtesi de dos catalans que viuen i es casen a Brussel·les:

— Si el nou reglament no és aplicable, la llei aplicable al règim matrimonial del cas serà el règim legal de separació del dret català o del veïnatge civil comú (aplicant els art. 16 i 9.2 CC).

31. Vegeu la Resolució de la Direcció General de Registres i del Notariat (RDGRN) de 17 de maig de 2017 (respecte al matrimoni) i la RDGRN de 10 de maig de 2017.

32. La RDGRN de 17 de maig de 2017 tracta del règim matrimonial d'una parella formada per un marit rus i una dona ucraïnesa que acrediten que s'han casat a Ucraïna i manifesten que estan subjectes al règim matrimonial legal ucraïnès. El centre directiu manifesta que el nou Reglament 1103/2016 no és aplicable i que serà aplicable «a partir del dia 29 de gener de 2019».

33. La RDGRN de 10 de maig de 2017 tracta de l'habitatge habitual. Es planteja si a la venedora de nacionalitat anglesa li cal el consentiment de la seva parella, ja que es planteja el dubte de si està unida amb ella per una unió registrada anglesa o *civil partnership*. El nou Reglament encara no és aplicable ni s'aplica al cas. L'existència de la *civil partnership* no resulta tampoc provada i es considera que no cal el consentiment de la parella.

— Però si el nou reglament és aplicable, el règim legal el determinarà la llei belga, ja que és la llei de la residència habitual immediatament després de contraure matrimoni, llevat que facin ús de la *professio iuris*.

I, encara que tornin a Barcelona set anys després, la llei belga serà l'aplicable, ja que els nous reglaments no preveuen la mutabilitat automàtica o legal de la llei aplicable, sinó només la voluntària.³⁴ Si bé cal recordar que, excepcionalment, l'article 26 del Reglament preveu una clàusula de previsió (per a alguns, d'escapament) que dona al jutge la possibilitat de, amb caràcter excepcional i a petició de qualsevol dels cònjuges, fer cas omís de la llei de l'estat en què els cònjuges han tingut la seva primera residència habitual, en benefici de la llei de l'última residència habitual. Però és una excepció i és necessari que es compleixin les condicions establertes en el text.

Els assessors jurídics (advocats, notaris) hauran d'estudiar la possibilitat d'oferir als seus clients la tria de la llei aplicable segons els nous reglaments per a garantir una major predictibilitat i seguretat jurídica, atès que les solucions són diverses tant per al matrimoni com per a la unió registrada.

Respecte a la unió registrada, es pot il·lustrar amb la hipòtesi següent: dues persones, una catalana i una francesa amb residència habitual a Suïssa, registren un pacte civil de solidaritat o PACS a França el 14 de febrer de 2019. En principi, els efectes patrimonials de la seva unió estan subjectes, tant a Espanya com a França, a la legislació francesa. Les disposicions del nou Reglament europeu 2016/1104 són les aplicables i, llevat que les parts facin ús de l'autonomia de la voluntat en favor d'una altra llei d'entre les previstes en el Reglament, la connexió objectiva prevista en l'article 26 del Reglament esmentat diu que cal retenir la llei de l'estat que ha creat (registrat) la unió registrada (França). És a dir, a falta d'elecció, la llei aplicable és la llei de l'estat conforme al qual s'ha creat la unió registrada (art. 26). El Reglament europeu ofereix als convivents l'oportunitat de designar la llei aplicable amb finalitats patrimonials de la unió registrada, entre la llei d'un estat del qual un d'ells sigui nacional o en el qual tingui la residència habitual, i la llei de l'estat en el qual es va crear el PACS, que és també la connexió objectiva. I cal recordar que si es tractés d'un PACS registrat abans del 29 de gener de 2019, els convivents també podrien designar la llei aplicable amb efectes patrimonials de la unió registrada conforme al nou Reglament. I cal tenir en compte que si registressin el PACS, per exemple, al Consolat francès a Barcelona, també la llei aplicable seria la francesa, perquè és la llei del país sota l'autoritat del qual es regula i es registra la unió (*lex auctoris*).

Veiem que quan parlem de l'àmbit d'aplicació temporal de les normes de conflicte dels nous reglaments, hem de tenir en compte una data: el 29 de gener de 2019. Però les noves normes de conflicte també s'aplicaran a les persones casades o les unides en

34. A diferència del Conveni de la Haia del 1978, que preveu la mutabilitat automàtica o legal de la llei aplicable.

una parella registrada que hagin exercitat la *professio iuris* (autonomia de la voluntat conflictual limitada) a partir del 29 de gener i conforme als nous reglaments europeus.

Respecte a la importància de l'autonomia de la voluntat o *professio iuris*, cal no oblidar que el legislador europeu ha volgut fer germans bessons. El legislador europeu es va plantejar si fer un sol reglament pel qual serien unions de parella les formalitzades davant de l'autoritat pública (matrimonis i unions registrades) i també es va plantejar la millor connexió per a determinar la llei aplicable a les unions registrades, atès que en molts estats membres no es regulen per les mateixes normes de conflicte que el matrimoni. És a dir i en concret, si convenia que l'autonomia de la voluntat fos la connexió principal per a la unió registrada o si la llei del país del registre era la connexió més adient per a les unions de parella inscrites. Finalment i com es pot veure en el text vigent, es va optar per l'autonomia de la voluntat tant en l'un com en l'altre reglament, per a mantenir el màxim possible el paral·lelisme entre els dos instruments legislatius. Encara que, en el cas de les unions registrades, una de les lleis que poden triar els convivents és la llei del registre, a més de la llei de la nacionalitat o de la residència d'un dels convivents.

Avanço aquesta diferència no sols per a assenyalar que l'autonomia de la voluntat és la connexió principal, sinó per a posar en relleu la importància del *país del registre*, en la *unió de parella* que cobreix el nou reglament europeu. Respecte a les lleis que es poden triar, són limitades i fan intervenir la nacionalitat i la residència en el cas del matrimoni, i la llei del país de creació o de (primer) registre entra en el ventall de lleis que es poden triar quan es tracta d'unions de parella registrades. La connexió no és fútil. És també la connexió objectiva o aplicable en absència d'elecció de llei, en les unions de parella regulades pel reglament sobre els efectes patrimonials de les unions registrades.

Les disposicions dels nous reglaments no s'aplicaran, a partir del 29 de gener de 2019, en tots els estats membres, sinó només en els estats membres participants en l'aprovació dels reglaments. Per als altres estats membres que, en un futur, s'adhereixin a la cooperació reforçada —d'acord amb el procediment de l'article 331.1 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE)—, la data d'entrada en vigor dels nous reglaments serà la indicada en la decisió de la Comissió o del Consell.³⁵ Els reglaments precisen aquest aspecte geogràfic i temporal.³⁶ Aquest punt ens portarà en l'apartat següent a precisar l'àmbit d'aplicació territorial. Conjuntament, també veurem els motius d'alguns estats membres no-participants i si és possible que altres estats membres se sumin als nous reglaments en un futur pròxim.

És a dir, un cop resolt el quan o l'àmbit d'aplicació temporal dels nous reglaments, passem al qui o quins estats membres aplicaran els nous reglaments i al seu àmbit d'aplicació territorial.

35. Article 70 *in fine*.

36. Article 70. 2.

2.2. QUI APLICA EL NOU REGLAMENT O ÀMBIT D'APLICACIÓ TERRITORIAL

Encara que en la Unió Europea s'exigeix la unanimitat en l'àmbit del dret internacional privat de la família (Tractat de Niça), la via de la cooperació reforçada es presenta com una solució per aconseguir l'aprovació d'un nou reglament sobre el qual no existeix consens. Aquest mecanisme, previst en l'article 20 del Tractat de la Unió Europea (TUE), permet a un mínim de nou estats membres adoptar el reglament al qual volen estar vinculats quan no és aquesta la voluntat dels altres estats membres.

Els nous reglaments han requerit la via de la cooperació reforçada per sortir a la llum. El Consell la va autoritzar el 9 de juny de 2016 amb la Decisió (UE) 2016/954 i a petició de disset estats membres de la Unió.³⁷ Els disset estats membres que van sol·licitar al Consell que s'adoptés la via de la cooperació reforçada figuren en el punt número 11 dels preàmbuls. No és tampoc el primer cop que s'ha fet ús del mecanisme de la cooperació reforçada per aprovar un reglament de dret internacional privat en matèria de família, atès que ja es va utilitzar en l'esmentat Reglament Roma III, sobre la llei aplicable al divorci i a la separació judicial.

La via de la cooperació reforçada està oberta a la resta d'estats membres i respecte als dos nous instruments considerats en el seu conjunt. Com ja hem assenyalat, no és possible adoptar un reglament sense el seu germà bessó. La qüestió sobre si s'hauria de fer un únic instrument o dos amb un contingut *mutatis mutandis* paral·lel, es va saldar a favor de la necessària adopció en bloc dels dos instruments. I si bé els nous reglaments diferencien entre matrimoni i unió registrada, són neutrals respecte a l'orientació sexual. El teló de fons és, també, el fet d'evitar la discriminació, més present en les unions registrades perquè estan reservades a les parelles del mateix sexe en no pocs estats. Els estats que ho vulguin, podran manifestar la seva voluntat de ser participants en el futur, però hauran de ser-ho respecte als dos reglaments.

La via de la cooperació reforçada ha estat necessària, bàsicament, per la reticència d'alguns pocs estats membres (cal destacar Hongria, Polònia i Romania) a regular les unions entre persones del mateix sexe. Però també eren reticents al fet que les unions registrades de diferent sexe fossin una alternativa al matrimoni o que menystingués l'opció matrimonial. De fet, en les votacions del Parlament Europeu del 23 de juny de 2016, el reglament sobre «efectes patrimonials de les unions registrades» obtingué més vots negatius que el reglament sobre el «règim matrimonial».³⁸

37. Decisió (UE) 2016/954 del Consell, de 9 de juny de 2016, que autoritza una cooperació reforçada (COM [2016] 108 final i COM [2016] 106 final). Vegeu el punt 12 del preàmbul.

38. El reglament relatiu al règim matrimonial va obtenir en la votació del 23 de juny de 2016 del Parlament Europeu: 498 vots a favor, 58 en contra i 35 abstencions. En canvi, el reglament sobre efectes patrimonials de les unions registrades va obtenir: 490 vots a favor, 68 en contra (més en contra) i 34 abstencions.

No obstant això, pocs estats membres van bloquejar l'aprovació. És el cas de Romania; i, encara més, el de Polònia. La Constitució polonesa (CP), reformada l'any 2009, defineix el matrimoni (art. 18 CP) com la unió entre home i dona, cosa que ja va ser tema de debat en ocasió de la reforma de la Llei polonesa de dret internacional privat l'any 2011.³⁹ D'altra banda, l'article 277 del Codi civil romanès, reformat l'any 2011, no reconeix ni els matrimonis entre persones del mateix sexe ni les unions de parella alternatives al matrimoni. Aquestes disposicions donen compte de les discrepàncies que provoca encara el tema, fins i tot en alguns estats membres.

El mateix succeeix respecte a tercers estats el dret dels quals podria ser aplicable arran de l'eficàcia *erga omnes* dels nous reglaments. Per exemple, cal portar a col·lació l'article 112 de la Constitució d'Hondures, reformada l'any 2005,⁴⁰ que preveu que els matrimonis o les unions de fet entre persones del mateix sexe, celebrades o reconegudes sota les lleis d'altres països, no siguin vàlides a Hondures.

Tot i això, cal entreveure certa evolució en els estats membres. No em refereixo, ara, a un canvi en el dret civil, sinó a certa obertura en el reconeixement de l'eficàcia extraterritorial dels matrimonis i les unions registrades a l'estranger. Bulgària seria un exemple il·lustratiu que és possible una actitud més oberta en aquest àmbit. És un estat participi encara que la seva legislació civil no autoritza la celebració de matrimonis entre persones del mateix sexe, ni tampoc preveu una alternativa basada en la unió registrada.

Encara més, des del moment en què es va iniciar el procés d'elaboració dels nous reglaments⁴¹ fins al moment en què seran d'aplicació les seves disposicions, la meitat, com a mínim, dels vint-i-vuit estats membres⁴² ja celebren matrimonis entre parelles del mateix sexe en el seu territori. L'últim ha estat Àustria, on el Tribunal Constitucional ha declarat que, si no intervé abans el legislador, els matrimonis entre persones del mateix sexe podran celebrar-se durant l'any 2019.

I és plausible, a més, que els països que permeten el matrimoni entre persones del mateix sexe puguin reconèixer eficàcia a les unions registrades d'altres països, inclús

39. P. TWARDUCH, «Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais», *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 3/2016, p. 468.

40. L'article 112 de la Constitució d'Hondures, reformat l'any 2005 (pel Decret 176/2004 i ratificat pel Decret 36/2005), disposa: « [...] Es prohibeix el matrimoni i la unió de fet entre persones del mateix sexe. Els matrimonis i unions de fet entre persones del mateix sexe, celebrats o reconeguts sota les lleis dels altres països, no tindran validesa a Hondures » (la traducció és nostra).

41. El punt de partida podria situar-se en l'any 2003, amb l'estudi de l'Institut Asser. La Comissió va impulsar una consulta a través d'un llibre verd el 17 de juliol de 2006. Vegeu COM (2006) 400 final (17 juliol 2006).

42. Cal afegir als primers (Holanda, Bèlgica, Espanya, Suècia, Portugal, Dinamarca, França, Gran Bretanya, Finlàndia, Luxemburg i Irlanda): Malta (2017), Alemanya (2017) i Àustria (STC de 4 de desembre de 2017, que preveu la celebració de matrimonis homosexuals a partir del 31 de desembre de 2018, si el Govern no ho disposa abans mitjançant una llei).

quan siguin desconegudes pel seu ordenament.⁴³ Probablement, alguns estats membres continuaran essent reticents a acceptar-ho per les raons ja assenyalades, però la falta de previsió d'una unió formalitzada per a les parelles del mateix sexe —matrimoni o unió civil— té els dies comptats després de la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (STEDH) de 21 de juliol de 2015 (cas Oliari *vs.* Itàlia) i la STEDH de 14 de desembre de 2017 (cas Orlando *vs.* Itàlia).⁴⁴

2.3. NOVES DISPOSICIONS I ESTATS NO-PARTÍCIPS

La necessitat de seguir la via de la cooperació reforçada ha tingut la seva repercussió en l'articulat dels nous reglaments. Destacarem dues noves disposicions, que no apareixen en reglaments anteriors i que relacionarem entre si per a examinar les seves possibles conseqüències.

2.3.1. Competència judicial internacional: de la clàusula maltesa a la clàusula búlgara

Amb l'objectiu d'encoratjar altres estats a sumar-se a la cooperació reforçada, en ambdós reglaments s'ha introduït una nova disposició, l'article 9, dins del capítol II, relatiu a les normes de competència judicial internacional. Encara que existeixen algunes diferències de redacció, l'article 9 permet als jutges dels estats participants declinar la seva competència quan la demanda relativa al règim patrimonial incumbeix a un matrimoni no reconegut, d'acord amb les normes de dret internacional privat, o a una unió registrada desconeguda en el dret del fur. El teló de fons de la previsió és el tema sensible del reconeixement dels nous models de família, que ha requerit la via de la cooperació reforçada.

Si en la negociació del Reglament (UE) 2259/2010 o Roma III en matèria de llei aplicable al divorci es va incloure l'anomenada *clàusula maltesa* (art. 13) per a tenir en compte que Malta, en aquell moment, no autoritzava les demandes de divorci en el seu territori, ara s'inclou una clàusula que té en el punt de mira els estats membres que no han obert el matrimoni a les parelles del mateix sexe ni han legislat en matèria d'unions registrades. I com que Bulgària és un estat participant, podria parlar-se,

43. Respecte a la varietat legislativa existent i les qualificacions, vegeu la monografia *Uniones conyugales o de pareja*, p. 157-160, 170, 176-177 i 288.

44. STEDH de 21 de juliol de 2015, núm. 18766/11 i núm. 36030/11, cas Oliari i altres *vs.* Itàlia. Vegeu P. BRUNO, «Oliari c. Italia: la dottrina degli “obblighi - positivi impliciti” al banco di prova delle unioni - tra persone dello stesso sesso», *Famiglia e Diritto*, 2015, p. 1069, disponible en línia a: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-139934"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (última consulta: 24 juliol 2019).

aquesta vegada, de *clàusula búlgara*.⁴⁵ La disposició esperona altres estats membres a participar en els nous reglaments encara que la seva legislació descongui les unions registrades diferents del matrimoni i els matrimonis entre persones del mateix sexe.⁴⁶

Els tribunals dels estats membres participants poden inhibir-se o declinar la seva competència, prevista en els reglaments, i no pronunciar-se sobre la qüestió patrimonial. És una facultat que depèn de factors que són susceptibles de canviar en el temps (relativitat de l'ordre públic internacional). I, tenint en compte l'evolució de la matèria, es pot augurar que si ningú es recorda ja de l'anomenada *clàusula maltesa* en matèria de divorci, en un futur pròxim podríem deixar de preguntar-nos per la *clàusula búlgara*.

Cal apreciar algunes diferències entre l'article 9 d'ambdós reglaments que no veiem justificades: en primer lloc, en el Reglament sobre règim matrimonial els tribunals declinen la seva competència quan segons les normes de dret internacional privat del fur no reconeixen el matrimoni, però en el Reglament sobre unions registrades es declina la competència quan el dret del fur desconeix la unió de parella registrada. En segon lloc, en l'article 9 del Reglament sobre règim matrimonial es preveu que només de manera *excepcional* hi ha la possibilitat de declinar la competència, però aquesta excepcionalitat no figura en el Reglament sobre unions registrades.

La diferència més interessant és la que permet al jutge inhibir-se per a conèixer dels efectes de la unió quan el *dret del fur* no reconeix aquella unió. Sorprenentment, poden no entrar en joc, aquí, les normes de dret internacional privat, que sí que podrien donar eficàcia patrimonial a un model familiar inscrit a l'estranger. No sembla oportú que per a les unions registrades només faci falta tenir en compte la «institució desconeguda». Les normes de dret internacional privat del fur podrien, en ambdós casos, obrir la porta al reconeixement dels efectes patrimonials. La qüestió hauria de plantejar-se de la mateixa manera i s'hauria de resoldre d'acord amb el dret internacional privat del fur, incloent-hi l'excepció d'ordre públic internacional, a falta de normes comunes. Encara que les normes materials no preveuen la unió inscrita, les normes de dret internacional privat poden donar eficàcia patrimonial a una unió inscrita en un altre estat. No sembla lògic que la unió registrada hagi de veure's reflectida en el mirall del dret civil del fur, mentre que el matrimoni hagi de passar pel filtre, comú en qualsevol supòsit amb un element estranger, del dret internacional privat.

És possible que aquesta diferència entre els dos textos sigui deguda a una redacció defectuosa. El matrimoni té una major tradició jurídica que la unió registrada, però es podria dir que es poden presentar més motius d'ordre públic en el matrimoni tradicional (forçat, amb menors d'edat, incestuós, poligàmic) que en els nous models d'unions registrades.

45. També E. GALLANT, «Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples», *Europe*, núm. 3 (2017).

46. Encara que es podria estendre a altres models, com el matrimoni poligàmic.

2.3.2 *Reconeixement de decisions: vessant europeu del límit de l'ordre públic internacional de cada estat membre*

Si un estat partícip decideix declinar la competència per a conèixer del litigi en matèria patrimonial (art. 9), un altre estat membre podrà reconèixer els efectes patrimonials. Els reglaments inclouen altres criteris de competència substitutius, que permeten garantir a la parella l'accés a la justícia. En altres paraules, per als interessats les conseqüències no són oneroses, ja que els apartats 2 i 3 del mateix article 9 els ofereixen altres criteris de competència. La decisió així dictada es beneficiarà del sistema de reconeixement.

Cal fer notar que la decisió dictada es beneficiarà del reconeixement també en l'estat partícip que, conforme a l'article 9, s'hagi inhibit, si ho ha fet per motius basats en l'orientació sexual del model matrimonial o de la unió de parella registrada. Això és així perquè, d'acord amb l'article 38 d'ambdós reglaments, no es pot denegar el reconeixement de la decisió relativa als efectes patrimonials invocant l'orientació sexual.

En conclusió, la resolució dictada ha de ser reconeguda en els altres estats partícips; inclús en l'estat que es va inhibir quan tenia competència per a conèixer de l'assumpte. Aquest estat no està obligat a conèixer de l'assumpte, però sí a aplicar les normes de reconeixement sense que calgui invocar com a motiu de rebuig l'orientació sexual. L'article 38 de tots dos reglaments constitueix una altra disposició nova que no es preveu en cap altre reglament.

2.3.3 *Dret aplicable: extensió del vessant europeu de l'ordre públic internacional*

Podria anar-se una mica més lluny i invocar el considerant número 53 dels preàmbuls dels nous reglaments per a no limitar l'actuació del principi de «no-discriminació per raó de l'orientació sexual» als motius de denegació del reconeixement de decisions (art. 38). És a dir, podria fer-se extensiu, també, a l'actuació de l'excepció d'ordre públic internacional en matèria de llei aplicable. S'atendria així el «vessant europeu» del contingut del límit de l'ordre públic internacional en cada estat membre. La previsió podria tenir un efecte harmonitzador en l'ús del límit de l'«ordre públic». La Proposta de reglament de l'any 2011 anava una mica més lluny, ja que incloïa una clàusula especial d'ordre públic que prohibia descartar la llei designada per l'únic motiu que la llei del fur desconeixia la unió inscrita (art. 18.2).

En resum, la via de la cooperació reforçada ha estat necessària per la reticència d'alguns estats membres (en particular, Hongria i Polònia). El tema continua sent sensible en alguns estats membres i, sobretot, en alguns estats tercers. Cal tenir-ho en compte perquè, com hem vist, les normes de conflicte tenen un caràcter universal i poden designar la llei d'un tercer estat. Hondures, cal recordar-ho, va modificar fins i tot la seva Constitució l'any 2005 —al mateix temps que a Espanya s'obria el matri-

moni a les parelles del mateix sexe— per a incorporar un nou article 112 que preveu que els matrimonis o les unions de parella entre persones del mateix sexe, celebrats o reconeguts sota les lleis d'altres països, no tindran validesa a Hondures.

El legislador europeu, en adonar-se que el tema és sensible fins i tot entre els estats membres —com Hongria o Polònia—, va introduir en els reglaments una disposició destinada a esperonar els estats membres reticents a sumar-se un dia a la cooperació reforçada i ser estats participants. És el cas de l'article 9 en l'àmbit de la competència judicial internacional. Bulgària en seria l'exemple il·lustratiu: participa en els nous reglaments, però desconeix la unió registrada (i el matrimoni entre persones del mateix sexe). Es pot il·lustrar el que estem dient amb un exemple: dos homes, un francès i un altre búlgar, residents a Barcelona, inscriuen un PACS al Consolat francès de Barcelona el 30 de gener de 2019. Tenen previst traslladar-se a Bulgària, estat que no conté la noció d'unió registrada en la seva legislació civil, però sí que la té present en el seu dret internacional privat pel fet de ser un dels divuit estats signataris del Reglament (UE) 2016/1104. La unió no es podrà reconèixer automàticament en virtut del nou Reglament, que exclou expressament la qüestió de «l'existència, vàlida o reconeixement de la unió registrada». Ara bé, cal distingir entre la qüestió prèvia (existència, vàlida i reconeixement de la unió registrada) regulada per cada estat membre, de la qüestió dels efectes patrimonials de la unió, que és el que regula la normativa europea. L'àmbit d'aplicació del text, tal com estableix l'article 1 d'aquest Reglament, es limita estrictament als efectes patrimonials. Si el problema de la dissolució del règim de béns del PACS es presenta a Bulgària, els tribunals búlgars podran (o no) inhibir-se per a conèixer de la qüestió patrimonial d'acord amb l'article 9 del Reglament.

En aquest cas, el Reglament preveu competències alternatives o de substitució. Per exemple, si coneixen de la qüestió patrimonial els tribunals espanyols de la residència habitual, dictaran una sentència. Aquesta sentència estarà subjecta a les normes de reconeixement del nou Reglament. I si es planteja, doncs, la qüestió del reconeixement de la sentència espanyola a Bulgària, els tribunals búlgars no podran refusar els reconeixements de la decisió, pel que fa als efectes patrimonials, pel motiu d'ordre públic (art. 37) que Bulgària no reconeix una unió de parella entre persones del mateix sexe. Això és així perquè l'article 38 del Reglament («Drets fonamentals») disposa que «[l']article 37 [...] haurà de ser aplicat [...] respectant els drets fonamentals i els principis reconeguts en la Carta, en particular el seu article 21, sobre el principi de no-discriminació, i que inclou la no-discriminació per raó de l'orientació sexual».

No sabem encara com aplicarà Bulgària aquestes disposicions ni durant quant temps, perquè la doctrina del TEDH en els assumptes esmentats *Oliari vs. Itàlia* i *Orlando vs. Itàlia* va assenyalar que l'article 8 del Conveni Europeu de Dret Humans no obliga els estats a obrir el matrimoni a les persones del mateix sexe, però sí que els obliga a donar-los un estatus civil alternatiu i similar. És a dir, els obliga a tenir almenys una unió civil que vagi més enllà d'una mera inscripció com a parella de fet municipal o amb efectes només en l'àmbit públic. El TEDH va condemnar Itàlia per

no tenir en la seva legislació una unió civil alternativa, de manera que finalment l'any 2016 va introduir una unió civil reservada a les parelles del mateix sexe. Cal preveure una evolució en la matèria.

Vist l'àmbit d'aplicació temporal i territorial, el quan i el qui, passarem al què o l'àmbit d'aplicació material i les definicions.

2.4. QUÈ REGULA O ÀMBIT D'APLICACIÓ MATERIAL: L'ANOMENAT RÈGIM PRIMARI O FONAMENTAL I LES LLEIS DE POLICIA

L'àmbit d'aplicació material dels nous reglaments té un doble vessant: positiu (les incusions) i negatiu (les exclusions), com també succeeix en altres reglaments. Cal destacar que inclou tant el dret dispositiu com el facultatiu o l'anomenat règim primari o fonamental sempre que les disposicions tinguin naturalesa patrimonial.

La majoria de les normes de l'anomenat règim primari són normes imperatives simples. La seva aplicació depèn de la llei rectora del règim patrimonial. Però algunes disposicions poden ser qualificades com a lleis de policia, en interès general de la família i la societat, com les de protecció de l'habitatge familiar. El considerant número 53 del preàmbul del Reglament (UE) 2016/1103, sobre règim matrimonial, i el considerant número 52 del preàmbul del Reglament (UE) 2016/1004, sobre efectes patrimonials de les unions registrades, fan menció entre les lleis de policia⁴⁷ de les disposicions relatives a la protecció de l'habitatge familiar.⁴⁸ La llei aplicable a l'habitatge familiar està sotmesa al règim patrimonial, però també pot actuar com una llei de policia (art. 30). En aquest cas, el dret del fur (tribunal competent) és l'ordenament de referència, com indica l'article 30.1 en ambdós textos.

El considerant número 53 del Reglament esmentat fa referència al caràcter excepcional de les lleis de policia, i cal preveure'n un ús mesurat. Segons el meu parer, la vocació d'aplicació de la llei de policia depèn del fet que l'immoble estigui situat a l'estat membre del fur. És a dir i creuant les dues reflexions, els estats membres de situació de l'immoble veuran aplicades les lleis de policia quan els seus tribunals coneguin de l'assumpte (fur). Les lleis de policia del fur poden intervenir, però de manera limitada. Cal tenir en compte la vocació d'aplicació al cas concret (situació de l'immoble).

47. Seguint la definició donada pel TJCE en el cas C-381/98, *Ingmar GB Ltd. vs. Eaton Leonard Technologies Inc.*, i l'article 9 del Reglament Roma I.

48. Per exemple, l'article 215 CC francès. Més limitadament, l'article 96 CC espanyol.

2.5. MATÈRIES EXCLOSES: LA QÜESTIÓ PRÈVIA RELATIVA A L'EXISTÈNCIA I EL RECONeixEMENT DE LA VALIDESA DEL MATRIMONI I DE LA UNIÓ REGISTRADA

Una vegada anunciat l'àmbit d'aplicació material inclusiu, en el pòrtic d'entrada del primer article de tots dos reglaments, la frase següent precisa les exclusions. Algunes exclusions ja figuraven en el Conveni de Brussel·les del 1968 (avui Reglament Brussel·les I). S'exclouen, en primer lloc, les qüestions que, en una tradició civilista, es consideren de dret públic (fiscals, duaneres i administratives). Però l'exclusió que ens interessa, per als nostres fins, és la relativa a l'existència, la validesa i el reconeixement del matrimoni o de la unió registrada, que pot plantejar-se com una qüestió prèvia a la qüestió principal sobre el règim patrimonial. Aquesta matèria s'exclou expressament en els reglaments, de manera que correspon a cada estat regular-la d'acord amb el seu dret internacional privat (punts 17 i 21 del preàmbul).⁴⁹

El reconeixement de nous models familiars ha estat motiu de discòrdia en la lenta negociació dels nous reglaments.⁵⁰ Les noves disposicions dels articles 9 i 38 no són alienes al problema. Però el legislador europeu no s'ha ocupat d'elaborar un reglament relatiu al reconeixement dels matrimonis i les unions de parella celebrades o registrades en els altres estats membres. No ha aportat, si més no en els nous reglaments, una solució uniforme a la qüestió prèvia relativa a l'existència, la validesa i el reconeixement del matrimoni o de la unió registrada.

No existeix en el nostre sistema de dret internacional privat una solució a la qüestió prèvia. Tampoc no tenim normes *ad hoc* en les quals puguem encaixar l'existència i la validesa d'unions de parella registrades a l'estranger. I el recurs a les connexions que regulen la formació del matrimoni no resulta adequat.⁵¹

De fet, la teoria de la qüestió prèvia és un tema clàssic del dret internacional privat, del qual es va ocupar la doctrina alemanya en la primera meitat del segle xx sense gaire èxit. Reduint al màxim les opcions, podríem dir que implica subordinar la qüestió preliminar a les normes de conflicte del país que regula la qüestió principal; és a dir, resoldre la qüestió prèvia amb el sistema de normes de dret internacional privat de la llei aplicable als efectes patrimonials. Però aquesta solució ha estat taxada de complexa, arbitrària i artificial. No la recull el legislador nacional, que la deixa en mans de la jurisprudència, i en aquest àmbit les existències són minses.

49. Vegeu M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «El puzle se complica. Efectos patrimoniales de las uniones registradas y el Reglamento (UE) 2016/1104. Problemas de calificación y de coordinación entre los instrumentos europeos conexos», a M. GUZMÁN i C. ESPLUGUES (dir.), *Persona y familia*, p. 320-323. I com ja vam assenyalar a A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos», p. 169-187.

50. Vegeu P. TWARDUCH, «Le règlement européen», p. 465.

51. Vegeu A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Las uniones estables de pareja», p. 127-164, esp. p. 135-145.

Una altra solució, propera a l'anterior, consisteix a aplicar a la qüestió prèvia la llei interna que regula la qüestió principal. És la proposta que fa el professor Andrea Bonomi en l'informe oficial sobre el Protocol de la Haia del 2007 en matèria d'aliments. En aquest cas, la llei aplicada al règim patrimonial resolvia, també, la qüestió prèvia relativa a l'existència i la validesa del vincle de parella. Malgrat això, aquesta solució no garanteix un resultat uniforme en el moment d'aplicar els reglaments. Es podria donar un enfocament funcional, però seria difícil de justificar en un àmbit que afecta les relacions patrimonials entre esposos o convivents, i que regula també les relacions amb tercers.

La previsió d'una norma de conflicte amb la connexió de la llei del país de creació, constitució o registre de la unió, podria ser convenient. És una llei que coneix la unió de parella inscrita. *Mutatis mutandis* també podria ser adequada la llei escollida per la parella o el matrimoni, ja que no triaran una llei que no reconegui o que desconeixi la seva unió. Però no és la solució seguida en els nous reglaments, que exclouen la qüestió prèvia i la deixen en mans de cada estat membre.

Caldria, a parer meu, resoldre el problema de la qüestió prèvia pel mètode del reconeixement de les unions formalitzades davant de l'autoritat pública i s'hauria d'haver inclòs en el Reglament una norma de reconeixement que proporcionés una solució uniforme.

La redacció de la norma podria ser la següent, en un instrument europeu (i *mutatis mutandis* en el dret internacional privat espanyol):

L'acte públic estranger pel qual es constitueix o s'inscriu el vincle (matrimoni o unió registrada) serà reconegut, tret que:

a) La *competència de l'autoritat d'origen* s'hagi basat només en la mera presència de la parella en el seu territori, i cap vincle objectiu posterior, com la residència habitual, hagi estat creat amb el país d'origen. Per a evitar el frau caldria controlar la competència de l'autoritat estrangera que procedeix a la celebració o al registre de la unió de parella mitjançant un sistema flexible.

b) El reconeixement sigui manifestament incompatible amb l'ordre públic. Caldria controlar el reconeixement per motius basats en l'ordre públic internacional de l'estat membre, però en el seu vessant europeu, que no discriminaria per raó d'orientació sexual (art. 21 de la Carta). Quedaria descartada com a motiu de rebuig l'orientació sexual, seguint la redacció de l'esmentat article 38 dels nous reglaments.

Com una altra causa de denegació, o com a límit de l'ordre públic, caldria afegir la *inconciliabilitat entre actes públics*, en els termes següents: en concret, si existeix una altra unió de parella inscrita inconciliable en l'estat requerit o si ha estat inscrita amb anterioritat en un altre estat i és susceptible de ser reconeguda.

c) Per acabar, es denega el reconeixement si l'acte públic *no és autèntic* segons el dret del país que l'ha atorgat.

La intervenció de l'autoritat pública en la constitució o creació del vincle de parella permet oferir una presumpció de regularitat que la unió (o el matrimoni) s'ha

constituït a l'estranger conforme a la llei,⁵² de manera que les unions formalitzades puguin ser reconegudes en els altres estats membres sigui quina sigui la llei aplicada en la seva constitució o formació, segons les normes de conflicte de l'estat que procedeix a la celebració o inscripció. No cal, doncs, un doble control conflictual.

Cal notar que, entre la teoria de la qüestió prèvia i el mètode o els mètodes⁵³ de reconeixement, existeix un nexa comú. En tots dos casos es desactiva la norma de conflicte del fur. Això és així perquè tant la qüestió prèvia com el mètode del reconeixement posen en relleu la problemàtica següent: que la unió de parella pot haver-se celebrat o inscrit en un moment en què no hi havia cap vincle amb el fur. Es tracta de garantir la continuïtat de les relacions jurídiques i el reconeixement de l'eficàcia de les situacions creades legalment en el país estranger al qual estaven vinculades i respecte a les quals altres països poden, *a posteriori*, pronunciar-se sobre els seus efectes patrimonials.

El control del reconeixement es desplaça del dret aplicable a la competència de les autoritats i al límit de l'ordre públic, peça clau en el control del reconeixement. De fet, el recurs al clàssic *efecte atenuat de l'ordre públic*, que es deixa en mans dels tribunals i que requereix la norma de conflicte, posa en evidència que estem davant d'un problema de reconeixement d'una situació creada a l'estranger.

52. Només excepcionalment pot plantejar-se la qüestió de la validesa o la nul·litat de la unió registrada perquè concorre un vici de fons o de forma en la celebració o constitució de la unió. Aquesta qüestió cal plantejar-la, més lògicament, en el país on s'ha celebrat o s'ha registrat la unió, perquè tingui eficàcia i s'evitin unions claudicants. En els altres països el que se sol plantejar és un reconeixement dels efectes de la unió ja celebrada o registrada, o també la prova de l'existència de la unió.

53. E. JAYME i Chr. KOHLER, «Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», *IPRax*, núm. 6/2001, p. 501-514; P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht (RabelsZ)*, vol. 68, núm. 2 (2004), p. 225-243; P. MAYER, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», a *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, París, Dalloz, 2005, p. 547-573; D. COESTER-WALTJEN, «Das Anerkennungsprinzip im Dornröschenschlaf?», a Heinz-Peter MANSEL et al. (ed.), *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 1, Munic, European Law Publishers, 2004, p. 121-130; D. HENRICH, «Anerkennung statt IPR: Eine Grundsatzfrage», *IPRax* (2005-5), p. 422-424; Ch. PAMBOUKIS, «La renaissance métamorphose de la méthode de la reconnaissance», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2008, p. 513-560; H.-P. MANSEL, «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen Internationales Privatrechts?», *RabelsZ*, 2006-4, p. 561-731; S. BOLÉE, «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale», *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 96 (2007), núm. 2, p. 307-355; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Propositions pour la formation, la reconnaissance et d'efficacité internationale des unions conjugales ou couple», *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 96 (2007), núm. 2, p. 357-382; J. LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010; R. BARATTA, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Recueil des Cours (la Haia)*, 2010, p. 253-500, i M. GARDEÑES SANTIAGO, «El método del reconocimiento desde la perspectiva del derecho internacional privado europeo y español», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XVII (2017), p. 379-424.

El mètode de reconeixement ha suscitat en la doctrina el temor a l'*eclipsament* del mètode conflictual.⁵⁴ Però això no sempre és percebut pels que fan la crítica que la renúncia al mètode conflictual només opera en matèria de reconeixement i no en el moment de crear el vincle de parella inscrita.⁵⁵ És possible eliminar en el moment del reconeixement el control conflictual sobre la llei aplicada per part de l'estat requerit. Un control sobre la llei aplicada que ja s'ha anat suprimint, en matèria de reconeixement, tant en el dret europeu (Reglament Brussel·les I per a les matèries de dret de família) com en l'exequàtur del dret internacional privat nacional.

Aquest mètode de reconeixement d'actes públics en matèria de família no és inaudit. Encara que es tracti de texts que no estan en vigor a Espanya, el Conveni de la Haia del 14 de març de 1978, sobre la celebració i el reconeixement dels matrimonis, fa dependre el reconeixement de la validesa del matrimoni del dret de l'estat de celebració. El Conveni estableix el principi que el matrimoni conclòs vàlidament segons el dret de l'estat de celebració ha de ser reconegut com a tal en els altres estats contractants (art. 9). I, pel que fa a les unions registrades, l'article 7 del Conveni de la CIEC del 2007, sobre el reconeixement de les unions de parella registrades,⁵⁶ estableix el principi del reconeixement tret que en el moment del registre cap dels convivents estigui vinculat al país del registre per la nacionalitat o per la residència habitual. Condició que podria formular-se, també, mitjançant una condició de control de la competència indirecta de l'autoritat intervinent del país del registre.

En síntesi, es tractaria de reconèixer en un estat membre les unions de parella registrades en un altre estat, al marge d'una decisió judicial, però no d'una intervenció de l'autoritat pública (acte públic) conforme a la llei. Els avantatges del mètode serien: el respecte dels drets fonamentals reconeguts en l'article 21 de la Carta Europea de Drets Fonamentals; el respecte dels objectius propis i clàssics del dret internacional privat, relatiu a la continuïtat de la situació personal i familiar i al respecte de les previsions legítimes de les parts; en l'àmbit de la Unió Europea, el fet de facilitar la lliure circulació de persones i de donar un contingut a la noció de *ciutadania europea*.⁵⁷ Encara que, al meu parer, el mètode seria generalitzable a l'àmbit del dret internacional

54. Vegeu G. P. ROMANO, «La bilatéralité éclipse par l'autorité», p. 457.

55. Vegeu A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, any 2017, núm. 2, *El orden público interno, europeo e internacional. Acto en homenaje a la dra. Nùria Bouza Vidal, catedrática de Derecho Internacional Privado*, p. 201, 208 i seg.

56. G. GOLDSTEIN i H. MUIR-WATT, «La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés», *Journal du Droit International*, núm. 4/2010, p. 1085-1122.

57. R. BARATTA, «Problematic elements of and implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, vol. 27 (2007), núm. 1, p. 9.

privat, que no es redueix a l'objectiu comunitari del reconeixement mutu, amb el qual a vegades es confon.

Segons la meua opinió, s'hauria d'haver inclòs en els nous reglaments europeus una norma de reconeixement que donés una solució uniforme a la qüestió prèvia. La resposta actual, que deixa la solució en mans de cada estat membre, està lluny de garantir l'objectiu de l'aplicació uniforme dels reglaments en els estats membres participants. La llei aplicable a l'existència i la validesa del matrimoni o de la unió registrada es regula pel dret internacional privat de cada estat membre.

O, també, s'hauria pogut elaborar un instrument europeu que solucionés la qüestió prèvia reconeixent tota unió de parella formalitzada amb intervenció d'una autoritat pública, sense necessitat de controlar si es va constituir bé o no d'acord amb la llei aplicable a la seva constitució.⁵⁸ El nou reglament requeriria, possiblement, la via de la cooperació reforçada.

La intervenció de l'autoritat pública en la constitució o creació del vincle de parella permetria oferir una *presumpció de regularitat* que la unió de parella (o el matrimoni) s'ha constituït a l'estranger conforme a la llei, de manera que les unions formalitzades *podrien* ser reconegudes en els altres estats membres fos quina fos la llei aplicada a la seva constitució o formació segons les normes de conflicte de l'estat on es fa la celebració o inscripció. Ara bé, el paper de l'autoritat no ha de ser merament receptiu, sinó de control dels requisits legals, cosa que només és predicable respecte de les unions de parella formalitzades davant de l'autoritat pública que creen un cert estat o estatus civil.

2.6. DEFINICIÓ D'UNIO REGISTRADA SEGONS EL REGLAMENT

Als efectes del Reglament 2016/1104 s'entén per *unió registrada*, com indica l'article 3.1a, «el règim de vida en comú de dues persones regulat per llei, el registre del qual és obligatori conforme a l'esmentada llei i que compleix les formalitats jurídiques exigides per aquesta llei per a la seva creació». En el vessant positiu, es podria afirmar que es tracta d'una unió de parella legal, en el sentit que ha de ser regulada per llei; amb un registre obligatori, que és determinat per la llei, i amb un règim patrimonial o un règim de béns amb efectes en l'àmbit civil. En el vessant negatiu, es podria afirmar que la unió registrada que defineix el Reglament no és la unió de parella lliure o fàctica, és a dir, la que només està basada en el fet de la convivència o en pactes o actes jurídics privats.

Queden descartades les anomenades *parelles de fet* de les comunitats autònomes que no tenen dret civil propi, ja que no tenen un règim patrimonial. I no n'és excepció

58. Vegeu en aquesta línia A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja*.

la llei valenciana, que, com sabeu, va tenir problemes de constitucionalitat. No tindria sentit incloure en uns reglaments sobre règim patrimonial les unions de parella que només tenen efectes en l'àmbit públic (l'àmbit de la immigració, la pensió de viudetat i altres drets socials o fiscals, o l'àmbit puntual dels arrendaments).

Es tracta, en principi, d'unions de parella amb un *règim més o menys unitari de béns* entre els convivents i entre els convivents i els tercers, cosa que fa també rellevant el registre de la unió. Però cal recordar que l'existència pròpiament dita d'un règim patrimonial no és generalitzable a tots els ordenaments jurídics (dret anglès o americà i drets musulmans), ni tan sols per al matrimoni.

Tampoc no podem afirmar rotundament que la unió registrada definida en els reglaments sigui necessàriament la que representa un nou «estat civil» —encara que sí un cert «estatus civil»— diferent del matrimoni i diferent de la situació heterogènia de la unió lliure basada només en fets (convivència) o en actes jurídics privats (pactes o contractes que podrien estar sotmesos al Reglament Roma I).

Les unions estables se situen en una zona grisa. Són unions de parella legals, en el sentit que són regulades per la llei, amb normes pròpies sobre els béns que fan dependre el règim dels pactes o de la voluntat dels convivents (sense un règim per defecte), i els seus efectes patrimonials podrien quedar inclosos en els nous reglaments, encara que no siguin els models d'unions registrades que ha tingut presents el legislador europeu. No és possible oblidar que la unió registrada té a Europa una història i uns models que han mirat de donar reconeixement jurídic a les unions homosexuals.

Però el model de les unions registrades entre persones del mateix sexe no és l'únic model de parella existent. Altres països —encara que pocs—, com Holanda o França, han optat per un model més universalista que comunitarista i han obert la unió registrada a totes les parelles, del mateix sexe o de diferent sexe, cosa que ha donat lloc a models més contractuals o alternatius al matrimoni. I si bé en els darrers anys la situació ha canviat i catorze estats membres de la Unió Europea han obert el matrimoni a les parelles del mateix sexe i han deixat d'inscriure, com Alemanya, les unions registrades, en alguns estats membres, com Holanda o França, coexisteixen els dos models familiars: el matrimoni i la unió registrada oberts a totes les parelles. De fet, si anem a França, constatarem que la unió registrada anomenada *pacte civil de solidaritat* o PACS està més generalitzada en les parelles heterossexuals, que poden viure en concubinat o PACS o en matrimoni, com les parelles del mateix sexe.

En conclusió, es pot afirmar que els nous reglaments inclouen les unions de parella formalitzades (matrimoni i unió registrada) davant de l'autoritat pública. Però la definició que dona el reglament és una definició marc. La seva finalitat està limitada «als efectes del Reglament». Té per objectiu delimitar l'àmbit d'aplicació del nou Reglament respecte dels altres reglaments (Roma I o Roma II), que poden incloure els pactes entre convivents; i, també, respecte del reglament germà. Però això no vol dir que el dret internacional privat europeu reguli, en l'un o l'altre reglament, tots

els models de parella existents. Els reglaments europeus tampoc no regulen tots els efectes ni les qüestions que afecten les unions registrades. Per exemple, inclouen els efectes patrimonials i exclouen els efectes personals, fet que pot donar lloc a problemes de qualificació. Ni regulen, tampoc, totes les qüestions que es poden presentar. Per exemple, exclouen la qüestió prèvia relativa a l'existència o la validesa de la unió registrada, com ja hem assenyalat.

En definitiva, encara que a totes les persones que viuen en parella els afecta la lliure circulació, les unions de parella no encaixen en tots i els mateixos reglaments europeus.

Podem il·lustrar-ho *mutatis mutandis* amb un exemple extret de la Sentència de la Cour de Cassation francesa de 20 d'abril de 2017.⁵⁹ Tracta d'una parella de nacionalitat francesa en situació de ruptura que té només un immoble a la Costa Brava i demana als tribunals francesos la divisió de l'immoble en comú. Qualificada la seva unió de parella com un concubinat, els tribunals francesos apliquen el Reglament (UE) 1215/2012 o Brussel·les I, que els porta a considerar que no són competents perquè existeix una competència exclusiva dels tribunals espanyols com a tribunals del lloc de situació de l'immoble (art. 24.1 i 27 del Reglament Brussel·les I). El tribunal francès no vol dictar una sentència que no seria reconeguda a Espanya (d'acord amb l'article 45.1e del Reglament Brussel·les I).

Respecte a la llei aplicable, qüestió que no es planteja en el cas perquè es descarta la competència, els tribunals francesos podrien fins i tot aplicar els reglaments Roma I i Roma II respecte als pactes entre convivents i respecte a la ruptura. De manera que sí, el tribunal francès podria aplicar aquests reglaments.

Ara bé, si es tractés d'un matrimoni, el que s'hauria plantejat és un divorci. I el Reglament (UE) 2203/2012 o Brussel·les II hauria donat competència als tribunals francesos. La llei aplicable a la liquidació del règim patrimonial hauria estat determinada pel Conveni de la Haia del 1978, sobre la llei aplicable al règim matrimonial, o pel nou Reglament 1103/2016, si hagués estat vigent o si haguessin fet elecció de la llei aplicable (francesa) després del 20 de gener de 2019.

I si la parella hagués estat unida per un PACS o una altra unió registrada, l'article 515 del Codi civil francès hauria designat la llei francesa (de l'autoritat que registra la unió) per al seu règim de béns, com també ho faria el nou Reglament 2016/1104 si hagués estat en vigor o si haguessin fet elecció de la llei aplicable (la del país del registre o la francesa) segons el nou Reglament després del 20 de gener de 2019.

Com veieu, la normativa i les solucions poden canviar segons el model familiar i la jurisdicció. Es poden plantejar problemes de qualificació que, en realitat, no resol

59. Sentència de la Cour de Cassation de 20 d'abril de 2017, <www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034463189&fastReqId=1704305381&fastPos=1> (última consulta: 24 juliol 2019).

el Reglament amb una definició.⁶⁰ Encara més: l'objectiu del Reglament no és proporcionar un concepte material i autònom (ni complet) d'una unió registrada. No ens diu si la intervenció de l'autoritat pública pot ser receptiva o si ha de ser una decisió (com en el marc d'una jurisdicció voluntària). És a dir, si ha de controlar els requisits legals de creació o l'adhesió de la parella al model establert. No ens diu si el registre, que és obligatori, segons la llei, ha de ser constitutiu o declaratiu. Tampoc no ens parla del caràcter del registre: si pot ser un registre administratiu o bé un registre civil amb publicitat *erga omnes* o enfront de tercers (inclosos en el Reglament). Però tot apunta que les unions registrades cobertes són les unions formalitzades davant de l'autoritat pública que creen un nou estat civil o estatus civil. I, sobretot, un règim patrimonial o de béns.

Així i tot, la definició del Reglament no és exhaustiva i es dirigeix, sobretot, a delimitar l'àmbit d'aplicació dels reglaments europeus. De manera que sempre queda en mans de cada estat membre oficialitzar les unions de parella amb un sistema registral adient, si vol. De fet, s'ha produït una evolució en aquest punt en alguns estats membres. Per exemple, a França, la Llei 2006-728, de 23 de juny de 2006, preveu l'anotació de la conclusió, la modificació i la dissolució del PACS al marge de les actes de naixement del Registre Civil (art. 515-3-1 i 515-7 CC francès). Per a les persones nascudes a l'estranger, la informació es recull en el Servei del Registre Civil del Ministeri d'Exteriors. La publicitat al marge de l'acta de naixement del Registre Civil fa el PACS oposable enfront de tercers (art. 515-3-1 CC francès).⁶¹ L'any 1999 hi havia problemes per a fer-ho perquè les unions homosexuals temien la publicitat *erga omnes*, però ara el PACS té entrada en el Registre Civil.

Ara bé, voldrien les comunitats autònomes amb dret civil propi l'entrada de les unions de parella en el Registre Civil mitjançant una anotació al marge en les actes de naixement? No implicaria això un canvi de legislació?

60. Vam tractar la qüestió a A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Problemas generales de DIPr», p. 245-335.

61. És la Llei 2006-728, de 23 de juny de 2006, que entra en vigor l'1 de gener de 2007 i preveu l'anotació al marge de les actes de naixement del Registre civil, de la conclusió, la modificació i la dissolució del PACS (art. 515-3-1 i 515-7 CC francès). A partir de l'1 de novembre de 2017 el registre dels PACS es pot fer davant del funcionari del Registre Civil de l'ajuntament en qüestió. Els càrrecs diplomàtics i consulars francesos són competents per a fer el registre i els tràmits de publicitat corresponents. La legislació en la matèria ha patit altres reformes posteriors: la Llei 2016-1547, de 18 de novembre de 2016 (art. 48), sobre la modernització de la justícia al segle XXI, modifica les disposicions relatives al pacte de solidaritat civil; el Decret 2017-889, del 6 de maig de 2017, sobre el trasllat als registradors d'estat civil, del registre de declaracions, modificacions i dissolucions dels pactes de solidaritat civil, i la Circular CIV/05/17, del 10 de maig de 2017.

3. REFLEXIONS FINALS

El 6 de febrer de 2019, en el marc del cicle de conferències «Institucions del nostre dret», que va organitzar la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, vaig tenir l'ocasió d'exposar la conferència «Nous reglaments (UE) en matèria de règim matrimonial i d'efectes patrimonials de les unions registrades». Vaig centrar l'atenció en l'àmbit d'aplicació dels nous reglaments i en el concepte d'*unió registrada*. Quines parelles inclou el nou reglament és un punt clau que preocupa a totes les comunitats autònomes amb dret civil propi. De fet, el Decret llei 3/2015, del 6 d'octubre, en crear el Registre de Parelles Estables va tenir en compte la normativa europea d'estrangeria i la proposta del Reglament sobre els efectes patrimonials de les unions registrades. No obstant això, els objectius de les dues normatives europees són diferents i el concepte d'*unió registrada* pot diferir.

a) Les lleis d'estrangeria no defineixen la família

Les lleis d'estrangeria miren de regular la immigració. I ho fan de manera desigual. Paradoxalment, preveuen més beneficiaris en un règim de reagrupament familiar comunitari, amb un model de família nuclear, que en el règim general, amb models de família extensa.

En l'àmbit de la immigració, el concepte d'*unió registrada* pot cobrir una situació de convivència de fet, que es pot provar mitjançant un registre local o municipal de caràcter administratiu o per altres mitjans diferents. El repte aquí és garantir la vida familiar efectiva i evitar un possible frau. Però les lleis d'estrangeria no són les que poden dir-nos si existeix un model legal de parella registrada i si un registre de naturalesa administrativa és suficient per a provar l'existència d'una unió registrada amb efectes civils.

Encara que pugui semblar contradictori, les lleis d'estrangeria, en el marc del procediment de reagrupament familiar, no sempre fan dependre la qüestió de l'existència i la validesa del vincle familiar, del dret internacional privat i civil. I no sempre coincideix el que en l'àmbit públic (prestacions socials) s'entén per *unió registrada* o per *registre d'una unió registrada*, amb el que s'entén en l'àmbit civil. Les qüestions civils no depenen de les lleis d'estrangeria; i, de vegades, tampoc succeeix del tot a la inversa. Es pot ser una família i no ser beneficiària en el marc del procediment de reagrupament familiar. I, també, es pot no ser una família i tenir dret a una vida privada i familiar normal (art. 8 CEDH). Per exemple, la persona nascuda d'una gestació per substitució de la qual ha tingut cura la mare comanditària, té dret a la continuïtat de la seva vida privada i familiar normal, encara que l'establiment o el reconeixement del vincle de filiació requereixi la intervenció de l'autoritat pública i no sigui automàtic. Les qüestions civils relatives a l'existència i la validesa del vincle familiar, els requisits

i els efectes de la unió en l'àmbit civil, no es poden deduir de les lleis d'estrangeria ni de la jurisprudència en la matèria (vegeu, per exemple, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 28 de juny de 2018, C-451/16, cas Coman).

La reducció de tot el que es refereix als estrangers a les lleis d'estrangeria és una simplificació, encara que és corrent en la bibliografia i fins i tot en la pràctica. En resum i sens perjudici d'una intervenció dels drets fonamentals per a frenar les pràctiques administratives restrictives en tots els àmbits jurídics, no pertany al dret d'estrangeria haver de definir la família, ni a l'àmbit civil, què s'entén per *unió registrada* o el caràcter que ha de tenir el registre d'una unió registrada. Per tant i encara menys, tampoc no pertany al dret d'estrangeria definir què s'entén per *unió registrada* en el nou Reglament.

- b) La definició d'*unió registrada* que dona el Reglament és una definició marc i la seva finalitat està limitada al nou Reglament

Encara que la lliure circulació en el marc de la Unió Europea afecta a totes les persones que viuen en parella, no totes les unions de parella encaixen en els reglaments europeus ni en els mateixos reglaments europeus. Els nous reglaments inclouen, clarament, les unions de parella formalitzades davant de l'autoritat pública. Ara bé, la definició d'*unió registrada* que dona el Reglament és una definició marc i la seva finalitat està limitada als efectes del Reglament. Té per objectiu delimitar el seu àmbit d'aplicació respecte als altres reglaments (Roma I i Roma II) i, sobretot, respecte al reglament germà sobre règim matrimonial. Però no cal esperar que el dret europeu reguli tots els models de parella existents ni tots els efectes de les unions de parella que regula. Per exemple, s'exclouen en els nous reglaments els efectes personals —cosa que pot donar lloc a problemes de qualificació— i la qüestió prèvia relativa a l'existència o la validesa de la unió registrada.

- c) Les unions de parella són un fenomen jurídicament divers en l'àmbit civil i en l'àmbit del dret internacional privat

No només tenim les unions inscrites o registrades mitjançant un acte més o menys solemne davant de l'autoritat pública, sinó que tenim les unions qualificades de *convivència fàctica*, que poden estar regulades per llei amb efectes aïllats o més o menys unitaris. I també tenim les parelles que han fet pactes o actes jurídics privats davant d'un notari per a regular la seva convivència.

Alguns països tenen normes de conflicte diferents per a totes aquestes unions de parella —el matrimoni, les unions registrades i la convivència de fet— i distingeixen segons si uns efectes són semblants o diferents dels del matrimoni.

Les unions lliures no solen tenir normes de conflicte pròpies, encara que es poden regular pels seus efectes jurídics i pels pactes jurídics privats existents entre convivents.

- d) El dret internacional privat pot cercar en la diferència facilitar la formació del model d'unió de parella previst legalment

Una anàlisi des de fora del dret internacional privat pot veure com una discriminació la previsió de normes de conflicte diverses per a cada model familiar. Però cal adonar-se que el dret internacional privat pot cercar en la diferència facilitar la formació i els efectes d'un model familiar desconegut en un món jurídic divers. Per exemple, la connexió de la «lleï del país del registre» pot comportar un favor a la unió registrada i fins i tot al matrimoni entre persones del mateix sexe, atès que es tracta d'un dret que coneix la unió prevista legalment.

Ara bé, aquesta connexió, centrada en el país del registre, pot tenir sentit per a la unió inscrita, però pot no ser adient per a la unió lliure o la legal, en el sentit de regulada per la llei, o per a la unió basada en actes jurídics privats o en el fet de la convivència, a la qual escau la connexió de la residència habitual.

Cal tenir en compte que els nous reglaments contenen normes de conflicte amb caràcter *erga omnes* o universals, que ens poden portar a la llei de qualsevol país del món. Mantenir les mateixes normes de conflicte del matrimoni per a totes les unions de parella pot representar un salt al buit (a un ordenament que desconeix la unió de parella) i la intervenció no excepcional de l'ordre públic internacional.

- e) El legislador europeu ha deixat en mans del dret internacional privat de cada estat membre la solució a la qüestió prèvia i no ha elaborat un reglament relatiu al reconeixement dels matrimonis i de les unions de parella celebrades o registrades en els altres estats membres

El reconeixement de nous models familiars ha estat motiu de discòrdia en la lenta negociació dels nous reglaments. Hem vist que les noves disposicions dels articles 9 i 38 dels nous reglaments no són alienes al problema del reconeixement dels nous models familiars. Tampoc no ho són l'exclusió de la qüestió prèvia relativa a l'existència i la validesa del matrimoni o la unió registrada en l'article 1.1*b* dels nous reglaments. El legislador europeu no s'ha ocupat de donar una solució comuna a la qüestió preliminar ni d'elaborar un reglament relatiu al reconeixement dels matrimonis i les unions de parella celebrades o registrades en els altres estats.

- f) Unions formalitzades davant de l'autoritat pública: s'hauria d'haver inclòs, almenys, una norma de reconeixement que proporcionés una solució uniforme a la qüestió prèvia, que ha estat deixada en mans de cada estat membre

En un instrument europeu (o *mutatis mutandis* en el dret autònom), la redacció de la norma podria ser la que s'exposa a continuació.

L'acte públic estranger pel qual es constitueix o s'inscriu el vincle (matrimoni o unió registrada) ha de ser reconegut tret que: 1) la *competència de l'autoritat del país d'origen* s'hagi basat només en la mera presència de la parella en el seu territori i cap vincle objectiu posterior, com la residència habitual, hagi estat creat amb el país d'origen; 2) el reconeixement sigui manifestament incompatible amb l'ordre públic. Cal tenir en compte el vessant europeu de l'ordre públic de cada estat membre, que no discrimina per raó d'orientació sexual (art. 21 de la Carta i 38 dels nous reglaments). Com una altra causa de denegació, o dins de l'ordre públic, caldria afegir la *inconciliabilitat entre actes públics*, si existeix una altra unió de parella inscrita inconciliable en l'estat requerit o si ha estat inscrita amb anterioritat en un altre estat i és susceptible de ser reconeguda. Per acabar, es denega el reconeixement si l'acte públic en el qual figura la unió registrada *no és autèntic* segons el dret del país que l'ha atorgat.

La intervenció de l'autoritat pública en la constitució o la creació del vincle de parella permet oferir una presumpció de regularitat que la unió de parella (o el matrimoni) s'ha constituït a l'estranger conforme a la llei, de manera que les unions formalitzades poden ser reconegudes en els altres estats membres amb independència de la llei aplicada en la seva constitució o formació, segons les normes de conflicte de l'estat que procedeix a la celebració o inscripció. No cal, doncs, un doble control conflictual.

De fet, tant la qüestió prèvia com el mètode del reconeixement posen en relleu la problemàtica següent: la unió de parella pot haver-se celebrat o inscrit en un moment en què no hi havia cap vincle amb el fur de l'estat de reconeixement. El recurs al clàssic «efecte atenuat de l'ordre públic» —que té l'inconvenient que resulta discrecional perquè és en mans dels tribunals, requereix una norma de conflicte i no té sempre en compte el possible frau o la inexistència de vincles amb el país del registre— posa també en evidència que estem davant d'un problema de reconeixement d'una situació creada a l'estranger, i no davant d'un problema de llei aplicable.

En síntesi, es tracta de reconèixer en un estat membre les unions de parella registrades en un altre estat membre, al marge d'una decisió judicial però no d'una intervenció de l'autoritat pública (acte públic) conforme a la llei.

Ara bé, el paper de l'autoritat no ha de ser merament receptiu (com en la inscripció en un registre municipal), sinó que l'autoritat ha de controlar els requisits legals per a la formació de la unió de parella. I això només és predicable respecte de les unions de parella formalitzades davant de l'autoritat pública i que creen un nou estat o estatus civil per a la parella en concret, que és registrat i és oposable enfront de tercers.

- g) No podem afirmar rotundament que la unió registrada definida en els reglaments sigui necessàriament la que significa un nou «estat civil», però sí la que significa un cert «estatus civil»

Significa un estatus civil diferent del matrimoni i diferent de la unió lliure basada només en fets (convivència) o en actes jurídics privats (pactes que podrien estar sotmesos al Reglament Roma I).

Queden així descartades les anomenades *parelles de fet de les comunitats autònomes que no tenen dret civil propi*, ja que no tenen tampoc un règim patrimonial o de béns. No n'és excepció la llei valenciana, que, a més, com ja sabeu, va tenir problemes de constitucionalitat.

No té sentit incloure en el Reglament les unions de parella de les comunitats autònomes que només tenen efectes en l'àmbit públic.

- h) La parella estable catalana se situa en una zona grisa

La parella estable catalana és una unió de parella legal (regulada per la llei) amb normes respecte als béns, però amb un règim exclusivament voluntari (pacte entre convivents) i sense un règim defectiu.

La remissió a la regulació del matrimoni respecte a l'habitatge familiar és una excepció, però obeeix a un interès general i de protecció de la família. I cal recordar que pot actuar respecte al nou Reglament com una norma imperativa simple (inclosa en la llei rectora del règim) o com una llei de policia del fur (tribunal que coneix del cas). I, com ja hem avançat, en aquest cas penso que l'immoble s'ha de trobar també en el fur perquè la llei de policia, d'aplicació restrictiva, pugui aplicar-se al cas concret.

- i) Queda en mans de cada estat membre la possibilitat d'oficialitzar, si ho creu convenient, les seves unions de parella

La definició d'*unió registrada* del Reglament no és exhaustiva. Queda en mans de cada estat membre la possibilitat d'oficialitzar les seves unions de parella.

De fet, en aquest punt s'ha produït una evolució en alguns estats. Per exemple, respecte al PACS francès. L'any 1999 hi havia problemes per a donar publicitat *erga omnes* a les unions homosexuals. Però, avui, el PACS ja té entrada en el Registre Civil. La conclusió és que la modificació i la dissolució s'anoten al marge de les actes de naixement del Registre Civil (art. 515-3-1 i 515-7 CC francès).

Tanmateix, és evident que si a l'Estat espanyol es pogués i es volgués donar entrada en el Registre Civil a les unions de parella de les comunitats autònomes mitjançant una anotació al marge en les actes de naixement, hauria de ser per altres motius

que el fet de quedar incloses en el Reglament europeu. La previsió significaria un canvi de model per a les parelles estables com la catalana.

- j) Els nous reglaments s'apliquen als assumptes civils amb repercussió transfronterera; és a dir, a les hipòtesis amb un element estranger

Els nous reglaments no s'apliquen als conflictes interns. Si es tracta d'una hipòtesi amb un element estranger, la qüestió de la llei aplicable es resoldrà amb el Reglament encara que es tracti d'un matrimoni d'espanyols amb diferent veïnatge civil. Si la llei aplicable és estrangera, l'article 16.3 CC queda descartat en els casos amb *repercussió transfronterera*.

En cas de remissió a un ordenament plurilegislatiu com l'espanyol, la primera solució que donen els reglaments per a resoldre el conflicte intern és examinar el que diu el sistema espanyol de dret internacional privat respecte a la qüestió (art. 16, 9.2 i 9.3 CC).

El tema es complica quan es tracta d'unions de parella, ja que el legislador estatal només preveu normes de conflicte per al matrimoni. No tenim normes de conflicte ni per a les unions registrades (llevat del Reglament) ni per a les unions lliures o les basades en la convivència. Només tenim algunes decisions de justícia que intenten fer encaixar d'alguna manera més o menys justificada les unions de fet amb les normes de conflicte existents.

- k) Les unions de parella de les comunitats autònomes (o la gran majoria) no tenen normes de conflicte *ad hoc* ni fora ni dintre del nou Reglament

El legislador espanyol, encara que té competències exclusives en la matèria, no s'ha ocupat d'establir normes de conflicte ni per als casos amb un element estranger ni per a resoldre els conflictes interns. Podríem dir que el que ha fet el legislador és adoptar els nous reglaments.

Segons el parer d'alguns autors, per a resoldre el conflicte en cas de remissió a un estat plurilegislatiu, o, també, en cas de conflicte intern, les úniques normes de conflicte que tenim són les del Reglament. Ara bé, la qüestió no pot finalitzar aquí. Caldria encara esbrinar a quines unions de parella ha d'aplicar-se (o inclou) el nou Reglament. Cal saber-ho abans de disposar de les seves normes de conflicte, perquè podria ser que les unions de parella de les comunitats autònomes (o la gran majoria) no tinguessin normes de conflicte *ad hoc* ni fora ni dintre del nou Reglament.

- l) Es podria recórrer a les solucions generals (principis generals del dret internacional privat espanyol) per a la regulació de les unions de parella que no encaixen

Podríem examinar què requereixen les unions de parella per a estar incloses en els reglaments (vegeu el punt 4), o bé si és millor que continuïn excloses i quines són les possibles solucions que es poden donar en aquest sentit. A falta de la desitjable intervenció del legislador, es podria recórrer a les solucions generals (principis generals del dret internacional privat espanyol) per a la regulació de les unions de parella que no encaixen.

Cal tenir en compte que l'anomenat *principi de l'estatut personal i familiar* regeix per la llei personal (art. 9.1 CC) les qüestions relatives a la persona i la família. La solució ens porta, en principi, a la llei de la nacionalitat o a la llei del veïnatge civil comú de l'article 16 CC. Com a punt de connexió subsidiari del sistema, cal recórrer a la llei de la residència habitual (art. 9.10 CC) comuna.

La residència habitual és una connexió que té un component fàctic i un *animus manendi* que convé especialment a les unions de parella basades en el fet de la convivència. I si el legislador intervingués, es podria recórrer al principi de proximitat i afegir com a tercera connexió de tancament la llei més estretament vinculada al cas tenint en compte totes les circumstàncies. També el principi de l'autonomia de la voluntat tindrà un paper especial en els pactes entre convivents.

JUDICIAL LAW-MAKING AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS IN EUROPEAN UNION (PRIVATE) LAW¹

Francesca Episcopo

Postdoctoral researcher

Scuola Superiore Sant'Anna (Pisa, Italy)

Abstract

This paper aims to analyze the role and legitimacy of the «principle of effectiveness» in private law adjudication at European and national level, by addressing two preliminary goals: *a)* defining the meaning and normative force of the «principle of effectiveness» in European Union (EU) law, and whether they differ from the national courts' understanding; *b)* analyzing the impact of the right to an effective remedy (art. 47 Charter of Fundamental Rights of the European Union [EUCFR]) in horizontal disputes.

By relying on the methodology offered by the philosophy of language, the paper analyzes the two major specifications of effectiveness in the Court of Justice of the European Union (CJEU) case law —«effectiveness of EU law» and «effectiveness of judicial protection»—, and critically assesses the coherence and institutional fit of each «Sprachgebrauch», as well as their interactions. It then re-conceptualizes effectiveness as an «argument» which, being essentially indeterminate, may be easily misused, to foster integration in constitutionally sensitive areas, also through private law adjudication.

The results are finally used to evaluate the impact of the principle of effectiveness on national private law, suggesting that judges shall play a strong and pro-active role in their dialogue with the CJEU, forcing the latter to second-guess and further weighting its decisions, to open up new deliberative spaces in the EU project.

Keywords: effectiveness, judicial law-making, European private law, legal reasoning and argumentation.

1. This paper was presented during the session «Comunicaciones» at the II UB International PhD in Law Conference: Personalidades Jurídicas Difusas y Artificiales, organized by the Universitat de Barcelona, with the collaboration of the Institut de Recerca TransJus, and the Càtedra Jean Monnet en Dret Privat Europeu, on 24 April 2014. I would like to thank Esther Arroyo Amayuelas for the opportunity to participate in the event, and for the valuable questions and comments from her and her colleagues.

JURISPRUDÈNCIA I PRINCIPI D'EFFECTIVITAT EN EL DRET (PRIVAT) DE LA UNIÓ EUROPEA

Resum

L'article analitza el paper i la legitimitat del principi d'efectivitat en el dret privat en l'àmbit europeu i nacional amb dos objectius preliminars: *a*) comprendre el significat i la força normativa del principi d'efectivitat en el dret europeu i si això difereix en l'aplicació de la jurisprudència dels tribunals nacionals; *b*) analitzar l'impacte del dret a un recurs efectiu (article 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea) en disputes horitzontals.

Partint de la metodologia oferta per la filosofia del llenguatge, l'article analitza les principals especificitats de l'efectivitat en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) —«efectivitat del dret europeu» i «efectivitat de la protecció judicial»— i, de manera crítica, examina la coherència i l'ajustament institucional de cada *Sprachgebrauch*, així com les seves interaccions. Successivament, l'article reconceptualitza l'efectivitat com un «argument» que, com que és essencialment indeterminat, pot ser fàcilment mal utilitzat, per a fomentar la integració en àrees constitucionalment sensibles, també mitjançant l'adjudicació de dret privat.

Els resultats són utilitzats per a avaluar l'impacte del principi d'efectivitat en el dret privat nacional, així com per a guiar el seu desenvolupament en els tribunals nacionals, i suggereixen que els jutges han d'exercir un paper fort i proactiu en el seu diàleg amb el TJUE, i han d'obligar aquest últim a suposar i ponderar més les seves decisions, a fi d'obrir nous espais en el procés deliberatiu sobre el projecte de la Unió Europea.

Paraules clau: efectivitat, jurisprudència, dret privat europeu, raonament jurídic, argumentació.

JURISPRUDENCIA Y PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN EL DERECHO (PRIVADO) DE LA UNIÓN EUROPEA

Resumen

El artículo analiza el papel y la legitimidad del principio de efectividad en el derecho privado a nivel europeo y nacional con dos objetivos preliminares: *a*) comprender el significado y la fuerza normativa del principio de efectividad en el derecho europeo y si esto difiere en la aplicación de la jurisprudencia de los tribunales nacionales; *b*) analizar el impacto del derecho a un recurso efectivo (artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) en disputas horizontales.

Partiendo de la metodología ofrecida por la filosofía del lenguaje, el artículo analiza las principales especificidades de la efectividad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) —«efectividad del derecho europeo» y «efectividad de la protección judicial»— y, de manera crítica, examina la coherencia y el ajuste institucional de cada *Sprachgebrauch*, así como sus interacciones. Sucesivamente, el artículo reconceptualiza la efectividad

como un «argumento» que, al ser esencialmente indeterminado, puede ser fácilmente mal utilizado, para fomentar la integración en áreas constitucionalmente sensibles, también mediante la adjudicación de derecho privado.

Los resultados son utilizados para evaluar el impacto del principio de efectividad en el derecho privado nacional, así como para guiar su desarrollo en los tribunales nacionales, y sugieren que los jueces deben desempeñar un papel fuerte y proactivo en su diálogo con el TJUE y obligar a este último a suponer y ponderar más sus decisiones, a fin de abrir nuevos espacios en el proceso deliberativo sobre el proyecto de la UE.

Palabras clave: efectividad, jurisprudencia, derecho privado europeo, razonamiento jurídico, argumentación.

INTRODUCTION

It is commonly appreciated that the Court of Justice of the European Union (CJEU), together with national courts, constitutes a main driver of the European integration and Constitutionalization.² However, this process raises various theoretical and practical problems, needing careful conceptualization to avoid abuse and reinforce its potentials. In this paper, the role and legitimacy of judicial law-making is analysed by focussing on one of the most fundamental instrument, which said process is carried out through, namely the «principle of effectiveness».³

Indeed, on the one hand, the principle developed by the CJEU —now enshrined in art. 19 of the Treaty of the European Union (TEU) and 47 of the European Charter of Fundamental Rights (EUCFR)— requires national judges to enforce European law, both through negative and positive interventions. On the other hand, they are constrained by fundamental principles common to the member States' constitutional traditions —separation of powers, rule of law, equality and legal certainty—, as well as by the division of competences set out in articles 4-5 TUE, often clashing with the aforementioned duties, thus sitting between a rock and a hard stone.

2. Patrick NEILL, *The European court of justice: a case study in judicial activism*, London, European Policy Forum, 1995; Alec STONE SWEET, «The European Court of Justice and the judicialization of EU governance», *Living Reviews in European Governance*, vol. 5 (2010), no. 1; Jürgen BASEDOW, «The Court of Justice and private law: vacillations, general principles and the architecture of the European judiciary», *European Review of Private Law*, vol. 18 (2010), p. 443; Hans Wolfgang MICKLITZ, «Introduction», in Hans Wolfgang MICKLITZ (ed.), *Constitutionalization of European private law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 1.

3. For an overview of the principle and its application: Takis TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 418; Dorota LECZYKIEWICZ, «Effectiveness of EU law before national courts: direct effect, effective judicial protection, and state liability», in D. ARNULL and A. CHALMERS (eds.), *Oxford handbook of European Union law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 212; Norbert REICH, *General principles of EU civil law*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 89.

In this context, the idea is sometimes suggested that the CJEU is progressively moving from an «objective» account of effectiveness, functional to the enforcement of European law as well as to the achievement of its market-centred objectives, towards a «subjective» effectiveness, paving the way for judge-made remedies that «upgrade» national laws, compensating for the legislative social deficit and improving the judicial protection of vulnerable subjects (such as consumers and employees) all over Europe.⁴ In this sense, the increasing reference to art. 47 EUCFR shall be welcomed as displaying a change in the CJEU's ideology, and as a contribution by domestic courts to the Constitutionalization of European law and the modernization of national rules.

Thus, the legitimacy of the principle of effectiveness at both the European and national level seems to rest on an ideological stance: the more one supports European integration, and considers the anti-formalist trend, as well as the judicial law-making associated with, as a source of positive harmonization and innovation, the more s/he will make effectiveness trump contrasting national and European principles and attribute to domestic courts a pro-active role in its realization.

However, framing the problem as a matter of values and ideology creates more problems than the ones it solves, as it gives no guidance on the practical use of the principle of effectiveness, leaving domestic courts to solve the matter in a heterogeneous and therefore unworkable way, possibly though solutions unsupported by neither national law, nor European law itself.

My claim is that the *impasse* may be untangled, once tackled from a different perspective. Indeed, this deadlock is determined by the tendency to read European norms as akin to national constitutional principles, and to mould their effects

4. Hans Wolfgang MICKLITZ, «The ECJ between the individual citizen and the member states – A plea for a judge-made European law on remedies», in Hans Wolfgang MICKLITZ and Bruno DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 347; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, no. 2, p. 90; Chantal MAK, «Rights and remedies. Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters», in Hans Wolfgang MICKLITZ (ed.), *Constitutionalization of European private law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 236; Anna VAN DUIN, «Metamorphosis? The role of article 47 of the EU charter of fundamental rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC», *Journal of European Consumer and Market Law*, no. 6 (2017), p. 190. In Italian scholarship, this thesis is most famously sustained by Giuseppe VETTORI, «Effettività delle tutele civili (diritto civile)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. 10, *Annali*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 381.

The distinction between objective and subjective effectiveness is expressly mentioned in Paolisa NEBBIA, «The double life of effectiveness», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 8 (2007), p. 287-288; D. LECZYKIEWICZ, «Effectiveness of EU law before national courts: direct effect, effective judicial protection, and state liability», p. 214, n. 8; Stefano PAGLIANTINI, «Principio di effettività e clausole generali: il canone “armonizzante” della corte di Giustizia», in Salvatore MAZZAMUTO and Luca NIVARRA (eds.), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 81 and 103.

accordingly.⁵ On the contrary, a comparative perspective shall be adopted, as to make sure that their peculiar features are taken into consideration, highlighting the need to adjust and alter them before their national reception. In order to identify under which conditions the principle of effectiveness may be legitimately used by the CJEU, and to what extent national judges shall contribute to its realization, we first need to have a clear picture of said principle at the European level.

2. UNDERSTANDING EFFECTIVENESS: AN ANALYTICAL INQUIRY INTO THE CJEU'S *LINGUISTIC USES* AND THEIR RELATIONSHIPS

The references to «effectiveness» in European law are so numerous and heterogeneous, that it is difficult to pinpoint exactly what it means, and what it is used for. However, by relying on the methodological tools offered by the philosophy of language, it is possible to reconstruct the composite framework of meanings attributed to it, identifying the relevant *linguistic uses*⁶ within the CJEU case law.

5. In Italy, for example, it is common among both judges and scholars to consider the «principle of effectiveness» as corresponding to the constitutional principle enshrined in art. 24 of the Italian Constitution, which reads: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». See: Cass. Civ., Sez. III, 17 september 2013, no. 21255 (2013), *Foro italiano* I, 3121: «Da qui, la necessità di partire dalla ricerca del profondo e decisivo significato del principio di effettività, rettammente inteso, nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, come diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, univa, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato [...]. Il diritto ad una tutela effettiva è, in ultima analisi, la facoltà «di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato, dovendosi interpretare la norma costituzionale sull'(inviolabile) diritto alla tutela giurisdizionale non solo seguendo l'itinerario di pensiero indicato dalle sentenze della Consulta [...], ma anche alla luce del più generale contesto rappresentato dall'ordinamento internazionale che quella norma integra [...], ordinamento nel quale il moltiplicarsi di accenni sul diritto al rimedio effettivo che emerge dalla lettura degli artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, 13 della Convenzione dei diritti dell'Uomo (stante l'interpretazione offertane dalla Corte di giustizia già a far data della sentenza Johnston del 1986) e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e oggi del Trattato di Costituzione Europea, è indicativa del fatto che quello alla tutela giurisdizionale non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela». See also G. VETTORI, «Effettività delle tutele civili (diritto civile)», n. 3.

6. «For a large class of cases of the employment of the word 'meaning' —though not for all— this word can be explained in this way: the meaning of a word is its use in the language»: Ludwig WITGENSTEIN, *Philosophical investigations*, Cambridge, Blackwell, 1974, § 43. Under this view, when investigating meaning one must “look and see” the variety of uses to which the word is put, just if it were a tool in a toolbox; since the «functions of words are as diverse as the functions of these objects», one shall not theorize upon meaning but rather describe its uses as part of specific activities («language-games»; see n. 47).

2.1. EFFECTIVENESS AS AN INDETERMINATE CONCEPT

Effectiveness is not a self-standing concept, but rather an «incomplete symbol»:⁷ it represents the conceptualization of a given property, which the speaker attributes to an object. Furthermore, effectiveness has no unique and definite meaning, being an *intrinsically indeterminate* term.⁸

More specifically, effectiveness is *ambiguous*, since its denotation depends on the context where the term is used, as well as on the entity it is attributed to.⁹ For example, a first-order norm constitutes a reason for action,¹⁰ thus is effective if concretely applied in a given system by private individuals and by the officials in charge of sanctioning its violation, regardless of whether said effectiveness is achieved mostly through first-order or second-order compliance.¹¹ On the contrary, a second-order norm —such as that prescribing a remedy against the violation of a first-order norm— makes good for a wrong caused by the deviant behaviour, and is *ab imis* functionally oriented: in order for a remedy to qualify as effective, it is not sufficient that the addressees of the second-order norm apply it, as the remedy must prove adequate in achieving the result it was set for. Mere norm-compliance is not enough; teleological efficacy is required.

Yet, even if we narrow it down to one specific referent, a major degree of indeterminacy remains. For example, does only absolute compliance make a norm effective, or is a certain level of non-compliance tolerated? If so, at which degree of non-compliance does the norm cease being effective? The difficulty in answering these questions derives from two additional forms of indeterminacy that characterize effectiveness, namely, vagueness and contestability. Effectiveness is *vague*, because its semantic boundaries are physiologically undetermined, being «there [...] cases, actual or possible, in which one does not know whether or not to apply an expression or rather to withhold it»;¹² it is also *essentially contestable*, because different subjects

7. Bernard RUSSELL, «On denoting», *Mind New Series*, no. 56 (1905), p. 479.

8. Thomas ENDICOTT, *Vagueness in law*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Jeremy WALDRON, «Vagueness in law and language: some philosophical issues», *California Law Review*, no. 82 (1994), p. 509.

9. J. WALDRON, «Vagueness in law and language: some philosophical issues», p. 512.

10. The aforementioned distinction between first-order and second-order is developed by Norberto BOBBIO, «Norme primarie e norme secondarie», in Tommaso GRECO (ed.), *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 149. With a similar meaning, despite with the opposite denomination: Hans Kelsen, *General theory of law and the state*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1945.

11. H. Kelsen, *General theory of law and the state*, p. 70: «[...] though the efficacy of law is primarily its being applied by the proper organ, secondarily its efficacy means its being obeyed by the subjects».

12. Paul GRICE, *Studies in the way of words*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989, p. 177. On this matter, see also Dominic HYDE and Diana RAFFMAN, «Sorites Paradox», in Edward ZALTA (ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*, summer 2018 edition, available online at <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/sorites-paradox/>> (access: june 8, 2019).

conceive different meanings of it, precisely because attributing the property of effectiveness constitutes a normative judgment, which in turn depends on the ideology each subject adheres to.¹³

All said forms of indeterminacy offer useful insights on the role and legitimacy of effectiveness in European (private) law (§ 3). For the moment, however, we will focus on the corollaries of its *ambiguity*. Since it makes no sense to consider what effectiveness means in abstract terms, we shall understand what it means that some entity is (or shall be) effective, which in turn begs for the identification of the relevant referents. What, then, does the CJEU attribute the property of «being effective» to?

2.2. THE LINGUISTIC USES OF EFFECTIVENESS IN THE CASE LAW OF THE CJEU

Within the Court's case law, two major specifications can be identified, having played a fundamental role in shaping the institutional architecture of the European Union, as well as the rights and obligations private parties hold *vis à vis* public and private subjects alike: «effectiveness of European law and European norms», and «effectiveness of judicial protection».¹⁴

Effectiveness of European law and European norms has been pivotal in order to create the doctrine of direct effect¹⁵ and those complementing it—the «quasi-horizontal direct effect»,¹⁶ the «incidental direct effect»,¹⁷ the «duty of consistent interpretation»¹⁸ and the «*effet utile* of direct effect»—,¹⁹ as well as to expand the scope of application of both.

Effectiveness of judicial protection has been applied to review member States' procedural autonomy, by requiring that the exercise of European-based rights is not made «practically impossible or excessively difficult» (*Rewe-effectiveness*),²⁰ while, being recognized as a general principle (*Johnston-effectiveness*) and a fundamental

13. J. WALDRON, «Vagueness in law and language: some philosophical issues», p. 513.

14. See n. 2.

15. C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos *versus* Netherlands Inland Revenue Administration, [1963] ECLI:EU:C:1963:1, par. 13.

16. C-36/74 B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch *versus* Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wierlen Unie e Federación Española de Ciclismo, [1974] ECR 1405.

17. C-443/98 Unilever Italia SpA *versus* Central Food SpA, [2000] ECR I-7535.

18. C-14/83 Sabine Von Colson and Elisabeth Kamann *versus* Land Nordrhein-Westfalen, [1984] ECR 1981.

19. C-453/99 Courage Ltd. *versus* Bernard Crehan and Bernard Crehan *versus* Courage Ltd. and Others, [2001] ECR I-6297.

20. C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG *versus* Landwirtschaftskammer für das Saarland, [1976] ECR 1989; C-45/76 Comet B.V. *versus* Produktschap voor Siergewassen, [1976] ECR 2043.

right (art. 47 EUCFR), it was extended to bind national rules falling within the scope of European law²¹ as well as the acts adopted by European institutions.²² In this second meaning —as general principle and fundamental right— effectiveness has been claimed to allow the judicial development of remedies that «upgrade» national legislations and increase the social engagement of European law.²³

2.3. RELATIONSHIPS AND INTERACTIONS AMONG THE DIFFERENT USES OF EFFECTIVENESS

Such framework may appear neat and clear-cut, with the two types of effectiveness being expressed in a series of different standards, and the increasing reference to the principle of effective judicial protection and art. 47 EUCFR expressing a new personalist-oriented approach in the Court's judicial ideology. In practice, however, this picture has extremely blurred lines: all said specifications are correlated in complex ways, while the evolution in the CJEU case law may prove less significant than it appears.

The Rewe-Comet test, for example, is often associated with the *Johnston-effectiveness* and art. 47 EUCFR, but it is unclear how the relationship among them is shaped. Despite some structural differences,²⁴ they are all used as standards against which to perform an indirect judicial review of national legislation, whenever European-based rights do not receive effective judicial protection. Moreover, the CJEU either refuses to articulate the relationship they entertain with one another, or does so in inconsistent and contradictory terms.²⁵ In *Unibet*²⁶ and *Impact*²⁷ it outlines the Rewe-

21. C-222/84 *Marguerite Johnston versus Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [1986] ECR I651.

22. T-315/01 *Yassin Abdullah Kadi versus Council of the European Union and Commission of the European Communities*, [2005] ECR II-03649.

23. See n. 3.

24. Sacha PRECHAL and Rob WIDDERSHOVEN, «Redefining the relationship between “Rewe-effectiveness” and effective judicial protection», *Review of European Administrative Law*, no. 4 (2011), p. 51 and 38ff.

25. On this matter: Sacha PRECHAL and Rob WIDDERSHOVEN, «Redefining the relationship between “Rewe-effectiveness” and effective judicial protection»; Jasper KROMMENDIJK, «Is there light on the horizon? The Distinction between “Rewe Effectiveness” and the principle of effective judicial protection in article 47 of the charter after *Orizzonte*», *Common Market Law Review*, no. 53 (2016), p. 1395; Anna VAN DUIN, «Metamorphosis? The role of article 47 of the EU charter of fundamental rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC», p. 190.

26. C-432/05 *Unibet (London) Ltd. and Unibet (International) Ltd. versus Justitiekanslern*, [2007] ECR I-2271, par. 42-3, 64, 83.

27. «Those requirements of equivalence and effectiveness, which embody the general obligation on the Member States to ensure judicial protection of an individual's rights under Community law, apply

test as an expression of the broader *Johnston-effectiveness*, so that a violation of the former equals a breach of the latter. In *Mono Car Styling*²⁸ and *Alassini*²⁹ it claims that even if the *Rewe*-test is passed, national laws still need to meet the standard of effectiveness of judicial protection identified by the CJEU or by the EUCtHR pursuant to art. 6 and 13 of the Charter. In *DEB*,³⁰ the Court operates a direct shortcut, reformulating the preliminary question pertaining to the *Rewe-effectiveness* as related to the respect of art. 47 EUCFR. With a still different approach, in *Orizzonte*³¹ it recognizes the *Rewe-Comet* test as «impl[ying] a requirement of judicial protection, guaranteed by Article 47 of the Charter», entrusting it with the resolution of the question, and reversing the *genus ad speciem* relationship identified in *Unibet* and *Impact*.

Even within a narrower cluster of cases —those triggered by the application of the Unfair Contractual Terms Directive—³² the interaction between the *Rewe-effectiveness*, the *Johnston-effectiveness* and art. 47 EUCFR is equally muddled. In *Aziz*³³ art. 47 EUCFR is not mentioned, while in *Kušionová*³⁴ the CJEU states that «[i]n view of the fact that the first three questions [...] seek to determine the level of protection afforded to consumers and the judicial remedies available to the latter, [art. 47] should be included amongst the European Union legal instruments which the referring court seeks to have interpreted by the Court», but, in the end, it relies on the traditional *Rewe-effectiveness*, and uses art. 47 EUCFR neither to interpret the directive, nor to alter the structural or qualitative assessment of the *Rewe*-test.

equally to the designation of the courts and tribunals having jurisdiction to hear and determine actions based on Community law. A failure to comply with those requirements at Community level is —just like a failure to comply with them as regards the definition of detailed procedural rules— liable to undermine the principle of effective judicial protection»: C-268/06 *Impact versus Minister for Agriculture and Food, Minister for Arts, Sport and Tourism, Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Foreign Affairs, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Transport*, [2008] ECR I-2483, par. 47-8.

28. C-12/08 *Mono Car Styling SA in liquidation versus Dervis Odemis and Others*, [2009] ECR I-6653, par. 46ff.

29. Joint cases C-317/08 *Rosalba Alassini versus Telecom Italia SpA*, C-318/08 *Filomena Califano versus Wind SpA*, C-319/08 *Lucia Anna Giorgia Iacono versus Telecom Italia SpA*, C-310/08 *Multiservice Srl versus Telecom Italia SpA*, [2010] ECLI:EU:C:2010:146.

30. C-279/09 *Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH versus Bundesrepublik Deutschland*, [2010] ECR I-13849, par. 33.

31. C-61/14 *Orizzonte Salute - Studio Infermieristico Associato versus Azienda Pubblica di Servizi alla persona San Valentino - Città di Levico Terme and Others*, [2015] ECLI:EU:C:2015:655, par. 48-50.

32. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95/29.

33. C-415/11 *Mohamed Aziz versus Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, [2013] ECLI:EU:C:2013:164.

34. C-34/13 *Monika Kušionová versus SMART Capital, a.s.*, [2014] ECLI:EU:C:2014:2189, par. 45.

Finally, in Pohotovost',³⁵ Sánchez Morcillo I³⁶ and Sánchez Morcillo II³⁷ —where the issues at hand pertain, respectively, to «articles 6 to 8 of Council Directive 93/13/EEC [...], *in conjunction with* Articles 38 and 47 of the Charter» and «article 7(1) of Directive 93/13, *read in conjunction with* Articles 47 [...] of the Charter» the Rewe-test and art. 47 EUCFR are presented as two essentially intertwined standards leading, almost by definition, to the same result; thus, this correlation radically distinguishes itself from the two-pronged approach seen in Alassini and Mono Car Styling,³⁸ as well as from the *genus as speciem* relationship displayed, despite in opposite terms, in Unibet/Impact and Orizzonte.

2.4. LEGAL DISCOURSES: THE INTERACTION BETWEEN THE OBJECTIVE AND THE SUBJECTIVE DIMENSIONS OF EFFECTIVENESS

With such a complex framework, mere reference to the *linguistic uses* is insufficient to grasp the meaning and significance of effectiveness in European private law, let alone the conditions for its legitimacy. To solve the problem, we may try to further classify said *uses* according to the function they perform, by identifying which *legal discourse* they fall within.

Indeed, the concept of effectiveness is normally connected to a series of fundamental questions: the definition of law (LD 1), the conditions for the existence and validity of legal norms (LD 2), as well as those of legal systems themselves (LD 3), and the legal protection granted to legal subjects (LD 4).³⁹ Although said issues may seem of mere theoretical and abstract relevance, they underpin all the legal matters which courts are normally called upon to decide. For example, the CJEU relies on effectiveness to: (i) determine the factual elements to be regulated, regardless of their national formal qualification, and rather focussing on the «effect» that they have on the European legal system (LD 1);⁴⁰ (ii) develop a notion of substantive, rather than

35. C-470/12 Pohotovost' S.R.O. *versus* Miroslav Vašuta, [2014] ECLI:EU:C:2014:101, par. 36 (emphasis added).

36. C-169/14 Juan Carlos Sánchez Morcillo and María del Carmen Abril García *versus* Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, [2014] ECLI:EU:C:2014:2099, par. 47-8 (emphasis added).

37. C-539/14 Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García *versus* Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, [2015] ECLI:EU:C:2015:508, par. 46 (emphasis added).

38. C-470/12 Pohotovost' s. r. o. *versus* Miroslav Vašuta, par. 46-51, 53-56.

39. Please allow reference to Francesca EPISCOPO, «Principio di effettività e diritto giurisprudenziale nell'ordinamento europeo», in Emanuela NAVARRETTA (ed.), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 187.

40. In the case Fra.bo, for example, the Court considers a certifying company as subject to the obligations deriving from articles 28-37 TFEU, despite not qualifying as a public subject —not even on the ground of the *Foster* doctrine (C-188/89, *Foster and other versus British Gas Plc.*, [1990] ECR I-3313)—

formal validity, so that European norms —just as the European legal order itself— is deemed existent and valid only if complied with by other subjects of law, both at the international and the national level (LD 2 and LD 3); and (iii) to protect individuals, by granting them specific European-based entitlements, and by providing them with tailored-made remedies, or ensuring that they are protected by national non-harmonized laws (LD 4).

Yet, again, it is impossible to retrieve a one-to-one relationship between *linguistic uses* and *legal discourses*,⁴¹ since each specification seems to answer to all the different matters which the discourses mentioned above pertain to. In the leading cases *Van Gend en Loos*, *Costa and Simmenthal*, for example, the doctrine of direct effect is affirmed by saying that «every national court must, in a case within its jurisdiction, *apply Community law in its entirety and protect the rights which the latter confers on individuals* and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the Community rule».⁴² By allowing European citizens to directly rely on a European norm before national courts, obtaining the recognition of the entitlement they derive from it, or merely excluding the application of national rules incompatible with the latter,⁴³ the Court ultimately ensures the effectiveness of European rules, and that of the European legal system itself.

In this sense, the «objective» and the «subjective» dimensions of effectiveness (the former being connected to LDs 1, 2 and 3, the latter to LD 4) have always been used to enforce European law, by concretizing European-based subjective rights through remedies that go beyond relevant legislation, raising private parties and national judges to private attorneys' general of European law, and promoting substantive as well as procedural harmonization.⁴⁴ Back to *Francovich*, the Court affirmed the States' liability for breach of European law claiming that «the national courts whose task it is to apply the provisions of Community law in areas within their jurisdiction *must ensure that those rules take full effect and must protect the rights which*

precisely because its activity «has the effect of restricting the marketing of products which are not certified by that body», C-171/11 *Fra.bo Spa versus Deutsche Vereinigung des gas- und Wasserfaches eV (DVGW) - Technisch-Wissenschaftlicher Verein*, [2012] ECLI:EU:C:2012:453, par. 28 ff.

41. Eugen EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munich; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.

42. C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato versus Simmenthal SpA*, [1978] ECR 629, par. 21 (emphasis added). See also C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos versus Netherlands Inland Revenue Administration*, 13; C-6/64 *Flaminio Costa versus Enel*, [1964] ECLI:EU:C:1964:66, par. 595.

43. On the distinction between substitutive and exclusionary direct effect, see Michael DOUGAN, «When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy», *Common Market Law Review*, no. 44/4 (2007), p. 931.

44. F. EPISCOPO, «Principio di effettività e diritto giurisprudenziale nell'ordinamento europeo», no. 38, p. 204 ff.

*they confer on individuals».*⁴⁵ In all the cases pertaining to procedural autonomy, the *Rewe*-test requires domestic law not to make the exercise of the rights attributed to the individual by Community law impossible or excessively difficult. Likewise, art. 47 EUCFR structures the right to effective remedy as a necessarily «ancillary» entitlement: its application is triggered by the violation of «those rights and freedoms guaranteed by the law of the Union», by definition backing up the effective enforcement of European-based rights and of European law itself.⁴⁶

This consideration has a fundamental bearing on the evaluation of the CJEU's increasing use of art 47 EUCFR. Indeed, one may question whether the growing reference to art. 47 EUCFR really means that the Court is more involved with the protection of individual rights, or if it merely fits within the constant interaction between the subjective and objective effectiveness, as a means of decentralized enforcement of European law. Indeed, the analysis conducted so far already shows that, at least in the area of consumer and employment law, the legal protection achieved by referring to Johnston *effectiveness* and art. 47 EUCFR is largely fungible with that granted by the traditional *Rewe-effectiveness*, or even the primacy of European law. In Sánchez I, for example, the Court refers to the Johnston-*effectiveness* and art. 47 EUCFR in combination with the *Rewe-effectiveness*, but no significant shift in the overall judgment derives from that. Likewise, *Francovich* and *Factortame* demonstrate that the creation of new remedies, either through negative or positive integration, may be achieved by relying on instruments such as the *Rewe-effectiveness* or the *effet utile* of direct effect, which are traditionally associated with ensuring the structural primacy and effectiveness of European law, rather than judicial protection, taken as an axiological principle.⁴⁷

This consideration begs for a critical evaluation of use of effectiveness in European private law. If different uses of effectiveness are intrinsically connected with one another and perform similar and complementary functions, what does the increasing use of art. 47 EUCFR *really* stand for? If there are no conclusive reasons to choose among the various forms of effectiveness, how can we grasp the meaning of the so

45. Joint cases C-60/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and others versus Italian Republic*, [1991] ECR I-5357, par. 32.

46. See, for example: C-539/14 *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García versus Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, par. 43 ff: «However, it must be borne in mind in that regard that the scope of Directive 93/13 is limited to the protection of consumers against unfair terms in contracts which they enter into with sellers and suppliers. Therefore, issues arising from the fact that, under the national legislation at issue, consumers do not have the right to bring an appeal against a decision rejecting their objection based on grounds other than the unfairness of the contractual term which forms the basis of the enforcement order does not fall into the scope of that directive, and is therefore not liable to jeopardise the effectiveness of consumer protection which by the directive seeks to provide».

47. On the distinction between structural and axiological principles: T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, p. 3.

called principle of effectiveness, and set the conditions for its legitimate use by the CJEU and national courts?

3. RETHINKING EFFECTIVENESS IN EUROPEAN (PRIVATE) LAW: DOING THINGS WITH WORDS

Reference to *linguistic uses* and *legal discourses* proved on its own insufficient to understand how and when effectiveness operates legitimately. Yet, it shed light on the inconsistencies and unclarity in the CJEU's case-law, elevating the complex correlation among its different specifications, as well as the confusion deriving therefrom, to self-standing objects of inquiry, suggesting a way out of the fly-bottle.

Since no insights on the legitimacy and normative force of effectiveness may be derived directly from its meaning—which remain elusive—we shall broaden the picture, and ask ourselves which kind of *Sprachspiel*⁴⁸ effectiveness is deployed for. Once seen as a tool employed to perform a specific activity, we could identify the conditions for its correct use indirectly, i.e. from the rules governing the activity itself.

In this perspective, all *linguistic uses*—whatever the context—represent *decision-making, hermeneutical and justifying canons*: when faced with controversial legal issues, the CJEU uses effectiveness as (a) the reason for adopting the desired solutions, (b) the hermeneutical directive for defining the meaning of European norms, to achieve the intended results, as well as (c) the external justification explaining the process leading to said decisions, and proving its correctness. Since deciding, sense-attributing and justifying are different expressions of the same phenomenon, effectiveness shall thus be understood as part of an *interpretative practice*.

A comprehensive review of the different theories on the interpretation of European law goes beyond the province of this paper. For the sake of the argument, it is sufficient to recall that European law lacks positive rules on its interpretation, and the CJEU was left to develop its own parameters and techniques, both as far as norm-interpretation and precedents-following are concerned.⁴⁹ Despite unsystematic, said

48. The term *Sprachspiel* (language-game) is used by Wittgenstein to designate elementary forms of language, «consisting of language and the actions into which it is woven» and was intended «to bring into prominence the fact that the speaking of language is part of an activity, or a form of life», which gives language its meaning: L. WITTGENSTEIN, *Philosophical investigations*, § 23.

49. On precedent following, see Marc JACOB, *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice. Unfinished business*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Within the vast literature on the interpretation and legal reasoning of the CJUE, see Hjalte RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice: A comparative study in judicial policymaking*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 1986; Joxerramon BENGOTXEA, *The legal reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1993; Gerard CONWAY, *The limits of legal rea-*

tools are traditionally considered as valid second-order norms, precisely because they are effectively used by the Institution entrusted with the interpretative monopoly of European law, and ensure the highest level of integration. In the aftermath of Rasmussen's *On law and policy*,⁵⁰ a debate spread on the legitimacy of said approach, with a raise of normative claims advocating for a structured hermeneutic, capable of performing a serious external review on the Court's case law.⁵¹ In particular, it has recently been claimed that the CJEU should be bound by literal and originalist means of interpretation over dynamic ones, thus elaborating a hierarchy of interpretative criteria, which could ensure correct and predictable adjudication, as well as the respect of the principles of democracy, rule of law and separation of power.⁵²

However, absence of specific interpretation-directive rules does not necessarily lead to totally unverifiable practices and results; on the contrary, it merely requires judicial-interpretation to be qualified according to its essential nature of practical moral discourse, whose correctness depends on the rationality of the underlying argumentation.⁵³

If this is true, then —putting the traditional qualification of «general principle» into brackets— effectiveness shall first and foremost be qualified as an *argument*, and the normative theory for its legitimacy shall be constructed accordingly.

By relying on the studies on practical reasoning and argumentation, we may say that, within a given discourse, an argument is correctly used when the following basic conditions are met: (a) when it is clear (i.a) what its meaning is and (i.b) what relationship the latter entertains with the claim it is supposed to justify, and (b) when the premises on which it is based are accepted by the audience.⁵⁴

From the analysis conducted so far, it seems that the aforementioned standards of correctness are not always present in the Court's jurisprudence. Indeed, effective-

soning and the European Court of Justice, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; Gunnar BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

50. Hjalte RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice: A comparative study in judicial policymaking*.

51. See n. 48. For an overview, see Michael BOBEK, «Legal reasoning of the Court of Justice of the EU», *European Law Review*, no. 39 (2014), p. 418.

52. Gerard CONWAY, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 273 ff.

53. Jerzy WROBLEWSKY, «Legal decision and its justification», *Logique & Analyse*, no. 14 (1971), p. 409.

54. Chaim PERELMAN and Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958; Stephan TOULMIN, *The uses of arguments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1964; Jerzy WROBLEWSKY, «Legal decision and its justification»; Robert ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Berlin, Suhrkamp, 1983; Paul RICOER, «Interpretazione e/o argomentazione», *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*, no. 77 (1996).

ness appears as a *rhetorical argument*, used to persuade its audience about the opportunity and acceptability of its decisions,⁵⁵ rather than to ensure their legal exactness.

Firstly, given the complex interaction among its various specifications, effectiveness is used to present solutions adopted to enforce European law, as if they were exclusively or predominantly aimed at ensuring the protection of subjective rights and freedoms. Indeed, the increasing reference to art. 47 EUCFR in consumer law as an argument *ad abundantiam* may constitute an expression of this tendency (§ 2.3). However, even *linguistic uses* normally associated to the effectiveness of European law—such as the direct effect or its *effet utile*—may be portrayed as pertaining to the effectiveness of judicial protection, exploiting the *family resemblance* that the various uses of effectiveness share with one another.⁵⁶

Secondly, if national courts do not grant effective remedies against the violation of European-based rights, regardless of the public or private nature of the wrongdoer, then the refusal to grant the requested protection may violate an additional entitlement, i.e. the fundamental right to an effective remedy, which, according to the Court's statement in Egenberger, has direct effect and needs no further implementation.⁵⁷ By relaying on said right, as well as the correlative duty to grant effective judicial protection, the CJEU may turn horizontal disputes into vertical ones, thus circumventing the peculiarities and restraints that the horizontal nature of the case would require. This may happen whenever the Court makes a selective use of effectiveness, leading to an asymmetric management of the dispute at stake.⁵⁸ If effectiveness of judicial protection is to be considered as an autonomous entitlement with its own constitutional relevance—not being merely complementary to the objective dimension of effectiveness—, then it should apply to all the legal situations involved. Pursuant to art. 47 EUCFR, «every individual whose rights and freedoms guaranteed by European law are violated has the right to an effective remedy before a judge, in compliance with the conditions set forth in this article»; taken seriously, said right shall also cover one's interest not to be imposed new obligations due to an activist

55. Chaim PERELMAN and Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, p. 26 ff.

56. In Wittgenstein's theory, family resemblance constitutes «a complicated network of similarities overlapping and criss-crossing», exhibiting the lack of boundaries among different uses of the same concept: L. WITTGENSTEIN, *Philosophical investigation*, § 66.

57. «Article 47 of the Charter on the right to effective judicial protection is sufficient in itself and does not need to be made more specific by provisions of EU or national law to confer on individuals a right which they may rely on as such»: C-414/16 Vera Egenberger *versus* Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, [2018] ECLI:EU:C:2018:257, par. 78.

58. For an example of asymmetric management of the interests at stake, see C-438/05 International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union *versus* Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti, [2007] ECR I-10779; Emanuela NAVARRETTA, «Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici», *Rivista di Diritto Civile*, vol. 61, no. 4 (2015), p. 878.

interpretation on the applicability of direct effect, especially when —as in *Dansk Industri*— the right at stake could find adequate satisfaction through different remedies, e.g. by relying on State liability.⁵⁹

Furthermore, effectiveness constitutes the *ratio* underlying different doctrines and legal tools, which may be easily used in combination with one another: (a) the direct effect is necessary to ensure the effectiveness of both European law and judicial protection;⁶⁰ (b) the *effet utile* of direct effect extends its application, for example including private parties among the addressees of the obligations imposed by European law,⁶¹ or creating new remedies, such as compensation for breach of anti-trust rules;⁶² (c) the *Rewe-effectiveness* requires national procedural autonomy not to make the exercise of European-based rights and freedoms impossible or excessively difficult;⁶³ (d) finally, according to the dominant view, *Johnston-effectiveness* and art. 47 EUCFR require domestic judges to further «upgrade» national remedies to ensure adequate protection to European-based rights. If said instruments are used together, without acknowledging that they are all designed to ensure the effectiveness of European law and the judicial protection of the rights and freedoms deriving therefrom, they ultimately shift the balance between the interests of the Union and those of the member States, obtaining an incremental integration of European law.⁶⁴

Lastly, the more the determination of its meaning is treated as a premise, subtracting it from the burden of justification, the more effectiveness may be perceived as a state of fact, rather than as a vague and essentially contestable normative standard. The clash between effectiveness and national procedural autonomy enshrined in the *Rewe-Comet* test is paradigmatic of this process: invoking an unspecified need for effectiveness, especially when the asserted obstacles to the exercise of European-based rights are marginal, or due to the subject's failure to care for his own interests,⁶⁵ the

59. C-441/14 *Dansk Industri* (DI), acting on behalf of *Ajos A/S versus Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, [2016] ECLI:EU:C:2016:278, par. 42-43.

60. C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos versus Netherlands Inland Revenue Administration*.

61. C-415/93 *Union royal belge des sociétés de football association ASBL versus Jean-Marc Bosman*, [1995] ECR I-4921, par. 83-84.

62. C-453/99 *Courage Ltd. versus Bernard Crehan and Bernard Crehan versus Courage Ltd. and Others*.

63. C-557/12 *Kone AG and Others versus ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] ECLI:EU:C:2014:1317, par. 32-7.

64. Matej ACCETTO and Stefan ZLEPTNIG, «The principle of effectiveness: rethinking its role in community law», *European Public Law*, no. 11 (2005), p. 375.

65. For cases in which claimants ask national to compensate for a procedural omission on the part of a consumer who is unaware of his rights, or fails to formulate its requests accordingly, see C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL versus Cristina Rodríguez Nogueira* [2009] I-09579 (where the Court, indeed, considered the time-limit consistent with the principle of effectiveness, since it was not in itself likely to

Court may present its interventions as mere application of value-neutral and technical rules, whereas they reflect discretionary choices on the degree of realization of the norm in question, altering the interplay between European and national law, as well as between judicial and legislative harmonization.

To sum up, the use of an indeterminate concept such as «effectiveness» as a decision-making and argumentative canon may lead to easy misunderstandings, and covertly steer the conflict between institutional interlocutors, moved by essentially different interests. Not addressing the question of why, how, and to what extent something—a rule, a remedy—must be made effective, the Court presents its decisions as the outcome of a necessary interpretative procedure, immanent to European law; yet, the alternative is not between effective and non-effective rights, as the Court seems to suggest, but among different *measures* of effectiveness. Meanwhile, adopting a language attributable to the individual rights talk, it selects its justificatory reasons—e.g. forms of «subjective» instead of «objective» effectiveness—as to promote the integration and construction of European law while persuading the interlocutors of the opportunity of its decisions, in a system where the precarious balance between different legal sources makes legitimization and acceptance converge.

4. CONCLUSIONS. ESCAPING THE LOOSE-NORMATIVE CONUNDRUM

Through a series of argumentative twists and turns, the Court expands its competences against member States and other European Institutions, to foster integration in constitutionally sensitive areas, also through private law adjudication. However, according to the principle of democracy, such practice may be accepted when sustained by a pre-existing consensus, but is less acceptable when new adhesion is needed, and in the long run may weaken the political Union. According to a theory of justice in private law matters, the conditions of legitimacy of judicial law-making need to be re-conceptualized, also questioning the unconstrained regulatory dimension attributed to horizontal cases by the CJEU.

These considerations shed a new light on the national implementation of the so called principle of effectiveness of European law. In general, national judges shall perform a strong and pro-active role in their dialogue with the CJEU, forcing the latter

make it virtually impossible or excessively difficult to exercise any rights which the consumer derives from Directive 93/13, par. 47-50); C-32/12 Soledad Duarte Hueros *versus* Autociba SA and Automóviles Citroën España SA, [2013] ECLI:EU:C:2013:637 (on the non-necessity of the ex officio power of national court to grant price reduction in case on non-conformity of goods, see Opinion of Advocate General Kokott, [2013] ECLI:EU:C:2013:128, par. 47 ff).

to second-guess and further weight its decisions, in order to open up new spaces in the deliberative process on the European project. Moreover, understanding the rhetorical dimension of effectiveness may help identifying to what extent national judges shall consider themselves bound to it. If —regardless of the version in which it manifests itself— effectiveness operates as a predominantly structural principle,⁶⁶ aimed at guaranteeing the maximum realization of European law, then judges shall not directly and autonomously contribute to its realization; for example, they shall not modify, via judicial corrective interpretation aiming at fostering their *effet utile*, directives that have been correctly transposed, because this would amount to alter the choices legitimately made by the national legislator. On the contrary, when effectiveness functions as an axiological principle, courts should try to implement it, seeking, by means of institutional dialogue,⁶⁷ to adjust it with national values of solidarity and justice, pursuant to the maximization of fundamental rights' legal protection. However, when doing so, they would be acting on the basis of a «national» account effectiveness. The potentials and limits of this domestic dimension of effectiveness shall constitute the next object of investigation of this research.

5. BIBLIOGRAPHY

- ACCETTO, M.; ZLEPTNIG, S. «The principle of effectiveness: rethinking its role in community law». *European Public Law*, no. 11 (2005), p. 375.
- ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Berlin: Suhrkamp, 1983.
- BASEDOW, J. «The Court of Justice and private law: vacillations, general principles and the architecture of the European judiciary». *European Review of Private Law*, no. 18 (2010), p. 443.
- BECK, G. *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- BENGOETXEA, J. *The legal reasoning of the European Court of Justice. Towards a European jurisprudence*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1993.
- BOBBIO, N. «Norme primarie e norme secondarie». In: GRECO, T. (ed.). *Studi per una teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 2012.

66. T. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, p. 3.

67. C-105/14 Criminal proceedings *versus* Ivo Taricco and Others, [2015] ECLI:EU:C:2015:555; C-42/17 Criminal proceedings *versus* M.A.S. and M.B., [2017] ECLI:EU:C:2017:936; C-42/17 Criminal proceedings *versus* M.A.S. and M.B., [2018] ECLI:EU:C:2017:936; Corte Costituzionale, ordinanza n. 24/2017, ECLI:IT:COST:2017:24; Corte Costituzionale sentenza 115/2018, ECLI:IT:COST:2018:115.

- BOBEK, M. «Legal reasoning of the Court of Justice of the EU». *European Law Review*, no. 39 (2014), p. 418.
- DOUGANÇ, M. «When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy». *Common Market Law Review*, no. 44/4 (2017), p. 931.
- EHRlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Munich; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913.
- ENDICOTT, T. *Vagueness in law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- EPISCOPO, F. «Principio di effettività e diritto giurisprudenziale nell'ordinamento europeo». In: NAVARRETTA, E. (ed.). *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno*. Torino: Giappichelli, 2017.
- GRICE, P. *Studies in the way of words*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1989.
- HYDE, D.; RAFFMAN, D. «Sorites Paradox». In: ZALTA, Edward (ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Summer 2018 edition. Available online: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/sorites-paradox/>> [access: june 8, 2019].
- JACOB, M. *Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice. Unfinished business*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- KELSEN, H. *General theory of law and the state*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1945.
- KROMMENDIJK, J. «Is there light on the horizon? The distinction between “Rewe effectiveness” and the principle of effective judicial protection in article 47 of the Charter after Orizzonte». *Common Market Law Review*, no. 531 (2016), p. 395.
- LECZYKIEWICZ, D. «Effectiveness of EU law before national courts: direct effect, effective judicial protection, and state liability». In: ARNULL, D.; CHALMERS, A. (eds.). *Oxford handbook of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- MAK, C. «Rights and remedies. Article 47 EUCFR and effective judicial protection in European private law matters». In: MICKLITZ, H.W. (ed.). *Constitutionalization of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- MICKLITZ, H.W. «The ECJ between the individual citizen and the member states – A plea for a judge-made European Law on remedies». In: MICKLITZ, H.W.; DE WITTE, B. (eds.). *The European Court of Justice and the autonomy of the member states*. Cambridge: Intersentia, 2012.
- «Introduction». In: MICKLITZ, H.W. (ed.). *Constitutionalization of European private law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- NAVARRETTA, E. «Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici». *Rivista di Diritto Civile*, vol. 61, no. 4 (2015), p. 878.

- NEBBIA, P. «The double life of effectiveness». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, no. 8 (2007), p. 287.
- NEILL, P. *The European Court of Justice: a case study in judicial activism*. London: European Policy Forum, 1995.
- PAGLIANTINI, S. «Principio di effettività e clausole generali: il canone “armonizzante” della Corte di Giustizia». In: MAZZAMUTO, S.; NIVARRA, L. (eds.). *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*. Torino: Giappichelli, 2016.
- PERELMAN, C.; OLBERECHTS-TYTECA, L. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.
- PRECHAL, S.; WIDDERSHOVEN, R. «Redefining the relationship between “Rewe-effectiveness” and effective judicial protection». *Review of European Administrative Law*, no. 4 (2011), p. 51.
- RASMUSSEN, H. *On Law and policy in the European Court of Justice: A comparative study in judicial policymaking*. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 1986.
- REICH, N. *General Principles of EU*. Cambridge: Intersentia, 2016.
- RICOER, P. «Interpretazione e/o argomentazione». *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica*, no. 77 (1996).
- RUSSELL, B. «On denoting». *Mind New Series*, no. 56 (1905), p. 479.
- SWEET, A.S. «The European Court of Justice and the judicialization of EU governance». *Living Reviews in European Governance*, no. 5 (2010), p. 1.
- TOULMIN, S. *The uses of arguments*. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.
- TRIDIMAS, T. *The general principles of EU Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- VAN DUIN, A. «Metamorphosis? The role of article 47 of the EU Charter of fundamental rights in cases concerning national remedies and procedures under Directive 93/13/EEC». *Journal of European Consumer and Market Law*, no. 6 (2017).
- VETTORI, G. «Effettività delle tutele civili (diritto civile)». In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. 10. *Annali*. Milano: Guiffè, 2017, p. 381.
- WALDRON, J. «Vagueness in law and language: some philosophical issues». *California Law Review*, no. 82 (1994), p. 509.
- WITTGENSTEIN, L. *Philosophical investigations*. Cambridge: Blackwell, 1974.
- WROBLEWSKY, J. «Legal decision and its justification». *Logique & Analyse*, no. 14 (1971), p. 409.

REMAKE (O EXPOSICIÓ ACTUAL) DELS PRECEDENTS I LA FORMACIÓ DEL DRET CIVIL A LES ILLES BALEARS

Francesca Llodrà Grimalt

Professora titular de dret civil

Universitat de les Illes Balears

Vocal del Consell Assessor de Dret Civil Balear

Resum

Aquest treball pretén fer un recorregut per la història del dret civil a les Illes Balears, des de la conquesta de Mallorca el 1229 fins a la Compilació de dret civil especial del 1961, des del punt de vista de la formació de les fonts privades o dret civil.

La història del dret, en relació amb les Illes Balears, tracta del sistema jurídic que en cada època s'hi ha establert i del dret municipal o *iura propria*. A partir d'aquests estudis ortodoxos, el present treball construeix, de manera paral·lela, un *iter* o història jurídica dels precedents jurídicocivils, amb el nucli central del sorgiment i la trajectòria posterior del *ius commune* a les Illes Balears, i conclou amb el fet que l'existència del *ius commune*, malgrat les acepcions i connotacions pròpies, fou el fonament i la justificació de la Compilació del 1961.

Paraules clau: dret foral, Compilació, Illes Balears, fonts, codificació.

REMAKE (O EXPOSICIÓN ACTUAL) DE LOS PRECEDENTES Y LA FORMACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN LAS ISLAS BALEARES

Resumen

Este trabajo pretende ser un recorrido por la historia del derecho civil en las Islas Baleares, desde la conquista de Mallorca en 1229 hasta la Compilación de derecho civil especial de 1961, desde el punto de vista de la formación de las fuentes privadas o derecho civil.

La historia del derecho, en relación con las Islas Baleares, trata del sistema jurídico que en cada época se ha establecido en ellas y del derecho municipal o *iura propria*. A partir de estos estudios ortodoxos, el presente trabajo construye, de manera paralela, un *iter* o historia jurídica de los precedentes jurídico-civiles, con el núcleo central del surgimiento y la posterior trayectoria del *ius commune* en las Islas Baleares, y concluye con el hecho de que la existencia del *ius commune*, a pesar de las acepciones y connotaciones propias, fue el fundamento y la justificación de la Compilación de 1961.

Palabras clave: derecho foral, Compilación, Islas Baleares, fuentes, codificación.

REMAKE (OR ACTUAL EXPOSITION) OF PRECEDENTS AND FORMATION OF CIVIL LAW AT BALEARIC ISLANDS

Abstract

This work aims to be a journey through the history of civil law in the Balearic Islands, from the Conquest of Mallorca in 1229 to the Compilation of special civil law of 1961, from the point of view of the formation of private sources or civil law.

The history of law, in relation to the Balearic Islands, deals with the legal system that has been established in them at each time and with municipal law or *iura propria*. From these orthodox studies, the present work builds, in parallel, an *iter* or legal history of the legal-civil precedents, with the central nucleus of the emergence and the subsequent trajectory of the *ius commune* in the Balearic Islands; to conclude with the fact that the existence of the *ius commune*, despite its own meanings and connotations, was the foundation and justification for the 1961 Compilation.

Keywords: private civil law, Compilation, Balearic Islands, sources of law, codification.

JUSTIFICACIÓ DEL TREBALL

Des del punt de vista del dret civil del segle XXI, explicar de manera concisa però completa la formació, el desenvolupament i els precedents de les fonts del dret civil a les Illes Balears no és, segons la meua opinió, una labor fàcil ni satisfactòria. Les incidències (puntuals) que la doctrina *foralista* va fer sobre les fonts del dret civil balear són disperses perquè es troben aïllades bibliogràficament i no s'adapten a la sistemàtica actual, però sobretot s'han revelat una repetició de tòpics tolerada a causa de l'atorgament d'autoritat *per se* al foralisme jurídic, sense contradicció a causa d'una manca generalitzada, en aquella doctrina, d'estudi directe de les fonts. Així mateix, la historiografia local, prolífica, però també repetitiva, contradictòria i apassionada, amb petites incidències en la història jurídica, però sense aprofundir-hi, esdevé un material difícil de seguir per a un interessat en el dret civil balear però no en la història en general de les Illes Balears.

Des dels darrers anys, la multitud d'estudis del doctor Planas, professor universitari, historiador i jurista, permet formar una seqüència completa del desenvolupament del dret civil balear en el sentit que permet al dret civil completar una exposició dels seus precedents i les seves fonts anteriors al punt de partida actual.

Per això aquest treball, al segle XXI, respon a la idea de *remake* o mirada actualitzada i és destinat a un jurista amb formació actual, allunyat dels tòpics i els enfo-

caments de la doctrina foralista i també sense accés a les fonts directes per una mera qüestió de distància cronològica, la suficient perquè allò que en un moment determinat són antecedents legislatius passin a ser ja fonts històriques, però que requereix per a tractar, en algun moment, el desenvolupament o la superació del dret civil balear, una base fiable i suficient sobre el perquè del dret civil a les Illes Balears.

1. UN INCÍS: EL DRET PRIVAT A LES ILLES BALEARS ABANS DE LA CONQUESTA DE JAUME I

El primer sistema jurídic, pròpiament dit, de les Illes Balears va tenir lloc sota l'Imperi romà¹ (a Eivissa des d'aproximadament l'any 202 aC i a Mallorca i Menorca des de l'any 123 aC) i es va perllongar fins a la conquesta per part dels vàndals² (al voltant dels anys 450-460 dC).

A partir de la segona meitat del segle VI, les Illes Balears van formar part de l'Imperi romà d'Orient de Justinià (o Bizanci [527-565]). El sistema judicial típicament romà va perdurar fins a la conquesta islàmica (iniciada a la península Ibèrica l'any 711). La historiografia diu que les Illes Balears van quedar *de facto* «independents»,³ però organitzades, durant els segles de debilitació de l'Imperi bizantí fins a l'efectiva conquesta musulmana de Mallorca (l'any 902).

La dominació musulmana (l'emirat de Còrdova va ocupar les Illes Balears l'any 903) es perllongà fins a la reconquesta cristiana pel rei Jaume I (1229).

Aquest petit tast històric ens serveix, exclusivament, per a enllaçar amb algunes opinions jurídiques que, amb més o menys rigor, han especulat sobre quin va ser el dret privat anterior a la conquesta de Jaume I i simultani a la recepció del *ius commune*, i han optat per defensar que l'aplicació del dret romà (el *ius civile Romanorum*) a les Illes Balears feia referència al dret romà anterior a la recepció del *ius commune*.

Així, Pascual González⁴ diu que «la legislación romana empezó a regir cuando estas Islas formaron parte del Imperio, “siguió durante la dominación árabe, pues es

1. Formaren part d'Hispania Citerior i, després, de Tàrraco.

2. L'ocupació vàndala es va produir l'any 455 i les illes van ser incloses en la província vàndala de Sardenya.

3. Per exemple, en el sentit que no van formar part del regne visigot que sí que es va implantar a la Península. Des del segle VII (any 628) fins a l'inici del X es parla dels segles foscos, ja que es manca de fonts escrites i gairebé no hi ha informació arqueològica. Pel que sembla, la situació de les illes Balears va arribar a ser molt precària i es van anar despoblant. Prova d'aquest fet és que el bisbe de Girona, Servusdei, va demanar al papa Formós (891) i al papa Romà (897) que li confirmessin les seves possessions eclesiàstiques, entre les quals hi havia Mallorca i Menorca.

4. L. PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales. Con inclusión del Informe, Compilación y Proyecto de Apéndice de la Comisión de Juristas de 1949*, Palma, Impr. Mossèn Alcover, 1951, p. 13. Reprodueix opinions de Mascaró, de Pons i Fàbregas i de Sureda.

sabido que los conquistadores dejaron a los vencidos la facultad de gobernarse por sus leyes, y continúa rigiendo hoy a pesar de las transformaciones sociales que se han sucedido tantos siglos»⁵. I continua afirmant: «Es incuestionable que los musulmanes mallorquines, al respetar la religión cristiana profesada por los antiguos habitantes de la Isla, respetarían igualmente sus costumbres y su derecho,⁵ que era, en todo caso, el romano del imperio de Oriente [...]. De todos modos, un siglo no es suficiente, en nuestra opinión, para que desaparezcan costumbres de derecho familiar con más de un milenio de existencia, y al efectuar la conquista el Rey Jaume I (año 1229) encontraría aplicándose, entre la gran mayoría del país, el Derecho Romano justiniano, y por ello no se preocupó de señalar normas de derecho privado en su recién conquistado reino».

Un altre exemple de la creença en la pervivència del dret romà justinianeu a les Illes Balears el veiem en el Projecte de treball de la Secció Especial de la Comissió General de Codificació del 1960, que assenyala: «Formando parte Baleares del Imperio bizantino, el derecho romano justiniano, en la totalidad de sus instituciones, fue recibido en esta región, como derecho escrito, directamente vigente por sanción legislativa imperial. A la caída del Imperio perdió el derecho romano justiniano aquel carácter de ley sancionada pero siguió aplicándose como derecho escrito, sin solución de continuidad, por el cauce del usos *fori* y de la aplicación técnica, hasta ganar carta de naturaleza como derecho consuetudinario en la conciencia popular».

En sentit contrari a aquestes opinions es manifesta l'absoluta improbabilitat fàctica d'allò que afirmen, ja que a les Illes Balears es va produir una forta recepció del dret romà (*ius commune*) per la influència que la recepció produïda en els territoris catalans⁶ va tenir a l'illa de Mallorca, la qual cosa fa pensar que el dret romà aplicat a les Illes Balears no va ser el dret romà anterior a la conquesta de Jaume I, sinó el de la recepció, és a dir, el *ius commune*.⁷

5. És cert que seria pacífica la idea que el sistema jurídic islàmic només va ser aplicat als membres de la comunitat de creients, «de forma que los cristianos y judíos que vivían bajo el dominio del Islam conservaron su propio derecho personal. Por ello, su influjo sobre el derecho de los reinos cristianos medievales fue prácticamente irrelevante». A. PLANAS ROSSELLÓ (coord.) i R. RAMIS BARCELÓ, *Historia del derecho: Síntesis histórica, textos histórico-jurídicos y materiales auxiliares*, 2a ed. revisada, Palma, UIB, 2014, p. 23.

6. També pensem que «en ausencia de una jerarquía de fuentes del derecho, y dada la extraordinaria parquedad de las disposiciones regias, la principal base del orden jurídico estuvo integrada por las costumbres de los repobladores, que acusaban una importante influencia del derecho romano justiniano, cuya expansión en Cataluña, de donde procedía la mayoría de ellos, se había acelerado desde el último cuarto del siglo XII». A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune* en el Reino de Mallorca», *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 13 (2016), p. 563.

7. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca», *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 11 (2012), p. 109. A la baixa edat mitjana, el *ius commune* es considera la *ratio scripta*, que s'estudia com un sistema conceptual que conté principis tradicionals (s'arropa una primàcia gairebé absoluta i determina la interpretació de totes les altres fonts).

Fonamentant-ho en dades històriques, Planas⁸ explica que «no hubo en Mallorca una comunidad de mozárabes de origen autóctono que pudiese conservar un derecho cristiano anterior a la conquista», per la qual cosa «no es posible buscar el origen de las instituciones civiles mallorquinas en una pervivencia consuetudinaria del derecho romano desde la antigüedad, ni mucho menos en la supuesta prolongación de costumbres germánicas arraigadas tras la efímera ocupación vándala del archipiélago».

Així mateix, Planas diu que, per mor de la diferent procedència dels repobladors de Mallorca, van coexistir diferents sistemes consuetudinaris per a l'organització de determinades relacions de dret civil. I fins i tot, malgrat els diferents llocs de procedència dels repobladors mallorquins i eivissencs, aquests posseïen un important patrimoni jurídic comú. Per això les institucions consuetudinàries de les dues illes presentaven inicialment un parentiu molt pronunciat, que es va anar mitigant amb el temps per les diferents dinàmiques que es van produir en els respectius àmbits insulars tancats.⁹

En relació amb aquesta qüestió, és rellevant també l'apreciació de Planas sobre el fet que la incidència del *ius commune* a Eivissa va ser menor, entre altres raons per la quasi nul·la presència de juristes en aquesta illa fins ben entrada l'edat moderna.¹⁰ I pel que fa a Menorca, la presència de juristes, encara que no fossin autòctons, hi va ser molt escassa, de manera que, per exemple, no es va poder complir la regla que dels sis prohoms de la cúria un fos jurisperit, quan això fos possible.¹¹

En definitiva, el *ius commune* va ser, des de la conquesta, el dret supletori aplicable a Mallorca en matèries de dret privat. I com a conseqüència de la inexistència en aquest territori de normes pròpies de dret privat, el *ius commune* va arribar a constituir el dret propi de Mallorca.

2. PANORÀMICA DEL DRET CIVIL A LES ILLES BALEARS DES DE LES CARTES DE POBLAMENT (O DE FRANQUESES) FINS AL DECRET DE NOVA PLANTA DEL 1715

A les Illes Balears, al segle XIX (i en els segles anteriors) es parlava del *dret foral* de Mallorca per a referir-se al balear com un únic cos de costums, sense fer una incidència especial en cap diferència o particularitat jurídica entre les illes. És a dir, dret de Mallorca i dret civil balear eren termes equivalents durant el procés històric que tractem.

8. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca», p. 104.

9. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Derecho de Mallorca y derecho de Ibiza. Reflexiones en torno a dos documentos del Llibre de la Cadena (ca. 1288)», *Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana* (BSAL), núm. 70 (2017), p. 272.

10. Fins al 1629 no es va crear el càrrec d'assessor lletrat del governador. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Derecho de Mallorca y derecho de Ibiza».

11. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 572.

Per a l'origen del dret civil balear, ens remuntarem a la comunitat política nascuda amb la conquesta de Jaume I: «Regnum Maioricarum et insularum eidem adiacentibus».

Les illes no tenien òrgans comuns (no formaven una única persona jurídica o universitat) que representessin la comunitat política de les Illes Balears, ni que tinguessin capacitat d'elaborar dret general de la Corona.¹²

A partir del segle XIV les disposicions règies quasi mai no s'atorgaven de manera conjunta a les tres illes, tot i que tinguessin un contingut idèntic, sinó que s'atorgava a cadascuna per separat. Les tres illes tenien el mateix sistema de fonts, si bé els costums i privilegis d'Eivissa tenien matisos diferenciats.

A grans trets, també podem dir que les diverses normes jurídiques que es coneixien en aquests segles eren franqueses, privilegis, pragmàtiques, ordenacions, estils i bons usos, els quals constituïen el dret municipal i s'observaven com a tal (*iura propria*).

Les disposicions atorgades pel monarca Jaume I i els seus successors del regne privatiu s'anomenaven *franqueses*. Les disposicions dictades pels reis de la Corona d'Aragó es denominaven *privilegis*, però tenien un estatut jurídic similar a les franqueses.

En virtut del principi pactista,¹³ les disposicions obtingudes pel regne s'integren en un cos de privilegis i franqueses a partir de la carta de poblament del 1230, el qual no podia ser modificat unilateralment pel monarca, i eren imprescriptibles, de manera que no els afectaven el desús ni l'ús en contra.

Aquest *iura propria* o dret municipal (normalment, dret públic) tenia com a suplementari (sobretot, en matèria penal) el dret de Catalunya (el de Barcelona, com ara els Usatges) i, en tot cas, el *ius commune* romanocanònic (el dret de la recepció).

2.1. PINZELADES DE LA FORMACIÓ I ELS ESDEVENIMENTS POSTERIORIS DEL REGNE DE MALLORCA. EL SISTEMA DE FONTS DES DE LA CONQUESTA

La conquesta de Mallorca pel rei Jaume I es produí el 31 de desembre de 1229. Amb la conquesta, Jaume I va sotmetre a vassallatge, com a taifa autònoma (governada

12. Seguim en tot A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca. Assaig de classificació normativa», a *Documents cabdals del Regne de Mallorca: Documents i compilacions legals*, Palma, Parlament de les Illes Balears, 2003, p. 11.

13. El pactisme té un clar caràcter jurídic i una base contractual. La concepció es manifesta en el jurament recíproc que té lloc a l'inici de cada regnat. Els regnícoles han de prestar jurament de fidelitat al nou monarca, el qual, com a contrapartida, ha de jurar l'observança dels seus privilegis i les seves franqueses. El cos de privilegis i franqueses obtingudes pel regne a partir de la carta de poblament no pot ser modificat unilateralment pel monarca. A. PLANAS ROSSELLÓ, *Los jurados de la ciudad y reino de Mallorca (1249-1718)*, Palma, Lleonard Muntaner Editor, 2005, p. 9 (Refaubetx; 23).

per Abū ‘Abd Allāh Muhammad), l'illa de Menorca (Tractat de Capdepera del 17 de juny de 1231), que va ser finalment reconquerida (a Abū ‘Umar ibn Hakam ibn Sa‘īd) per Alfons III d'Aragó el 17 de gener de 1287. Posteriorment, Menorca va passar a Jaume II de Mallorca, el qual va confirmar els privilegis que els antics monarques li havien concedit i va promulgar la carta de poblament i franqueses del 30 d'agost de 1301.

L'illa d'Eivissa va ser conquerida per Guillem de Montgrí, sagristà de la catedral de Girona i arquebisbe electe de Tarragona, per l'infant Pere de Portugal i per Nunó Sanç I, comte de Rosselló-Cerdanya i del Conflent, sota el domini directe del rei Jaume I (carta signada a Lleida el 7 de desembre de 1234).

El regne de Mallorca («Regnum Maioricarum et insularum eidem adiacentibus») quedà configurat¹⁴ com una entitat política de caràcter monàrquic estamental on coexistien dues esferes de poder, el rei i el regne, i el govern era fruit del pacte entre les dues entitats. Destaquem que el rei, per a desenvolupar la seva tasca, disposava de:

— Un consell reial, que l'auxiliava en les seves atribucions i que a partir del 1494 va ser el Consell Suprem de la Corona d'Aragó.

— Un tribunal col·legiat, que a partir del 1571 va ser la Reial Audiència de Mallorca.

Pel que fa al regne de Mallorca, s'organitzava en una comunitat de ciutat i viles i rebia el nom d'*universitat de la ciutat i regne de Mallorca*. En la seva administració hi havia els jurats de la ciutat i del regne i una assemblea representativa, el Gran i General Consell (constituït el 1315), que era una corporació supramunicipal on participaven els estaments de la ciutat i l'estament dels agricultors terratinents.

De manera anàloga, a Menorca la representació del regne requeia en els jurats de Ciutadella i en l'assemblea representativa, que era el Savi i General Consell, amb prohoms de diferents municipis i estaments.

A Eivissa també hi havia els jurats i el Consell General de l'illa, i el castell d'Eivissa, amb una representació dels diferents districtes o quartons de l'illa. Administrativament, fins al segle XIX Eivissa i Formentera formaren un sol municipi —o universitat— amb ordenació pròpia, designat per Felip V (al segle XVIII) amb el nom d'*ajuntament*. Hem de ressaltar que, fins i tot en els períodes de monarquia privativa, el regne de Mallorca va romandre lligat a través de vincles feudals amb la Corona d'Aragó.¹⁵

En concret, el regne de Mallorca neix com a estructura política amb la carta de poblament i franqueses. La carta de poblament serà la norma capital del sistema de fonts del dret civil. Concedida als pobladors de Mallorca el dia 1 de març de 1230, configura l'illa com un territori que forma part de la Catalunya Nova (Tortosa, Lleida i Agramunt).

14. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 14-15.

15. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 12.

Amb la carta de poblament Jaume I instaura en l'àmbit civil un sistema de dret similar a l'implantat a València (el Consell de Prohoms), basat en el dret consuetudinari dels repobladors, consuetuds i bons usos, al costat dels privilegis i les franqueses, que en la carta s'atorguen en segon lloc.

En el capítol XIV de la carta de franqueses s'estenen, només per a l'àmbit penal, els Usatges de Barcelona.

En el privilegi atorgat a Lleida el 22 de març de 1233 Jaume I confirma les franqueses de Mallorca i les fa extensibles a Menorca i Eivissa abans d'haver-les conquerit.

Es tracta de les franqueses concedides en la carta de poblament de Mallorca del 1230, juntament amb un nou privilegi que eximia els qui residien personalment a les Illes Balears d'un ampli conjunt de prestacions i exaccions que podien recaure sobre les seves propietats situades en qualsevol dels dominis peninsulars del monarca.¹⁶

Aquest fet pot manifestar que el rei tenia la intenció de donar un tractament unitari a les Illes Balears.

La carta de poblament d'Eivissa va ser atorgada el 9 de gener de 1236 a Cotlliure pels tres futurs conqueridors (Guillem de Montgrí, l'infant Pere de Portugal i Nunó Sanç).

La carta era un extracte del privilegi de Jaume I per a l'illa de Mallorca (Planas assenyala que només conté dos capítols completament originals) i conté també els privilegis concedits progressivament pel rei. Tenia com a dret supletori, per a totes les qüestions que no tinguessin una regulació específica en la carta, el dret de Barcelona, els Usatges de Barcelona (sense limitar-los a les causes penals, com en la carta de Mallorca)¹⁷ i tot el dret consuetudinari barceloní (seguint Planas).

La conclusió d'això pot ser que els consenyors feudals no van voler aplicar el règim de llibertats, franqueses i exempcions de la carta de Mallorca, sinó el règim propi del dret barceloní.

Per la seva part, Menorca va ser conquerida per Alfons III i el 15 de juliol de 1287 es van concedir als pobladors les llibertats, els privilegis i els bons costums de Mallorca. Posteriorment, el 30 d'agost de 1301 el rei Jaume II va atorgar a l'illa una carta de poblament que és còpia, gairebé textual, de les franqueses atorgades a Mallorca al llarg del segle XIII.

Jaume II, en recuperar el regne de Mallorca el 1299, va reformar les franqueses de Mallorca i el 30 de gener de 1300 va ordenar l'estat i la prelación de fonts del dret i va declarar oficialment supletori el *ius commune* romanocanònic, per manca de privilegis, franqueses i costums (el mateix es va fixar en la reforma de la carta de poblament

16. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Derecho de Mallorca y derecho de Ibiza. Reflexiones en torno a dos documentos del Llibre de la Cadena (ca. 1288)», p. 268.

17. Que diu: «[...] totes altres coses de las quals en les coses damunt dites no és feta menció especial». Segons Planas, això fa referència al conjunt del sistema jurídic no regulat específicament en la carta.

d'Eivissa el 18 de març de 1300 i en la de Menorca el 31 d'agost de 1301, amb la qual cosa va quedar unificat el sistema de fonts).¹⁸

En concret, en relació amb Eivissa, l'any 1300 Jaume II va eliminar, en la reforma de la carta de poblament, la supletorietat general del dret barceloní i va introduir, com a dret supletori general, igual que a les altres illes, el *ius commune* romanocanònic. Diu Planas que amb la introducció del *ius commune* com a dret supletori s'iniciava una ofensiva contra l'aplicació generalitzada dels Usatges de Barcelona i, en general, contra els drets de senyoriu o feudals.

A partir del 1303, quan el tribunal del lloctinent reial va començar a conèixer de les segones apel·lacions a les Pitiüses, la interpretació de la carta del 1236 d'acord amb el dret comú va fer que aquella perdés les seves connotacions primitives.¹⁹

Observem que en aquest moment (1300) apareix per primera vegada l'aplicació supletòria del *ius commune* i de *motu proprio* del monarca, la qual cosa representa una veritable recepció del *ius commune* com a integrant del sistema jurídic balear. Encara que en el text se li atribuïa el caràcter de dret supletori, a la pràctica va constituir des de llavors un element integrador que fins i tot va modificar la naturalesa i l'eficàcia de les fonts restants, especialment del costum, ja que les va sotmetre a uns requisits estrictes que van tendir a reduir la seva vitalitat.²⁰

No hi ha dubte²¹ que el *ius commune* declarat per Jaume II era el dret romà justinianeu. Ara bé, el dret canònic pressionava en la pràctica jurídica perquè es tractava de regnes cristians.²² A més, algunes institucions de dret consuetudinari que s'oposaven al dret romà justinianeu van trobar justificació en el dret canònic.

Més concretament, segons Planas, la referència al *ius commune* va significar l'eficàcia de la doctrina dels doctors edificada sobre les fonts justinianees i canòniques, ja que l'ordre jurídic medieval s'establia en elles com a fonament de validesa, però va

18. «Servatis consuetudinibus et libertatibus civitate et insule supradicte per nos nunc confirmatis seu concessis, et illis deficientibus secundum Usaticos Barchinone in casibus illis in quibus in civitate et insula Maioricensis Usatici predicti vendicant sibi locum, et illis consuetudinibus et Usaticis deficientibus secundum Ius». Transcripció trobada a A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepció del *ius commune*», p. 571.

19. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La carta de poblament d'Eivissa i Formentera, del 1236», *Revista de Dret Històric Català*, vol. 14 (2015), p. 127.

20. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca», p. 109.

21. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepció del *ius commune*», p. 576.

22. Recordem que la cristiandat (l'latina o relativa a l'antic Imperi romà d'Occident), amb centre a Roma, va donar lloc a l'Església catòlica i va durar fins que va ser dividida amb la reforma protestant (s. XVI). Es tracta de la potestat del papa sobre els pobles cristians mitjançant el dret de l'Església (dret canònic), que, com que afectava tants pobles, adquiria el caràcter de dret comú a tots els cristians. Les decretals dels papes (a partir de Gregori IX [1234]) van ser molt importants per a la construcció del *ius commune*, atès que van influir en el dret civil, que era el *ius commune*, perquè les decretals incidien en temes de la vida diària dels cristians i proclamaven principis espirituals. Això fa que l'expressió *ius commune* hagi de ser completada per la idea de *ius commune* romà (*ius civile*) i *ius commune* canònic (*ius canonicum*).

ser construït per la ciència jurídica mitjançant una *interpretatio* que, sovint, forçava extraordinàriament el contingut del text, fins a convertir-lo en una simple cobertura formal.²³ Per tant, el *ius commune* era el dret en el qual eren experts els jurisperits, és a dir, el dret que era objecte d'estudi universitari.²⁴

No obstant això, l'autor ens diu que tant el dret romà justinianeu com el canònic eren objecte d'estudi, però no va existir un dret comú com a síntesi del romà i el canònic, com a unitat jurídica superior, sinó que eren dos sistemes universals diferents. Per això l'autèntic *ius commune* és el dret culte medieval, que van construir els juristes utilitzant elements dels dos ordenaments, de manera que quan el que s'invoca i s'aplica en els tribunals és la doctrina dels juristes, la seva *interpretatio*, i no les fonts nues, és l'autèntic *ius commune*.

El 4 de juliol de 1311 Sanç I va restituir l'estat de fonts a la situació anterior al 1300 per a Mallorca. No a les altres illes.

Malgrat tot, el *ius commune* va continuar sent l'ordenament supletori i integrador del sistema jurídic del regne de Mallorca.²⁵

La legislació dels monarques, *motu proprio* o pactada, va ser escassa a Mallorca, especialment la de dret privat, per la qual cosa l'aplicació del *ius commune* va ser molt més intensa que en altres ordenaments on també tenia caràcter supletori.

En conclusió i seguint Planas,²⁶ la influència del dret romà s'adverteix amb caràcter immediat a la conquesta i es va obrint camí a l'illa a través de la seva penetració en els costums i pel tàcit consentiment del monarca, de manera que, tot i que el *ius commune* no estigués instaurat oficialment com a dret positiu en un quadre tancat de fonts, la veritat és que va impregnar fortament la cultura jurídica mallorquina a través del seu llenguatge tècnic i els seus principis, conceptes, nocions i categories, per la qual cosa va inspirar moltes de les disposicions règies i va modelar lentament el dret consuetudinari.

2.2. LA INCORPORACIÓ DEL REGNE DE MALLORCA A LA CORONA D'ARAGÓ (1343-1516)

El 1344 Pere el Cerimoniós reannexiona el regne de Mallorca a la Corona d'Aragó. Així, durant aquest període (entre 1363 i 1470), a les corts generals que convoca el rei, solen acudir-hi els representants de Mallorca i el rei es comunica amb el regne mitjançant la Cancelleria Reial.

23. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 581.

24. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 575.

25. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 578.

26. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 570.

El 1494 Ferran el Catòlic divideix la Cancelleria, que rep una nova ordenació com a Consell Suprem de la Corona d'Aragó, on hi ha un secretari per a les Illes. Durant aquest període, Mallorca continua amb la seva organització política: el Gran i General Consell, el Sindicat de la Part Forana, els jurats, etcètera.

2.2.1. *En relació amb el sistema de fonts: la controvertida aplicació del dret català (1365)*

La qüestió més controvertida en matèria de fonts en aquesta època es relaciona amb la vigència a Mallorca del Privilegi atorgat per Pere IV el Cerimoniós a Sant Feliu de Guíxols el 22 de juliol de 1365, pel qual, segons algunes opinions, es fa un reconeixement exprés de la vigència a Mallorca, com a supletori, del dret català.²⁷ Així mateix, també s'ha dit que segons la dicció d'aquesta disposició no queda clar que a Mallorca s'apliqués el dret català.

Sembla que l'existència material d'aquest capítol del Privilegi de Sant Feliu de Guíxols ha estat demostrada per algun autor. Al seu torn, d'altres han mantingut que no va ser efectivament aplicat.

Seguint Planas en tota l'exposició següent,²⁸ sabem que el Privilegi esmentat va existir materialment perquè el capítol atorgat per Pere el Cerimoniós, a sol·licitud dels síndics de Mallorca, ens ha arribat per a la seva inclusió en el còdex del *Llibre de sant Pere* que recopila els privilegis de Mallorca, tot i que la inclusió del capítol es fa a partir d'una còpia autoritzada per Jaume Garcia, escrivà del rei, agafada del *Liber secretorum* de la Corona d'Aragó. Per això la inclusió del capítol en el còdex del *Llibre de sant Pere* s'ha datat entre els anys 1459 i 1476.

Així doncs, sembla que dit capítol va existir materialment. Ara bé, cal dubtar de la seva autenticitat a causa de tres dades:²⁹ l'aparició tardana del Privilegi en els registres mallorquins (es troba darrere d'un privilegi del 1462), el fet que no apareix en el *Liber secretorum*, d'on suposadament es va copiar, i la seva nul·la eficàcia en aquest període. En darrer lloc, resulta que el text del Privilegi és contradictori amb l'actitud dels jurats i del Gran i General Consell, que sempre es van oposar a l'extensió generalitzada del dret català. S'afegeix a tot això que aquest Privilegi tampoc no va ser copiat en els registres (sèries *Secretorum*, *Sigillaria secreti* i *Maioricarum*) mallorquins

27. *Llibre de sant Pere*, f. 162v, Arxiu del Regne de Mallorca (ARM), *Codice* núm. 2: «[...] los mallorquins e poblats en aquella illa sien cathalans naturals, e aquell regne sia dit part de Cathalunya [...] e hagen a entrevenir en Corts als cathalans celebradores, es hagen alegrar e observar les constitucions generals de Cathalunya, privilegis e usatges de Ciutat de Barcelona».

28. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La sucesión intestada de los impúberes y la supuesta aplicación de las constituciones de Cataluña en Mallorca», *Ius fugit*, núm. 8-9 (2000), p. 95-123.

29. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La sucesión intestada de los impúberes», p. 95-123.

de cartes reials, ni va ser recollit en els reculls de privilegis medievals. Per això Planas conclou que pot tractar-se d'una falsificació amb la finalitat d'aconseguir les exempcions que el monarca havia concedit a Catalunya per a mercadejar amb el nord d'Àfrica.

D'altra banda, resulta que el suposat capítol de Sant Feliu de Guíxols va ser, segons la doctrina foralista antiga,³⁰ atorgat per Alfons V el Magnànim.

Sembla que això tampoc no és cert per diferents dades.³¹

El Privilegi de Gaeta del 1439 dirimeix un tema de competència per a jutjar els mallorquins en qüestions civils i criminals, ja que els ambaixadors es van queixar que, en algunes causes, s'enviés els mallorquins a Catalunya per a ser jutjats. Aquest Privilegi, després de confirmar les franquesses del regne de Mallorca, aprovava que es jutgessin a Mallorca determinats casos. Així mateix, no consta enlloc la menció de la derogació del Privilegi de Sant Feliu del 1365.

Cal sumar a tot això que el Privilegi de Gaeta no va ser citat pels compiladors del 1622, Canet, Mesquida i Zaforteza, que sí que van esmentar el fals Privilegi de Sant Feliu de Guíxols del 1365. Aquesta no inclusió no podia ser per desconeixement dels compiladors del 1622, ja que Canet, Mesquida i Zaforteza³² inclouen les Ordinacions de Berenguer Unic, de 19 de maig de 1439, aprovades per Alfons V a Gaeta el 15 de juny de 1439, per la qual cosa haurien conegut el suposat Privilegi de Gaeta del 1439 que derogava el de Sant Feliu de Guíxols del 1365.

En conclusió, es pot dir que alguna constitució de Catalunya va poder ser concedida a Mallorca per a un cas en concret, però no tot el dret català.

Els privilegis i capítols dels reis mallorquins demostren que es va ordenar jutjar d'acord amb el dret municipal, si bé hi ha disposicions dels reis que demostren que també s'invocava el dret català com a aplicable perquè els estaments catalans van pressionar perquè el regne de Mallorca es mantingués en la seva zona d'influència i van demanar a vegades que els Usatges s'estenguessin a l'illa.

2.2.2. Ordenació del dret aplicable

Pel que fa al desenvolupament del dret propi de Mallorca, cal destacar que la preparació jurídica dels jurisperits (*iurisperiti* o savis en dret)³³ de Mallorca va fer-se en

30. L. PASCUAL GONZÁLEZ, *Derecho civil de Mallorca*, p. 26.

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

32. A. PLANAS ROSSELLÓ, *Recopilación del derecho de Mallorca*.

33. Els primers juristes són del segle XIII i tenen les seves idees pròpies fins a la reorganització de la professió a finals del segle XVIII amb la creació del Col·legi d'Advocats i les reformes durant el regnat de

els segles XIII i següents a Bolonya, Montpeller i altres universitats italianes, catalanes i valencianes on es formaven en dret canònic i dret romà.

També cal assenyalar que el dret comú es va mantenir vigent consuetudinàriament a Mallorca durant segles gràcies a la tasca de la pràctica notarial.

Així mateix, les normes consuetudinàries van ser recollides en textos escrits. L'exemple més destacat és el recull de costums i estils³⁴ *Stili curiarum civitatis majoricensis*,³⁵ del governador Arnau d'Erill i de Mur, publicat el 30 de juliol de 1344. Seguint Planas,³⁶ sabem que el governador Erill va disposar que en el futur els estils i costums només serien vinculants quan es provés el seu ús i fossin autoritzats per escrit pels governadors o lloctinents. Es va pretendre que aquells costums que el governador i el seu Consell consideressin inadequats, perdessin el seu caràcter normatiu, sense que ni tan sols s'arribés a practicar la prova. D'altra banda, es va voler fixar *a priori* el dret consuetudinari, per a evitar les dilacions que significava una abusiva negació del caràcter vinculant dels usos prèviament admesos en judici contradictori, per la part que es veia perjudicada per ells.

L'estret parentiu entre els costums i estils mallorquins i menorquins va motivar que es formés a Menorca una col·lecció que va recollir els estils d'Erill i un afegit de Felip de Boïl del 1345 (durant el govern de Gil de Lozano [1361-1370]).³⁷

La recopilació d'Erill va oficialitzar el dret consuetudinari, però no el va fossilitzar, ja que no va impedir que moltes institucions consuetudinàries continuessin sent practicades quotidianament sense haver estat objecte de formulació escrita i, per tant, que molts costums que la pràctica mantenia vius prosseguissin la seva existència silenciosa, amb plena validesa i eficàcia, sense que arribessin a redactar-se en cap moment.³⁸

Amb el temps, els juristes balears van anar tenint més dificultats per a conèixer el sistema jurídic propi pel que fa, amb independència del *ius commune* (que era el que s'estudiava en els estudis generals —equivalents a les universitats actuals—), als privilegis, les franqueses, els estils i els usos acumulats en cadascuna de les illes des de la conquesta, especialment en els camps politicoadministratiu i penal.³⁹

Carles IV. Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, *La abogacia en el reino de Mallorca*.

34. El costum era la norma creada per la reiteració d'actes i practicada per la generalitat del poble, mentre que l'estil era el ritu de la cúria, el costum practicat en els tribunals de justícia per a procedir en les causes. Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca», p. 112.

35. Antoni MOLL, *Ordinacions i sumari dels privilegis, consuetuds i bons usos del regne de Mallorca*, Mallorca, Casa de Pera Guap, 1663. Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els *Stili sive ritus curiarum*. Una col·lecció oficial mallorquina de dret consuetudinari», BSAL, núm. 72 (2016), p. 251-263.

36. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca», p. 111.

37. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca», p. 113.

38. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca».

39. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 23.

Per aquest motiu destaquem, finalment, la formació d'un índex de franqueses i privilegis de Mallorca pel jurista Teseu Valentí el 1495.

2.3. LA INCORPORACIÓ DEL PRIMIGENI REGNE DE MALLORCA A LA CORONA DE CASTELLA: ORDENACIÓ DEL DRET APLICABLE

L'any 1571 Felip II va crear, en substitució de la Cúria de Governació, la Reial Audiència,⁴⁰ constituïda pel regent de la Cancelleria, quatre oïdors (dos mallorquins i dos de Catalunya o Aragó) i l'advocat del fisc. La seva funció era administrar justícia i assessorar el virrei en el govern.

A partir d'aquest moment, la jurisprudència de les sentències civils, pel seu caràcter motivat, adquirí importància pel prestigi d'un tribunal regi integrat per sis doctors. Les sentències només podien ser *suplicades* (apel·lades) amb caràcter excepcional davant del Consell Suprem d'Aragó.

D'aquesta època destaquen la qüestió no resolta de si aquestes sentències van arribar o no a constituir font del dret i el fet de ser aquestes una mostra de l'intens parentiu entre del dret de Mallorca i el dret català, que afavoria que les decisions d'aquell tribunal tinguessin una influència especial a l'illa.⁴¹

D'altra banda, el sistema jurídic de Mallorca va necessitar una ordenació i un aclariment de què era dret municipal o estatutari (privilegis, franqueses, usos i estils dels monarques). Per a això, es va encomanar a Pere Joan Canet, Antoni Mesquida i Jordi Zaforteza que procedissin a recopilar el dret vigent, també a modificar-lo (de *lege ferenda*) i a crear-ne de nou. El 1622 es va presentar la recopilació als jurats,⁴² però les dificultats de negociació amb la cort van fer que aquesta no arribés a tenir sanció legal. No obstant això, no va deixar de ser un referent del dret civil mallorquí que aportava seguretat jurídica, alhora que, en introduir novetats, fruit de la creació dels autors, també aportava confusió sobre les regles concretes que van regir veritablement a Mallorca. De la recopilació del 1622 és important esmentar les ordinacions noves,⁴³ on s'ordena la prelació de fonts i s'assenyala que en primer lloc s'apliquen els privilegis, les franqueses, les pragmàtiques, les ordenances, els estils i els bons usos com a dret municipal, i si no n'hi ha, s'ha d'observar el dret canònic i, en darrer terme, el dret comú (*ius commune*).

40. A. PLANAS ROSSELLÓ, *La Real Audiencia de Mallorca en la época de los Austrias (1571-1715)*, Barcelona, Publicacions de la Universitat Pompeu Fabra, 2010.

41. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca», BSAL, núm. 65 (2009), p. 303-308.

42. A. PLANAS ROSSELLÓ, *Recopilación del derecho de Mallorca*.

43. A. PLANAS ROSSELLÓ, *Recopilación del derecho de Mallorca*.

Finalment, com a obra compiladora, també cal fer referència al tractat d'Antoni Moll, *Ordinacions i sumari de privilegis, consuetuds i bons usos del Regne de Mallorca*, del 1663.⁴⁴ Diu Planas⁴⁵ que es tracta d'un recull no sistemàtic d'algunes de les principals fonts legals mallorquines i d'una actualització dels privilegis de Teseu Valentí. Així mateix, a partir d'aquest moment, l'obra de Moll constitueix l'única font impresa que facilita el coneixement ampli del dret del regne (*iura propria*).

A Menorca no es va publicar cap recull dels seus privilegis i franqueses. A Eivissa es va publicar el 1751 el text de les ordenances formades pel governador Juan de Bayarte Calasanz i Ávalos el 1686.⁴⁶

Fos com fos, a partir de la segona meitat del segle XVII es parla del *ius civile* o dret romà com a dret propi de Mallorca, sense fer cap menció del dret canònic, i a partir del Decret de Nova Planta s'identifica el dret romà amb el dret propi de Mallorca.⁴⁷ Com a conclusió d'aquesta època, podem dir que fins a l'època moderna (1492) «la indefinició del sistema jurídic havia funcionat perfectament als interessos del regne. El cos fecund de disposicions reials permetia als juristes insulars descobrir algun text sobre el qual basar les seves pretensions en cada cas. Quan la monarquia comença a mostrar una decidida voluntat de minar les traves jurídiques que s'oposaven a les seves reformes, es va sentir la necessitat d'aclarir el sistema de fonts, fixar-les de forma precisa i aconseguir la seva confirmació».⁴⁸

3. EL DRET CIVIL A LES ILLES BALEARS FINS A LA CODIFICACIÓ CIVIL CASTELLANA

Del 1469 al 1707 a Espanya hi va haver una unitat monàrquica amb una pluralitat de regnes (Castella i Lleó, Aragó, València, Mallorca, Navarra, Principat de Catalunya i senyoriu de Biscaia), cadascun d'ells amb les seves peculiaritats i el seu propi ordenament jurídic.

La unificació política va començar amb la dinastia borbònica, que va imposar el centralisme a l'estil francès, contra la tradició hispànica.

Per tant, la vella constitució política pactista —rompuda per la via dels fets des de l'època dels Àustria, però encara viva en la mentalitat del regne— va ser substituïda

44. Manuel ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ MUT CALAFELL i Antonio OLIVER MORAGUES, *Tratados de notaría en el Reino de Mallorca: Facsímil del Tratado sesión de Antoni Moll de 1714*, Palma, Colegios Notariales de España, 1995, obra que transcriu els índexs de molts dels tractats de notaria i publica el facsímil d'Antoni Moll.

45. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 14.

46. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 24.

47. A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 582.

48. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 17.

per la nova concepció absolutista del poder, que identificava plenament la sobirania amb la voluntat del monarca, la qual cosa va significar una alteració profunda del sistema de creació del dret.⁴⁹

3.1. LA NOVA PLANTA JURÍDICA (A PARTIR DEL 1715)

La successió de Carles II d'Àustria va motivar l'inici de la guerra de successió entre Felip d'Anjou (Felip V de Borbó), net de Lluís XIV de França i successor nomenat per Carles II, i l'arxiduc Carles III d'Àustria, fill de l'emperador, que es creia amb drets a la Corona per ser de la casa d'Àustria. Les diferents regions peninsulars van prendre partit per un dels dos candidats a successor a la Corona espanyola.⁵⁰

Amb la victòria de Felip V, la monarquia borbònica va implantar, per primer cop, la unitat política de la nació espanyola, que va incidir en els ordenaments jurídics existents. Així, amb el Decret del 29 de juny de 1707 Felip V uniformà les lleis, els usos, els costums i els tribunals en tot el Regne, que governà amb les lleis de Castella com a lleis declarades universals.

Per a Mallorca, el Decret de Nova Planta del 28 de novembre de 1715 va restablir el dret civil propi, però van quedar suprimides les institucions polítiques i, per tant, la producció de normes pròpies, per la qual cosa el dret civil propi va quedar fossilitzat.

L'illa de Menorca va estar sota dominació anglesa des del 1713 (Tractat d'Utrecht) fins al 1756, però va conservar els seus furs i privilegis eclesiàstics i civils.⁵¹ Des del 1756 fins al 1763 Menorca va estar sota dominació francesa i és pacífica l'afirmació que la carta reial donada a Versalles el 1757 va confirmar en el seu article 1 la continuïtat de les lleis, costums, estils i usos de Menorca.⁵² Del 1763 al 1802 Menorca va estar de nou sota dominació anglesa (menys entre els anys 1782 i 1798, quan va ser reconquerida per Espanya) i també és pacífica l'afirmació que els furs civils menorquins van continuar vigents.

En definitiva, durant aquesta època es va respectar la mateixa prelació de fonts que hi havia sota el regnat d'Espanya i la dominació aragonesa (en primer lloc, la carta de poblament, els privilegis, etc., i en segon lloc, el dret romà justinianeu).

49. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82 (2012), p. 238.

50. A Mallorca, el juny del 1702 va ser publicada la declaració de guerra contra l'emperador Carles III, els anglesos i els holandesos. El 25 de setembre de 1706 Mallorca es va rendir a l'exèrcit angloholandès i l'arxiduc Carles III va regnar a Mallorca del 1706 al 1715.

51. P. BALLESTER PONS, «Las instituciones forales de Menorca», *Revista de Menorca*, tom VII (1888-99), p. 119.

52. M. RIVERA SIMÓN, «Precedentes históricos del derecho foral menorquín», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, any XXX, núm. 314-315 (1954), p. 597.

L'any 1802, amb la Pau d'Amiens, Menorca va tornar definitivament a Espanya. Després d'aquesta recuperació definitiva de Menorca, es van continuar observant les institucions civils pròpies.

3.2. EL SISTEMA DE FONTS DES DEL DECRET DE NOVA PLANTA DEL 1715 FINS AL COMENÇAMENT DE LA CODIFICACIÓ LIBERAL

El document bàsic d'aquesta reforma és el Decret de Nova Planta del 28 de novembre de 1715 (publicat per la Reial cèdula del 16 de març de 1716).

Fins llavors, el govern general de l'illa havia estat, d'una banda, en mans del virrei i de l'Audiència, representants del rei, i de l'altra, dels jurats i del Gran i General Consell, representants del poble. A partir d'ara estaria al capdavant del govern l'Audiència, presidida pel comandant general de l'illa i formada pel regent, cinc ministres i un fiscal. Els jurats van quedar limitats a la ciutat de Palma i va ser suprimit el Gran i General Consell. En les causes civils, l'apel·lació o segona instància es faria davant del Consell de Castella.

Per tot això, s'afirma que el Decret de Nova Planta va significar la desintegració del sistema polític i normatiu del regne de Mallorca.⁵³ Les seves institucions representatives van desaparèixer definitivament el 1718.

No obstant això, el dret de Mallorca no es va extingir plenament a partir del Decret, ni tampoc hi va haver una voluntat decidida en aquest sentit. Es va conservar dret propi en matèria penal, processal i mercantil, però es va anar fossilitzant.⁵⁴

Això significa que el Decret de Nova Planta tampoc no va derogar el dret civil propi de Mallorca. El manteniment del dret comú romanocanònic com a dret supletori va ser reconegut pel mateix monarca el 1736, la qual cosa serví eficaçment per a la conservació del patrimoni jurídic.⁵⁵ Però amb el Decret de Nova Planta i les disposicions que es van dictar per tal d'explicar el contingut d'aquest, es va produir la desaparició de les bases de l'organització política mallorquina i, amb elles, la de la capacitat legislativa. Els monarques de la casa de Borbó van dictar normalment legis-

53. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 24.

54. «En todo lo demás que no está aquí comprendido, es mi voluntad, y mando se observen todas las Reales Pragmáticas y Privilegios con que antiguamente se gobernava esse Reyno, menos en las causas de Sedición y Crimen de Lesa Magestad y en las cosas y dependencias pertenecientes a Guerra, quedará por ahora todo libre a la disposición de mi Comandante General». Capítol 18 del Decret de 28 de novembre de 1715 (publicat a la *Real cédula de Nueva Planta de la Real Audiencia del reino de Mallorca*, de 16 de març 1716). Consultat a: Antonio PLANAS ROSSELLÓ, *Legislación histórica mallorquina: época medieval y moderna*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018 (Colección Leyes Históricas de España).

55. A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 24.

lació de caràcter comú per a tot Espanya, a través de les anomenades «leyes generales del Reino».

A partir del Decret de Nova Planta i fins a l'entrada en vigor del Codi civil (CC) el 1889, l'ordre de prelació de fonts a Mallorca —confirmat per la Reial cèdula de Felip V del 31 d'agost de 1736— en matèria civil va ser:

— El Decret de Nova Planta i el dret reial d'aplicació general després de la unió de les corones d'Aragó i Castella i les lleis dictades després del decret de Felip.

— Subsidiàriament, el dret propi de Mallorca. Com que el Decret exclouia la possibilitat de desenvolupar el dret civil propi legislativament, va fer-se consuetudinàriament.

Per tant, coexistiren el dret civil propi (anomenat *foral*), el dret de Castella i *Las Partidas* (dret reial castellà), que s'anomenaren aleshores *dret comú*.

Ara bé, tot i la subsistència consuetudinària del dret civil propi, la proliferació de lleis generals del Regne durant els segles XVIII⁵⁶ i XIX va anar desarticulant el dret foral, derogant-lo o fent-lo inaplicable en moltíssims aspectes. S'uneix a això la transformació que durant el segle XIX va patir la naturalesa del dret foral, en la pràctica dels tribunals, per les confusions de la doctrina.

A Eivissa hi ha un fet molt destacable que fa llum sobre el fenomen de l'aproximació cada vegada més estreta al dret civil català: la important rellevància que van tenir a l'illa alguns juristes no eivissencs, en concret els notaris.⁵⁷

4. LA CODIFICACIÓ CIVIL A ESPANYA

En realitat, l'època constitucional és la que imposa l'unitarisme i converteix el «regne de Mallorca i les illes adjacents» en una simple província. Diu Planas⁵⁸ que, amb anterioritat a la revolució liberal, el dret de Mallorca, especialment el privat, havia

56. Vegeu un llistat de les reformes normatives del dret civil del segle XVIII a A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 240.

57. Joan PLANELL RIPOLL, «Advocats i notaris de les Pitiüses», *Eivissa*, núm. 35 (2000), p. 14, par. 450: «Durant la setena dècada del segle XIX hi havia encara a les Pitiüses cinc notaris, tots ells naturals d'Eivissa. [...] Narcís Puget Ravell i Pere Jasso Sala moriren dins la dècada següent, i Lluís Riera Arabí, Manuel Valarino Selleres i Narcís Puget Sentí constituïren el trio de notaris dels anys noranta. L'any 1897 moriren els dos primers i Narcís Puget Sentí quedà com a únic notari d'Eivissa i Formentera fins a la vinda del mallorquí Joan Bausà i Espejo, l'any 1899. L'any 1907, poc després de l'arribada d'un segon notari foraster, Joan Balaguer Ensenyat, moria Narcís Puget Sentí. Amb la seva mort s'interrompia la cadena de notaris autòctons que durant segles havien donat fe pública de les determinacions dels illencs. I el record de tots ells ha anat desapareixent darrere l'horitzó configurat pels noms de Bausà, Balaguer i Sáez, tres notaris forasters que personifiquen a les Pitiüses l'activitat notarial de la primera meitat del segle XX».

58. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 241.

romàs pràcticament incòlume. No obstant això, les institucions del regne no havien estat capaces de donar-li una formulació adequada, que facilités el seu coneixement i evités la seva decadència.

L'ideal codificador es concreta en l'article 258 de la Constitució del 1812 de les Corts de Cadis, que ordena la conveniència⁵⁹ d'un codi civil uniformitzador per a tota la monarquia. La mateixa idea es va repetir en les successives constitucions anteriors al Codi civil espanyol del 1889.

Mitjançant el Reial decret del 19 d'agost de 1843 es va crear la Comissió General de Codificació perquè redactés un projecte de Codi civil (va ser el del 1851) que és l'antecedent del Codi civil del 1889. Aquest projecte derogava els drets forals i va entrar en conflicte amb les regions forals,⁶⁰ raó per la qual va quedar paralitzat.

A la segona meitat del segle XIX es va revifar el regionalisme, inspirat, des del punt de vista politicojurídic, en les idees del jurista alemany Savigny sobre «l'esperit del poble» i de l'escola històrica, que era anticodificadora. D'aquesta època, Planas⁶¹ ens dona notícia de la constitució d'una acadèmia de jurisprudència en el si de l'entitat cultural Ateneu Balear que, en la sessió del 26 d'octubre de 1867, va manifestar el seu objectiu de formar una compilació de dret foral només amb la finalitat de la conservació d'unes poques institucions d'especial arrelament, mitjançant la seva inclusió en el Codi general. Però no es té constància que es desenvolupés cap tipus de treball.

4.1. INCIDÈNCIES EN EL PROCÉS CODIFICADOR CASTELLÀ: LA MEMÒRIA I L'APÈNDIX AL CODI CIVIL

El Decret del 2 de febrer de 1880 (*Gaceta de Madrid*, núm. 58 [7 febrer 1880], p. 542) va encomanar a la Comissió General de Codificació espanyola la redacció d'un codi civil general sobre les bases del Projecte de codi civil del 1851 i va disposar (pel Reial decret del 16 de febrer de 1880) la incorporació a la Comissió d'un lletrat foralista per cada territori foral existent.

59. A les Corts de 1810 ja es va veure, per part dels diputats catalans Ramon Lázaro de Dou i Felipe Aner d'Esteve, «el primer senyal d'una certa oposició foralista a la unificació jurídica, que tot just estava llavors esbossada». Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 246.

60. L'Audiència Territorial de les Illes Balears va emetre un dictamen positiu a la unificació, però posava en relleu la resistència que generaria i va sol·licitar que «es tingués en consideració la llarga tradició jurídica de les seves normes pròpies a l'hora de respectar els drets adquirits i esperances legítimes dels veïns de les Balears» —tot recordant la base general tercera aprovada per la Comissió General de Codificació el 1843—. Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 255.

61. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 257.

Ripoll i Palou, com a vocal de la Comissió General de Codificació, va elaborar la *Memòria sobre les institucions del dret civil de Balears*, del 28 de desembre de 1880, que es va elevar (el 30 d'abril de 1881) al ministre de Gràcia i Justícia amb una exposició sobre dret civil de Mallorca de la Comissió General d'Estudi del Dret Civil de Mallorca (nomenada el dia 10 de maig de 1880) de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Palma. La *Memòria* tracta de justificar les institucions que s'han de conservar com a excepció al Codi civil general per a tot Espanya amb la finalitat que tot el dret civil balear quedi condensat en les excepcions que s'han de mantenir i, com a tals, s'han d'incloure en el Codi civil espanyol. La *Memòria* no fa cap distinció entre illes.

La mateixa *Memòria* va servir de base per a la futura redacció de l'apèndix sobre les Balears del Codi civil,⁶² ja que el dret foral declarat subsistent «per ara», al CC, hauria de recollir-se en un apèndix que s'incorporaria al Codi civil.

Per això, respecte d'Eivissa, Víctor Navarro diu el 1897 que «si s'arriba a formar l'apèndix foral per a Balears, i es fa extensiu a Eivissa, se li vindrà a imposar a aquesta illa un dret completament nou i estrany per a ella».

Pels reials decrets del 17 i el 24 d'abril de 1889 es va cridar a constituir les comissions⁶³ que havien de redactar els apèndixs de cada territori amb dret civil propi. El Projecte d'apèndix balear es va finalitzar el 20 de febrer de 1903, però mai no es va aprovar.

4.2. UNA MIRADA DES DE LES ILLES BALEARS A LA QÜESTIÓ FORAL DE LA CODIFICACIÓ CIVIL CASTELLANA

Amb el nom de *qüestió foral*, durant la codificació civil espanyola (castellana) es feia referència al plantejament de la subsistència dels drets civils espanyols, no castellans, al marge del codi que s'estava elaborant.

La qüestió foral se solucionà provisionalment en els articles 5, 6 i 7 de la Llei de bases de l'11 de maig de 1888.

Prèviament s'havia rebutjat la base dissetena del Projecte de llei de bases del 22 d'octubre de 1881, que deia que «la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio». I també s'havia rebutjat el Projecte de llei de bases del 7 de gener

62. Segons Planas, no es va manifestar una postura historicista o netament foralista en el camp del dret, sinó una visió pragmàtica, ja que s'intentava evitar el trastorn que representaria un canvi radical en la regulació de determinades institucions i es posava en relleu els perjudicis que podria ocasionar als drets adquirits o les simples expectatives de dret. Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 259.

63. La comissió balear, presidida per Pedro Ripoll Palou, estava formada per Manuel Guasp Pujol, Pedro Sampol, José Socías Gradolí, Enrique Sureda Morera i Miguel Ignacio Font Muntaner.

de 1885, que en l'article 5 deia: «En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de derecho supletorio⁶⁴ en aquellas cuestiones que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico».

L'article 5⁶⁵ de la Llei de bases de l'11 de maig de 1888 es plasma en l'article 12⁶⁶ CC, i l'article 7 de la Llei de bases, en l'article 13⁶⁷ CC. Així mateix, l'article 6 i part de l'article 7⁶⁸ de la Llei de bases del 1888 fixen el procediment que s'ha de seguir per tal de recollir «las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen», «en varios proyectos de ley, los apéndices del Código Civil, en los que se contengan», tot això «previo informe de las Diputaciones provinciales y de los Colegios de Abogados, y oyendo a la Comisión general de Codificación».

64. A Catalunya s'havia mantingut la supletorietat del dret canònic com a primer dret supletori. A les Illes Balears, seguint A. PLANAS ROSSELLÓ, «La recepción del *ius commune*», p. 583, sabem que «durante el periodo codificador, la doctrina balear fue unánime en la consideración del derecho romano como principal fuente del sistema jurídico en materia de derecho civil» i «desapareció para siempre toda mención a la supletoriedad del derecho canónico, como ya venía siendo habitual desde la segunda mitad del siglo XVII».

65. *Gazeta de Madrid*, 22 de maig de 1888: «Las provincias y territorios en que subsiste el derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3ª, relativa a las formas del matrimonio.»

66. «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4º, libro primero. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.»

67. «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes.»

68. «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes. El Gobierno, previo informe de las diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los colegios de abogados de las capitales de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión general de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar. Igualess informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral.»

Observem que, en els territoris forals, el Codi civil espanyol es va començar a aplicar de manera directa (art. 12.1 CC) en algunes matèries perquè era obligatori en tot el Regne. En la resta de matèries, el Codi civil espanyol va declarar la plena subsistència dels drets forals, incloent-hi la vigència dels drets supletoris propis (per exemple, el *ius commune*), de manera que el Codi civil espanyol era el dret supletori en segon lloc, a falta de dret supletori propi (art. 12.2 CC).

No obstant això, les Illes Balears⁶⁹ i Aragó van quedar en una altra situació. En definitiva, per a les Illes Balears, l'article 13 (originari) del Codi civil dona a entendre que es conserven només les seves disposicions forals o consuetudinàries vigents que s'oposin al dret comú codificat i desapareixen els antics drets supletoris.

Arran d'aquest procés observem que es va produir una desconexió entre els articles 5, 6 i 7 de la Llei de bases del 1888 i els corresponents articles 12 i 13 CC (originaris).

Quan l'article 7 de la Llei de bases deia «no obstant el que disposa l'article anterior», es referia a l'article 6 de la Llei de bases, mentre que l'article 13 CC quan deia «no obstant el que disposa l'article anterior» s'estava referint a l'article 12 CC, que respon a l'article 5 de la Llei de bases, i no a l'article 6, que seria «l'article anterior» de què parla l'article 7 de la Llei de bases. Així, el «no obstant, el que disposa l'article anterior» de l'article 13 CC exceptua, a les Illes Balears, la previsió feta per l'article 12.2 CC amb relació a tots els territoris forals: «[...] sense que pateixi alteració seu actual règim jurídic, escrit o consuetudinari, per la publicació d'aquest Codi, que regirà tan sols com a dret supletori en defecte del que ho sigui en cadascuna d'aquelles per les seves lleis especials».

L'origen d'aquesta redacció de l'article 7 de la Llei de bases del 1888 es troba en l'esmena⁷⁰ presentada pels diputats aragonesos (per tots, Joaquín Gil Berges) el 17 de juny de 1885. La intenció⁷¹ dels diputats aragonesos era, en primer lloc, que no s'apliqués a Aragó l'article 5 de la Llei de bases, és a dir, l'article 12 CC del 1889:⁷²

69. Durant les sessions parlamentàries, en les discussions relatives als drets supletoris forals existents, es parlava d'Aragó i de Biscaia com els territoris que tenien com a dret supletori el de Castella, davant de Catalunya i Navarra, que tenien dret supletori propi i reivindicaven poder mantenir-lo. Les Illes Balears, en canvi, no eren esmentades. Vegeu E. ROCA TRÍAS, «La codificación y el derecho foral», *Revista de Derecho Privado*, núm. 62 (1978), p. 639-640.

70. *Gazeta de Madrid*, 22 de maig de 1888: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas. El Gobierno, previo informe de las diputaciones provinciales y colegios de abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la aprobación del nuevo Código, el Proyecto de Ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar».

71. Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, «El origen del primitivo art. 13 del CC y el derecho aragonés», *Centenario del Código civil*, tom I, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990.

72. Esmena de l'article 7 del Dictamen de la Comissió, referent al projecte de llei que autoritza el

[...] se pretendía que las relaciones entre el Código civil y el derecho aragonés se rigieran exclusivamente por el art. 13 CC. y no por el art. 12 CC. Tal y como señalaba la doctrina aragonesa de la época, «ninguna de las prescripciones de todos los restantes artículos de dicho cuerpo legal son aplicables en Aragón si se oponen a su derecho foral y consuetudinario vigente. Es decir que ni los artículos del título preliminar ni, por tanto, su art. 12, rigen en Aragón si en algo contrarían las disposiciones vigentes de nuestro derecho». Con ello, lo que se pretendía fundamentalmente es que se mantuviera vigente el sistema de fuentes aragonés que admitía la costumbre contra ley, y evidentemente ese fue el objetivo de los diputados aragoneses al introducir el art. 7º de la ley de bases.

Els diputats aragonesos tampoc no volien⁷³ que s'apliqués a Aragó el paràgraf segon de l'originari article 12 CC, «pues de acuerdo con lo previsto en el art. 5º del proyecto de ley de bases podría entenderse que en Aragón el supletorio de primer grado sería también el Derecho romano y el canónico. Supletoriedad que se quería evitar porque históricamente no se había recurrido nunca a ningún Cuerpo supletorio foráneo, y porque desde el siglo XVIII, cuando Aragón perdió su capacidad legislativa, se había aceptado como Derecho supletorio al Derecho de Castilla».

Les Illes Balears van quedar en la mateixa situació que Aragó perquè, quan es va debatre l'esmena aragonesa, el diputat mallorquí Antoni Maura i Montaner va ser partidari d'incloure les Illes Balears en el règim proposat per Aragó per a separar-se de la tendència extrema defensada per Duran i Bas en matèria de conservació de drets forals i així marcar una tendència diferent dels catalans.⁷⁴

En la sessió del 27 de juny de 1885 es va exposar al Col·legi d'Advocats de Palma la consulta de Maura i Montaner sobre com s'havia de procedir en aquest punt i es va aprovar per majoria adherir-se a la postura d'Aragó.

Val la pena ressaltar,⁷⁵ com a justificació de la postura de Maura i Montaner, que el 1885 la referència als drets supletoris dels territoris forals es feia en els termes del dret romà i el dret canònic, però la dicció definitiva no va ser així: «[...] el Código,

Govern a publicar un codi civil, de 17 de juny de 1885. Vegeu R. HERRERO GUTIÉRREZ i M. A. VALLEJO ÚBEDA (ed.), *El Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1989, p. 536 i 891. En la sessió de l'11 d'abril de 1888 (ibídem, p. 929), el Congrés va presentar el text, aprovat definitivament, del Projecte de llei que autoritzava el Govern a publicar un codi civil, i l'article 7 manté la redacció proposada primerament. En la sessió del Senat del 28 d'abril de 1888, l'art. 7 del Dictamen de la Comissió Mixta, relativa al Projecte de llei per a dictar un codi civil, ja es referia a les Balears (ibídem, p. 987).

73. Opinió basada en Jesús DELGADO, «El origen del primitivo art. 13 del CC y el derecho aragonés».

74. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 260.

75. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 261.

que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

Conta Planas⁷⁶ que «en el debate que tuvo lugar en el Colegio de Abogados en 1885 quedó claro que se consideraba que la renuncia al derecho romano se circunscribía a aquellas normas que, aunque no fuesen contrarias a las del derecho consuetudinario y escrito propio de Mallorca, no estaban arraigadas en sus costumbres. [...] muchos de ellos consideraban que la vigencia de la integridad del derecho romano como supletorio constituiría una novedad». Per tant, s'havia admès⁷⁷ l'aplicació del *ius commune* com a propi, «puesto que podía decirse que el único derecho aplicable a las instituciones mallorquinas era el común [que era el derecho de Castilla]».⁷⁸

Quan es va retre comptes del Codi civil, les Corts van mostrar la seva disconformitat amb molts punts de l'articulat perquè entenien que no s'havien respectat les seves bases. Per això l'entrada en vigor es va haver de prorrogar, pel Reial decret d'11 de febrer de 1889, fins al dia 1 de maig de 1889.

En aquest temps, la Diputació Provincial de Balears va reaccionar a la inclusió de les Illes Balears en l'article 13 CC i el dia 1 de maig de 1889 es va traslladar al Ministeri de Gràcia i Justícia una sol·licitud perquè les Illes Balears fossin incloses en l'article 12.2 CC, petició que no va ser acceptada. Per això es va produir el resultat que la Diputació Provincial pretenia evitar: «A partir de entonces existió inseguridad jurídica, ya que sólo por vía jurisprudencial se pudo determinar cuáles eran “sus disposiciones forales y consuetudinarias actualmente vigentes”».⁷⁹

Paradoxalment, fou una altra interpretació⁸⁰ de l'article 13 CC la que va aportar la solució definitiva a la distinció entre regions forals: «[...] una abusiva interpretación doctrinal y jurisprudencial de los art. 12 y 13 CC llevó a negar que pudiera haber otro orden de prelación de fuentes en toda España que no fuera el señalado en el art. 6º CC. En consecuencia, las relaciones entre el Código civil y los llamados Derechos forales,

76. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 264.

77. Rafael de UREÑA, «Derecho foral», a *Enciclopedia jurídica española*, tom XI, Barcelona, Seix, 1910, p. 148: «Los representantes de Aragón y Mallorca, digámoslo en honra suya, siempre fueron más transigentes [...] en Aragón y Baleares ha penetrado el Código, no sólo como Derecho supletorio de primer grado, ó, por mejor decir, único, sino para regular todo aquello que el régimen jurídico-foral atañe, siempre que á éste no se contraponga».

78. E. ROCA TRÍAS, «Sistema de fuentes del derecho de Mallorca», *Anuario de Derecho Civil*, tom xxxv (1982), p. 38, i E. ROCA TRÍAS, «El antiguo artículo 12 del Código civil y la historia del derecho supletorio», *Centenario del Código civil*, tom II, Madrid, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, p. 1793-1795.

79. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 263.

80. DELGADO, «El origen del primitivo art. 13 del CC y el derecho aragonés».

incluidos Aragón y Baleares, se gobernaron por lo dispuesto en el art. 12 CC. Para Baleares, le propició la posibilidad de defender la supletoriedad del Derecho romano».

En conclusió, sabem que en realitat no hi havia dret supletori propi a les Illes Balears, ja que el dret romà vulgar, el *ius commune*, que des del segle XIII s'havia considerat dret supletori, havia arrelat profundament en els costums, cosa que havia significat que el dret supletori s'apliqués gairebé sempre i es convertís així en el principal ordenador de la realitat jurídica de les illes, atesa l'absoluta manca de normes civils en el dret autòcton balear.

Així, el dret principal era el conjunt d'institucions d'origen consuetudinari que s'havien anat perfilant des de la conquesta de les illes —*ius municipale* o *iura propria*—, la insuficiència del qual se suplia amb la vigència del dret romà justinianeu. Per això el *ius commune* va constituir el dret propi de Mallorca per aplicació en la pràctica, encara que el seu reconeixement oficial sigui dubtós.⁸¹ Per aquesta manca de reconeixement oficial, es continuava parlant⁸² del dret romà com a supletori,⁸³ però, en la pràctica, era l'únic dret propi de Mallorca.

Com a prova d'això hem d'esmentar el Projecte d'apèndix del 1949, ja que, en relació amb el tema de l'aplicació del dret civil propi, és especialment interessant perquè en el seu títol preliminar fa referència a les fonts del dret civil balear i perquè l'article 2 distingeix les institucions legals de les consuetudinàries. Les institucions legals (que l'apèndix qualifica també d'«especialitats i singularitats forals») es regeixen, en primer lloc, pels preceptes de l'apèndix i, supletòriament, pel dret romà o foral escrit, cosa que significa que l'apèndix manté el dret romà com a dret supletori. Així mateix, a falta de regulació en l'apèndix, quan es tracti d'institucions consuetudinàries, s'han d'atendre els usos i el costum. Per tant, tant el dret romà o foral escrit, com les usos i costums, són fonts de dret supletori de l'apèndix en totes les matèries regulades en ell.

Quan es va proposar aquesta redacció, i especialment els termes «sent per tant obligada l'observança d'aquestes lleis i costums com a font de dret supletori» (art. 2 Projecte d'apèndix del 1949), l'article 13 CC (originari) aplicava el Codi civil espanyol

81. E. ROCA TRÍAS, «Sistema de fuentes del derecho de Mallorca», p. 36, i E. ROCA TRÍAS, «El antiguo artículo 12 del Código civil y la historia del derecho supletorio», p. 1788-1789.

82. Reial cèdula del 31 d'agost de 1736, sobre un tema de fideïcomisos. Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del Reino de Mallorca: de la Nueva Planta a la unificación liberal», a J. A. ESCUDERO, *Génesis territorial de España*, Saragossa, El Justicia de Aragón, 2007, p. 537-538.

83. L. PASCUAL GONZÁLEZ, «Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho foral de Mallorca», *Revista de Derecho Privado*, tom XVIII (1931), p. 293, a propòsit de l'art. 13 CC, diu: «Al tratar del derecho vigente en este territorio, ninguno de los autores extraños a esta comarca menciona el derecho romano entre las disposiciones que rigen [...] y como no se menciona el derecho romano, es lógico deducir que éste no rige, ni como supletorio. Pero es un hecho positivo que el derecho romano se aplicaba al publicarse aquel cuerpo legal, como repetidamente lo tenía declarado el Tribunal Supremo, y aun después ha continuado su aplicación por parte del foro balear, en materia de sucesiones y hasta de régimen patrimonial en el de bienes conyugales».

excepte quan els principis propis del dret civil balear fossin contraris a l'aplicació del Codi civil espanyol, de manera que l'entrada del dret supletori propi, desplaçant el Codi civil, es produïa només en les matèries «recollides o esmentades» en l'apèndix, per la qual cosa aquests termes eren respectuosos amb l'article 13 CC («en el que no s'oposi a aquelles de les seves disposicions forals o consuetudinàries que actualment estiguin vigents»).

4.3. LA PRELACIÓ DE FONTS EN MATÈRIA CIVIL

Un cop publicat el Codi civil espanyol (art. 12 i 13 CC), la prelación de fonts en matèria civil va ser:

- a) Les lleis generals estatals posteriors al Codi civil.
- b) El títol preliminar i el títol iv del llibre i del Codi civil, aplicables en tot el Regne (art. 12.1 CC).
- c) Les disposicions que, com a generals, van ser vigents a tot Espanya subsistents a l'entrada en vigor del Codi civil espanyol i els preceptes del Codi civil o de qualsevol altre cos legal que les hagin substituïdes.
- d) Les disposicions escrites o consuetudinàries de l'antic dret propi de Mallorca que s'oposen o són irreductibles al dret comú del Codi civil.
- e) El Codi civil, com a dret propi de les Balears, en el que no s'oposi al seu antic dret.

La qüestió problemàtica d'aquest elenc de fonts és, abans de res, establir si regeixen amb preferència al dret civil propi, des del 1889 fins a la Compilació del 1961, les lleis generals posteriors al Decret de Nova Planta i no derogades pel Codi Civil i les normes del Codi Civil que van derogar lleis generals posteriors al Decret de Nova Planta i van incorporar-les al CC.

La creença que regien amb preferència al dret propi balear les normes del Codi civil que van derogar lleis generals posteriors al Decret de Nova Planta i van incorporar-les al mateix Codi, la va mantenir el Tribunal Suprem i va constituir, a partir de la dècada dels noranta del segle XIX i fins a la Segona República (1931), un dels instruments més freqüentment utilitzats per a anar escapçant el dret civil propi. No obstant això, és també habitual la interpretació que, un cop publicat el Codi civil, van reviuir les disposicions forals derogades per lleis generals des de la promulgació del Decret de Nova Planta fins a l'entrada en vigor del Codi.

4.4. EL SIGNIFICAT DE LA SUPLETORIETAT DEL CODI CIVIL ESPANYOL (1889-1961)

En aquesta qüestió ens interessa partir de la idea recordada per Planas⁸⁴ que «[l]a pervivència de los derechos supletorios de los territorios forales, tal y como fue defendida por Silvela en el debate parlamentario, en el fondo suponía su conservación no con un carácter integrador, sino como elementos del sistema jurídico que conformaban un todo orgánico con las disposiciones positivas autóctonas. La supletoriedad de segundo grado a favor del Código Civil sólo tenía sentido porque los derechos romano y canónico, como afirmaba Silvela, no merecían verdaderamente el nombre de supletorios. Y de acuerdo con esta interpretación, no tenía por qué existir una excesiva diferencia ente el papel que jugaba el derecho romano en Cataluña, donde se mantenía como supletorio, y en Baleares, donde se había renunciado a él».

Malgrat això, la interpretació correcta de la supletorietat del Codi civil espanyol a partir dels articles 12 i 13 CC (originari) fou la que es deriva del text legal, i no la pretensió dels legisladors del moment.

Seguint Badosa,⁸⁵ podem entendre com fou interpretada la supletorietat del Codi civil espanyol des d'aquell moment. Així, la comunitat (el caràcter de dret comú del CC) va ser una qualitat atribuïda *ex novo* al Codi civil espanyol, ja que no la tenia el dret que substituïa, que era el dret civil de Castella. I aquesta qualitat de comú va ser atorgada de manera indirecta al CC per mitjà de la supletorietat respecte dels drets amb vigència territorial limitada. Era una supletorietat segona, inútil des del punt de vista de l'aplicació efectiva, però la seva pretensió no era l'aplicació efectiva del CC, sinó només la seva aplicabilitat a àmbits territorials on mai no havia estat aplicable el dret de Castella; és a dir, l'expansió territorial de la seva vigència.

Continua Badosa⁸⁶ revelant-nos que la segona supletorietat del Codi civil espanyol significava incorporar-se a l'ordenació jeràrquica de les normes vigents en el territori foral; per tant, acceptar-la. La relació principal-supletori indica la diferència entre dos drets pel seu origen històric, sense comunicació normativa interna, de manera que l'aplicació del segon comença on acaba la del primer, quan s'han esgotat totes les possibilitats normatives del dret principal. La conclusió de l'autor és que hi ha una vinculació inseparable entre les idees de comunitat o vigència territorial, d'una banda, i supletorietat en general, de l'altra. En els territoris forals, el Codi civil espanyol va compensar vigència per aplicació, per la qual cosa va prorrogar l'extensió territorial a canvi de l'aplicació només supletòria.

84. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 265.

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

86. F. BADOSA, «La recent jurisprudència constitucional».

5. EL PROCÉS COMPILADOR. LA COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL ESPECIAL DEL 1961

5.1. EL PROCÉS COMPILADOR

El Projecte d'apèndix al Codi civil espanyol per al dret foral balear, redactat per la Comissió Especial de Dret Foral de les Illes Balears, és del 20 de febrer de 1903.⁸⁷ El 15 de setembre de 1916 hi va haver un vot particular de Manuel Guasp i José Socías al projecte d'apèndix esmentat on s'exposava la conveniència de renunciar a mantenir un dret civil propi arcaic enfront de la modernitat que representava aplicar tot el CC, en plena expansió del moviment codificador a Europa.

El 1920 el Col·legi d'Advocats de Palma de Mallorca va aprovar el Projecte d'apèndix i el 2 de juny de 1921 va emetre l'informe sobre el Projecte d'apèndix on sostenia la vigència del dret romà justinianeu com a dret propi.

El text articulat del Projecte d'apèndix al Codi civil (aprovat per la Junta General del Col·legi d'Advocats el 7 de setembre de 1920) va ser adoptat per la Diputació Provincial en la sessió del 5 de maig de 1924, però no va arribar a ser apèndix perquè a partir del Congrés Nacional de Dret Civil de Saragossa (3-9 d'octubre de 1946) es va passar del sistema de recollir el dret foral en apèndix al sistema de compilacions.

El Decret del 23 de maig de 1947 recull les conclusions del Congrés Nacional de Dret Civil celebrat a Saragossa i estableix el nomenament dels juristes de cada regió que han de formar part de les comissions especialitzades i les bases per tal d'elaborar els avantprojectes de compilació de les institucions històriques, tenint en compte la seva vigència i aplicabilitat en relació amb les necessitats i exigències del moment; i els autoritza a elaborar-les prenent com a base els projectes d'apèndix anteriors.

En virtut de l'Ordre de 24 de juny de 1947 es constitueixen aquestes comissions. La Comissió de Juristes que havia de redactar la Compilació de Balears va ser nomenada, finalment, per l'Ordre del 10 de febrer de 1948.⁸⁸ En la Comissió no hi havia representants d'Eivissa.⁸⁹

87. Tot seguint les previsions de l'art. 7, par. 2, de la Llei de bases: «El Gobierno, previo informe de las diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los colegios de abogados de las capitales de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión general de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar».

88. Presidida per Gonzalo Fernández de Castro, president de l'Audiència Territorial, i formada per Juan Alemany, Manuel Cerdó, Germán Chacáregui, Gabriel Subías, Félix Pons i José Quiñones.

89. J. COSTA RAMÓN, «Derecho foral ibicenco I. La costumbre foral ibicenca», *Eivissa*, 1a època, núm. 20 (1946), p. 325, assenyala: «Cada una de las islas del archipiélago balear tiene modalidades peculiares, que las diferencian entre sí y que a su vez han impreso su huella en el campo del derecho, reflejándose en la vida jurídica. De ahí que estemos en absoluto de acuerdo con los letrados mallorquines D. Manuel

El Projecte de compilació es va aprovar el dia 23 de febrer de 1949, però no va arribar a ser Compilació.

El 23 de febrer de 1953 el president de la Comissió General de Codificació va rebre una carta de la Subsecretaria de Justícia on es deia que els avantprojectes de les compilacions podien prendre com a base els projectes d'apèndix.

El 5 de desembre de 1958 es va constituir la Secció Especial⁹⁰ per a la Compilació del Dret Civil de Balears. La Secció Especial va iniciar els seus treballs i, tot i que es va prendre com a base el Projecte d'apèndix del 1949, la sistemàtica i l'estructura van variar totalment.

El canvi en l'estructura de la Compilació balear del 1961 s'inicia amb la postura de la Comissió de Juristes d'Eivissa (Acta de la sessió celebrada a Eivissa el 14 de març de 1960), que posa en paraules un element jurídicament invisible fins llavors:

La circunstancia de que la Isla de Mallorca sea, de las que integran el archipiélago balear, la más extensa, poblada e importante, motiva sin duda el error muy extendido de hacer pasar como sinónimo lo balear y lo mallorquín, con olvido de que cada una de ellas tiene sus propias características y peculiaridades que no cabe desconocer y que no pueden borrar el hecho de que el archipiélago constituya una unidad política y administrativa. Esta confusión, que se manifiesta en todos los ordenes, se pone singularmente de relieve, y sin duda con más peligro, en el campo jurídico, en el que las expresiones Derecho balear o de las Islas Baleares y Derecho de Mallorca se han tomado siempre como equivalentes, no sólo por la doctrina científica sino también en la literatura jurisprudencial y en las disposiciones legales.

Aquesta Comissió va elaborar un apèndix al Codi civil per a Eivissa i Formentera. Per això en l'informe que el 14 de març de 1960 va elevar a la Comissió General de Codificació reivindica les peculiaritats pròpies del seu dret.

La proposta de la Comissió d'Eivissa per a incorporar les seves institucions en l'apèndix és triple:

- 1) Procedir a una nova redacció del seu text, estructurant-hi el dret civil vigent a totes les illes Balears, incorporant per a això a la Comissió provincial representants de Menorca i del grup de les Pitiüses (Eivissa i Formentera).
- 2) Mantenir dit projecte d'Apèndix, eliminant d'ell els insuficients preceptes que dedica al dret

Guasp y D. José Socias, los cuales estimaron en su voto particular que, de aplicarse aquél, Menorca e Ibiza tendrían si tal designio prevaleciera, un parcial derecho tan exótico y nuevo como inesperado, fundado en el equívoco de que se respetan y codifican sus seculares especialidades fueristas».

90. Comissió presidida per José Castán i integrada per Rafael Rubio, Santiago Pelayo Horé, Pablo Jordán de Urries, Francisco Bonet Ramón, Gabriel Subías (vocal foralista), Germán Chacártegui Saénz (vocal foralista) i Marcelino Cabanas Rodríguez.

d'aquesta illa, com apèndix de Dret civil vigent a l'illa de Mallorca, deixant per a més endavant i donant amb això més temps per a un detingut estudi, la formació d'un projecte d'Apèndix de Dret civil aplicable a les illes menors de l'arxipèlag balear. 3) Seguir el mateix criteri de mantenir aquest projecte d'Apèndix, addicionant-li una sèrie de preceptes que determinin quins articles del mateix són d'aplicació a aquest territori, quins no i afegir-ne d'altres on es recullin institucions o peculiaritats no regulades en el mateix.

La decisió final⁹¹ va ser replantejar el treball de la Comissió i es va optar per dividir la Compilació en dos llibres: un per a Mallorca i Menorca i un altre per a Eivissa i Formentera.⁹²

Finalment, el Projecte elevat al Consell de Ministres el 12 d'agost de 1960 es va estructurar en tres llibres: el primer per a Mallorca, el segon per a Menorca i el tercer per a Eivissa i Formentera.

El 12 d'agost de 1960 el ministre de Justícia va elevar al Consell de Ministres el Projecte, que acabà sent la Compilació del dret civil especial de les Illes Balears del 1961.

De tota manera, la divisió en llibres per illes, arribés com arribés, sembla que no va ser més que una conseqüència històrica.⁹³

91. J. CERDÀ GIMENO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tom xxxi, vol. 2, Madrid, Edersa, 1981, p. 3, comenta que, segons el testimoni de membres de la Comissió Especial, la idea de la divisió per llibres va ser de Castán Tobeñas.

92. Així, el Projecte de treball per a la secció especial de la Comissió General de Codificació que acompanya el Projecte de compilació del 8 de juliol de 1961 diu: «Preocupación especial de la Comisión ha sido la de integrar en el Proyecto la totalidad del derecho vigente en las islas de Ibiza y Formentera, del cual el Anteproyecto anterior sólo había tomado en consideración los heredamientos en favor de los hijos nacederos, pactados en capitulaciones matrimoniales típicas de aquellas islas, considerando sus restantes instituciones identificadas con las mallorquinas y sometiéndolas, en consecuencia, al mismo tratamiento legal. Saliendo al paso de esta irregularidad, la Comisión reconoce la vigencia actual de un estado de derecho consuetudinario transmitido de generación en generación existente en las islas Pitiusas, que constituyen estatuto propio que, salvo en contadas instituciones, se orienta acusadamente hacia la unificación con las normas del Código civil».

93. Resulta interessant recordar un fet que pot ser un precedent molt remot de la divisió del dret civil a un dret diferenciat per illa: «[...] a partir del segle xiv les disposicions règies a penes s'atorguen de forma conjunta a les tres illes, sinó a cadascuna per separat, malgrat que tinguin un contingut idèntic. [...] El fet que algunes disposicions reials dirigides a l'illa de Menorca ordenin que s'apliquin determinades regles com es fa a Mallorca, perquè les illes formen part d'un mateix regne, indica que la qüestió era objecte de controvèrsia. Com assenyalava, amb gran precisió, el Gran i General Consell de Mallorca a una exposició de 1695 [...]. "Tenen aximatex les dites tres islas les sues pròpies lleis y finalmente tenen sos privilegis diversos". La facultat de presentar capítols normatius al monarca o al governador, atorgada als jurats i consells de les illes, contribuï a diferenciar els seus sistemes jurídics». Vegeu A. PLANAS ROSSELLÓ, «Els documents cabdals de la història de Mallorca», p. 11-12.

Com a tancament d'aquest llarg procés, reproduïm l'opinió següent de Planas:⁹⁴ «El movimiento codificador nació con la intención de entregar el derecho a la ley. En este sentido, en los territorios forales, la tardanza en la formación de compilaciones supuso un fracaso, puesto que durante mucho decenios no fue la ley la principal fuente de los sistemas jurídicos civiles».

5.2. LA LLEI 5/1961, DE 19 D'ABRIL, SOBRE LA COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL ESPECIAL DE LES ILLES BALEARS

La Compilació del 1961 és una llei estatal i, per tant, forma part d'un únic ordenament, de manera que, a partir d'aquest moment, la relació entre la Compilació i el Codi civil espanyol s'estableix com una relació entre normes d'igual rang, emanades d'un únic legislador, basada en els principis de jerarquia i posterioritat. Així, a partir d'ara, les relacions entre els drets forals i el Codi civil espanyol vindran donades per allò que les compilacions estableixin, i no pels originaris articles 12 i 13 CC, que si bé són d'una llei anterior i d'igual rang, queden superats per les disposicions de les compilacions.

La subsistència o no del dret supletori propi a partir de la redacció de l'article 13 CC (originari) té poca rellevància perquè la Compilació del dret civil especial balear del 1961 afirma, en la disposició final segona, que a partir d'ara el seu únic dret supletori serà el conjunt dels «preceptes del Codi civil que no s'hi oposin i les fonts jurídiques d'aplicació general».

5.2.1. *En particular, el qualificatiu de dret «especial»*

Amb la Compilació del 1961, el dret contingut en ella deixa de ser excepcional⁹⁵ perquè ja no es tracta d'una sèrie de normes o disposicions (o institucions) sense unitat interna, destinades només a preveure casos aïllats (en el sentit que ja no es tracta de les institucions excepcionals que han de conservar-se en contra del CC), sinó que es presenta com un sistema de dret civil amb fonts pròpies i principis generals per a autointegrar les seves normes. L'especialitat no és intrínseca al dret civil (ja que seria

94. A. PLANAS ROSSELLÓ, «El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal», p. 265.

95. En l'*excepcionalitat* hi ha un dret aplicable que es troba obstaculitzat en casos concrets per l'aplicabilitat d'un altre dret com a preferent, però integrat en aquell; hi ha un sol dret que sobre una matèria determinada té més d'una norma. La norma específica exclou l'aplicabilitat de la norma general quan es donen les circumstàncies previstes en aquella. Vegeu F. BADOSA, «La recent jurisprudència constitucional».

un dret excepcional), sinó que és territorial: un àmbit limitat de vigència dins d'un altre àmbit més ampli.⁹⁶

Per tant, el dret especial (la Compilació) té aplicació preferent sobre el dret comú (Codi civil espanyol),⁹⁷ i el dret comú té caràcter supletori o complementari respecte del dret especial.⁹⁸

Així mateix, el dret especial no té força expansiva ni es pot aplicar per analogia. Però aquesta conseqüència no es pot predicar de la Compilació del 1961. En primer lloc, perquè si el Codi civil espanyol no es pot aplicar quan resulti contrari a la Compilació, tot i trobar-nos davant d'un cas de falta de precepte, és perquè la Compilació té uns principis generals amb força expansiva mitjançant els quals s'han de resoldre les llacunes de la llei.⁹⁹ La Compilació s'insereix en un sistema jurídic que correspon a principis generals diferents dels del Codi civil espanyol i, per tant, en relació amb les matèries regulades en la Compilació, el Codi civil espanyol no pot ser dret comú.

I, en segon lloc, perquè després de la reforma del títol preliminar del Codi civil espanyol, el 1974, la Compilació es converteix, sens dubte, en un cos de dret civil comú com a norma directament aplicable i amb capacitat d'autointegració, cosa que relega el Codi civil a ser subsidiari a falta d'una norma compilada, ja que el Codi civil espanyol és simplement una norma amb rang de llei, igual que la Compilació.

5.2.2. *Finalment, un incís sobre l'estructura de la Compilació balear del 1961*

Com a conseqüència de la divisió de la Compilació del 1961 en tres llibres, per illes, es va començar a plantejar si el dret civil a les Illes balears és o no un únic dret, almenys formalment, i, per tant, si es pot o no parlar d'unitat del dret civil balear.

Per a salvar aquesta problemàtica, l'exposició de motius de la Compilació ja aclaria que «aquesta diversitat de règims no ha d'afectar la unitat formal de la Compilació balear, en la qual, sense trencament de la seva estructura unitària i sistemàtica, s'ha assenyalat l'àmbit d'aplicació territorial dels seus preceptes».

96. F. BADOSA, «La recent jurisprudència constitucional».

97. L'art. 2 de la Compilació del 1961 deia: «[...] les disposicions d'aquesta Compilació regiran amb preferència al dit cos legal».

98. Per això la disposició final segona de la Compilació del 1961 assenyalava: «En allò no previst en la present Compilació regiran els preceptes del Codi civil que no s'hi oposin i les fonts jurídiques d'aplicació general».

99. Disposició final segona de la Compilació del 1961.

6. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALONSO MARTÍNEZ, M. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Madrid: Plus Ultra, 1948, p. 469-470.
- BADOSA, F. «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1 (1994).
- BALLESTER PONS, P. «Las instituciones forales de Menorca». *Revista de Menorca*, tom VII (1888-1899), p. 113-148.
- «La sucesión ab-intestado en Baleares». *Revista de Menorca*, tom XIV (1919), p. 181-185.
- BALLESTER PONS, P. «El apéndice de Baleares». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 146 (1925), p. 67-90.
- CASASNOVAS CAMPS, Miquel Àngel. *Història de les Illes Balears*. Mallorca: Moll, 1998 (Els Treballs i els Dies; 44).
- CERDÀ GIMENO, J. «La revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 26 (1973), núm. 3, p. 849-891.
- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tom XXXI, vol. 2. Madrid: Edersa, 1981, p. 3.
- CLAR GARAU, R. «La Compilación del derecho civil especial de Baleares». A: *Estudios de derecho privado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1962.
- «Título preliminar. Artículos 1 y 2». A: ALBALADEJO, M. [dir.]. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tom XXXI, vol. 1. Madrid: Edersa, 1980.
- COSTA RAMÓN, J. «Derecho foral ibicenco. I. La costumbre foral ibicenca». *Eivissa*, 1a època, núm. 20 (1946), p. 323-325.
- «Derecho foral ibicenco. II. El derecho de habitación en la costumbre foral». *Eivissa*, 1a època, núm. 21 (1946), p. 343-344.
- «Derecho foral ibicenco. III. Servidumbres». *Eivissa*, 1a època, núm. 22 (1946), p. 359-360.
- «Derecho foral ibicenco. IV. Donaciones». *Eivissa*, 1a època, núm. 22 (1946), p. 360.
- «Derecho foral ibicenco. V. De las sucesiones». *Eivissa*, 1a època, núm. 25 (1947), p. 427-429.
- *Derecho foral ibicenco*. Eivissa: Institut d'Estudis Eivissencs, 1950.
- «Derecho foral ibicenco». *Eivissa. Revista del Instituto de Estudios Ibicencos*, 2a època, núm. 5 (1958), p. 19-58.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. «El origen del primitivo art. 13 del CC y el derecho aragonés». A: *Centenario del Código civil*. Tom I. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990.
- FAJARNES TUR, E. «Noticias. Derecho consuetudinario de Ibiza». *Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana*, núm. 240, tom VIII (1900), p. 264.

- HERNÁNDEZ-CANUT Y ESCRIVÁ, J. «La Compilación del derecho civil especial de Baleares». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 14 (1961), núm. 3, p. 659-690.
- HERRERO GUTIÉRREZ, R.; VALLEJO ÚBEDA, M. A. [ed.]. *El Código civil. Debates parlamentarios 1885-1889*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1989.
- JAUME I. *Crònica o Llibre dels Feits*. A cura de Ferran Soldevila. Barcelona: Edicions 62, 1982.
- Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Mallorca*. Pròleg d'Antonio Maura. Madrid: Pedro Núñez, 1888.
- LLABRÉS, G. «Fuentes del derecho en Mallorca». *Bolletí de la Societat Arqueològica Luliana*, tom XVII, núm. 458 (1918), p. 177.
- «Fuentes del derecho en Mallorca». *Bolletí de la Societat Arqueològica Luliana*, tom XIX (1922-1923).
- «Fuentes del derecho en Mallorca». *Bolletí de la Societat Arqueològica Luliana*, tom XXI (1926-1927).
- LLODRÀ GRIMALT, F. *Sobre la sucesión intestada en Mallorca*. Palma: UIB, 1999.
- «La naturaleza jurídica de la sociedad rural menorquina». *Estudis Baleàrics*, núm. 68-69 (2000-2001).
- «Notas para la regulación del derecho de servidumbre de paso en Mallorca». *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, vol. VIII (2006).
- «El sistema de fonts del dret civil balear (1990-2006). Estudi amb motiu del Projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació balear». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 8 (2007).
- «La Compilació de 1961». A: MASOT, Miquel; FERRER, Maria Pilar; SEGURA, Lluís [coord.]. *El dret viscut*. Palma: Lleonard Muntaner, 2011.
- MACABICH I LLOBET, Isidor. «Sobre el antiguo Reino de Mallorca». *Revista del Instituto de Estudios Ibicencos*, 2a època, núm. 3 (1956).
- *Eivissa. Les seves institucions històriques*. Barcelona: Rafael Dalmau Editor, 1964 (Episodis de la Història; 56-57).
- MASCARÓ ALBERTÍ, M. *Ensayos jurídicos sobre el derecho foral de Mallorca*. Palma: Amengual y Muntaner, 1896.
- «Derecho foral en Mallorca». *Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana*, tom VIII, núm. 234-236 (1899), p. 141-184.
- *Derecho foral de Mallorca*. Palma: 1904.
- MASOT MIQUEL, M. «Compilación del derecho civil especial de Baleares». *Temis*, núm. 12 (1962), p. 213-223.
- MOLL, Antoni. *Ordinacions i sumari dels privilegis, consuetuds i bons usos del regne de Mallorca*. Mallorca: Casa de Pera Guap, 1663.
- NOGUERA ROIG, F. «Exposición de motivos». A: ALBALADEJO, M. [dir.]. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tom XXXI, vol. 1. Madrid: Edersa, 1980.

- PASCUAL GONZÁLEZ, L. «Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho foral de Mallorca». *Revista de Derecho Privado*, tom XVIII (1931), p. 281-294.
- *Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales. Con inclusión del Informe, Compilación y Proyecto de Apéndice de la Comisión de Juristas de 1949*. Palma: Impr. Mossèn Alcover, 1951.
- *Derecho foral de Baleares*. Palma: [s.n.] [1956].
- «La revisión del texto de la Compilación del derecho foral de Baleares». A: *Jornada de Derecho Foral* (1972). Palma: Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, 1973.
- PLANAS ROSSELLÓ, A. «Acerca de la naturaleza municipal o territorial del derecho del Reino de Mallorca». *Estudis Baleàrics*, núm. 28 (1988), p. 83-88.
- *Recopilación del derecho de Mallorca 1622: Por los doctores Pere Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza*. Palma: Ilustre Colegio de Abogados de Baleares i Miquel Font Editor, 1996.
- «La sucesión intestada de los impúberes y la supuesta aplicación de las constituciones de Cataluña en Mallorca». *Ius Fugit*, núm. 8-9 (2000), p. 95-123.
- «Els documents cabdals de la història de Mallorca. Assaig de classificació normativa». A: *Documents cabdals del Regne de Mallorca: Documents i compilacions legals*. Palma: Parlament de les Illes Balears, 2003.
- *La abogacía en el Reino de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*. Palma: Lleonard Muntaner Editor, 2003 (Refaubetx; 17).
- «La participación del reino de Mallorca en las Cortes generales de la Corona de Aragón». *Ius Fugit*, núm. 10-11 (2003), p. 763-772.
- «La pervivencia del derecho mallorquín tras los decretos de Nueva Planta». *Ius Fugit*, núm. 13-14 (2004-2006), p. 409-437.
- «La creación notarial en el Reino de Mallorca (ss. XIII-XVIII)». *Memòries de la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Genealògics*, núm. 15 (2005), p. 101-113.
- «Los jurados de la ciudad y Reino de Mallorca (1249-1718)». Palma: Lleonard Muntaner Editor, 2005 (Refaubetx; 23).
- *El notariado en el Reino de Mallorca (siglos XIII-XVIII)*. Palma: Lleonard Muntaner Editor, 2006.
- «El derecho del Reino de Mallorca: de la Nueva Planta a la unificación liberal». A: ESCUDERO, J. A. [ed.]. *Génesis territorial de España*. Saragossa: El Justicia de Aragón, 2007, p. 507-546.
- «Estudi historicojurídic». A: URGELL HERNÁNDEZ, R. [dir.]. *Llibre dels reis. Llibre de franqueses i privilegis del regne de Mallorca*. Palma: J. J. de Olañeta, 2010, p. 51-72.
- «Transcripció de la compilació llatina de franqueses i privilegis». A: URGELL HERNÁNDEZ, R. [dir.]. *Llibre dels reis. Llibre de franqueses i privilegis del regne de Mallorca*. Palma: J. J. de Olañeta, 2010, p. 163-271.
- *La Real Audiencia de Mallorca en la época de los Austrias (1571-1715)*. Barcelona: Publicacions de la Universitat Pompeu Fabra, 2010, 430 p.

- PLANAS ROSSELLÓ, A. «Las alegaciones jurídicas y otros papeles en derecho (Mallorca ss. XVI-XIX)». *Ius Fugit*, núm. 17 (2011-2014), p. 105-126.
- «El derecho del antiguo Reino de Mallorca ante la codificación liberal». *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 82 (2012), p. 237-266.
- «Derecho de Mallorca y derecho de Ibiza. Reflexiones en torno a dos documentos del Llibre de la Cadena (ca. 1288)». *Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana* (BSAL), núm. LXX (2014), p. 267-275.
- «La provisión de 13 de diciembre de 1351 reguladora del Gran i General Consell de Mallorca». *Memòries de la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Genealògics*, núm. 24 (2014), p. 7-19.
- «Las recopilaciones del derecho de Mallorca en la época de la dinastía privativa». A: *Historia Iuris. Estudios dedicados al profesor Santos M. Coronas González*. Vol. II. Oviedo: Universidad de Oviedo i KRK, 2014, p. 1291-1300.
- «La carta de poblament d'Eivissa i Formentera del 1236». *Revista de Dret Històric Català*, núm. 14 (2015), p. 121-147.
- «La costumbre en el derecho histórico de Mallorca». *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 22 (2015), p. 101-116.
- «Els Stili sive ritus curiarum. Una col·lecció oficial mallorquina de dret consuetudinari». BSAL, núm. 72 (2016), p. 251-263.
- «La recepción del *ius commune* en el reino de Mallorca». *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 13 (2016), p. 561-589.
- «Las relaciones entre rey y reino en un territorio sin Cortes. El caso de Mallorca». A: BARÓ PAZOS, Juan [ed.]. *Repensando la articulación institucional de los territorios sin representación en Cortes en el Antiguo Régimen en la monarquía hispánica*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 97-120.
- «El municipio de Mallorca tras la Nueva Planta borbónica». A: DEYÁ BAUZÁ, M. [dir.]. *1716: el final del sistema foral de la monarquía hispánica*. Palma: Lleonard Muntaner Editor, 2018, p. 255-276.
- *Legislación histórica mallorquina: Época medieval y moderna*. Madrid: Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2018.
- PLANAS ROSSELLÓ, A. [coord.]; RAMIS BARCELÓ, R. *Historia del derecho. Síntesis histórica, textos histórico-jurídicos y materiales auxiliares*. 2a ed. revisada. Palma: UIB, 2014.
- PLANELLS RIPOLL, Joan. «Advocats i notaris de les Pitiüses». *Eivissa*, núm. 35 (2000).
- PONS I FÀBREGUES, B. «El dret foral i l'autonomia a Mallorca». Palma: Impremta Francesc Soler, 1919.
- PONS MARQUÉS, F. «Derecho civil de Mallorca». A: *Nueva enciclopedia jurídica*. Tom I. Barcelona: Seix, 1950, p. 282.
- «Una obra sobre nuestro derecho foral». *Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana*, tom 30.

- QUADRADO, J. M. *Privilegios y franquicias de Mallorca (cédulas, capítulos, estatutos, órdenes y pragmáticas, otorgadas por los Reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el siglo XIII hasta fin del XVII)*. Palma: Esc. Tipográfica Provincial, 1894.
- *Forenses y ciudadanos. Historia de las disenciones civiles de Mallorca, en el siglo XV*. Palma: Impr. y Librería de Estevan Trias, 1847.
- RIVERA SIMÓN, M. «Modalidades de derecho foral subsistentes en Menorca». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 318-319 (1954), p. 887-912.
- «Modalidades de derecho foral subsistentes en Menorca». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 320-321 (1955), p. 39-59.
- «Modalidades de derecho foral subsistentes en Menorca». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 342-343 (1956), p. 793-806.
- «Modalidades de derecho foral subsistentes en Menorca». *Revista de Menorca*, any LI, sisena època (1957).
- «Precedentes históricos del derecho foral menorquín». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, any xxx, núm. 314-315 (1954), p. 573-604.
- ROCA TRÍAS, E. «Sistema de fuentes del derecho de Mallorca». *Anuario de Derecho Civil*, núm. xxxv (1982), p. 38.
- «El antiguo artículo 12 del Código civil y la historia del derecho supletorio». A: *Centenario del Código civil*. Tom II. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990.
- SALVÀ RIERA, J. *El derecho de familia en Mallorca: un estudio histórico-bibliográfico de la legislación mallorquina*. Palma: Tipografía de Felipe Guasp, 1918.
- «Derecho de familia en Mallorca. Legislación mallorquina». *Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana*, tom xvii (1918), p. 17, 52, 68, 89, 100 i 116.
- SUBÍAS FELIU, G. «La Compilación del derecho civil especial de Baleares». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 20 (1966), p. 619-645.
- SUREDA MORERA, E. «Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca». *Revista de Derecho Privado*, any i, núm. 2 (1913-1914), p. 33-42.
- UREÑA, Rafael de. «Derecho foral». A: *Enciclopedia jurídica española*. Tom XI. Barcelona: Seix, 1910.
- VERGER GARAU, J. «Innovaciones introducidas en el derecho civil especial de Baleares por la reciente Compilación». *Revista de Derecho Notarial*, núm. 35-38 (1962), p. 265-299.
- XAMENA FIOL, Pere. *Història de Mallorca*. 4a edició. Palma: Moll, 2005.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, Manuel; MUT CALAFELL, Luz; OLIVER MORAGUES, Antonio. *Tratados de notaría en el Reino de Mallorca: Facsímil del Tratado sesión de Antoni Moll de 1714*. Palma: Colegios Notariales de España, 1995.

THE SHARED EQUITY CREDIT AGREEMENT AS A NEW CREDIT AGREEMENT TO FINANCE THE SHARED OWNERSHIP IN CATALONIA

Guillem Izquierdo Grau

Associate professor

Private Law Departament

Autonomous University of Barcelona

Abstract

The Catalan lawmaker introduced the Shared Ownership into the Catalan Civil Code in 2015. However, since the entry into force of the Act 19/2015, there have been no acquisitions of assets using this new tenure.

The Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 regulates the Shared Equity Credit Agreement, which could be a new credit agreement to facilitate the acquisitions of assets using the Shared Ownership. Moreover, the Spanish lawmaker has transposed the Directive 2014/17/UE in the same terms than the Directive 2014/17/EU.

The aim of this paper is to facilitate the implementation of the Shared Equity Credit Agreement in Spain once the Directive 2014/17/EU is transposed by the Spanish lawmaker to make housing more affordable.

Keywords: shared equity credit agreement, credit agreement, shared ownership, housing, mortgages, co-ownership, affordable housing, intermediate tenures, condominium.

EL CONTRACTE DE PRÉSTEC SOBRE CAPITAL COMPARTIT COM UN NOU INSTRUMENT FINANCER PER A LA PROPIETAT COMPARTIDA A CATALUNYA

Resum

L'any 2015 el legislador català va introduir la propietat compartida en el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. No obstant això, des de la introducció de la propietat compartida, les adquisicions d'immobles a través d'aquesta tinença han estat residuals.

La Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014, regula alguns aspectes del contracte de préstec sobre capital compartit, el qual podria ser un contracte de préstec que facilités les adquisicions d'immobles a través d'aquesta tinença. En

relació amb els contractes de préstec sobre capital compartit, el legislador estatal ha transposat la Directiva 2014/17/UE mitjançant la Llei 5/2015, de 15 de març, dels contractes de crèdit immobiliari, en els mateixos termes que la Directiva 2014/17/UE.

Aquest article té per objecte facilitar la implementació dels contractes de préstec sobre capital compartit i afavorir les adquisicions d'immobles a través de tinences com la propietat compartida que no comporten una situació de sobreendeutament.

Paraules clau: contractes de préstec sobre capital compartit, contracte de préstec, propietat compartida, habitatge, hipoteques, copropietat, habitatge social, tinences intermèdies, condomini.

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO SOBRE CAPITAL COMPARTIDO COMO UN NUEVO INSTRUMENTO FINANCIERO PARA LA PROPIEDAD COMPARTIDA EN CATALUÑA

Resumen

En el año 2015 el legislador catalán introdujo la propiedad compartida en el libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. No obstante, desde la introducción de la propiedad compartida, las adquisiciones de inmuebles mediante esta tenencia han sido residuales.

La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, regula algunos aspectos del contrato de préstamo sobre capital compartido, el cual podría ser un contrato de préstamo que facilitase las adquisiciones de inmuebles mediante esta tenencia. En relación con los contratos de préstamo sobre capital compartido, el legislador estatal transpuso la Directiva 2014/17/UE en los mismos términos que la Directiva 2014/17/UE.

Este artículo tiene por objeto facilitar la implementación de los contratos de préstamo sobre capital compartido y favorecer las adquisiciones de inmuebles a través de tenencias como la propiedad compartida que no comportan una situación de sobreendeudamiento.

Palabras clave: contratos de préstamo sobre capital compartido, contrato de préstamo, propiedad compartida, vivienda, hipotecas, copropiedad, vivienda social, tenencias intermedias, condominio.

1. INTRODUCTION: THE ACT 19/2015 OF THE CATALAN PARLIAMENT RELATING TO INTERMEDIATE TENURES AND THE ENACTMENT OF THE DIRECTIVE 2014/17/EU ON CREDIT AGREEMENTS FOR CONSUMERS RELATING TO RESIDENTIAL IMMOVABLE PROPERTY

The Catalan lawmaker adopted the Act 19/2015 to regulate new tenures to make housing more affordable in Catalonia. This Act provides the temporal ownership and the shared ownership. These are new tenures whereby the Catalan lawmaker aims to facilitate the purchase of residential immovable properties fleeing from the classical methods to acquire an immovable property: «renting or buying full property».¹

The temporal ownership and the shared ownership are conceived of for not being tenures whose acquisition involves an over indebtedness situation for the consumers. Instead of buying the full property contracting a mortgage loan, the shared ownership is conceived as a co-ownership where at least two shareholders coexist at the same time. The first one is named by the Act 19/2015 as «formal shareholder» and in the majority of cases it is the original householder who decides to sell a share of his property to constitute a co-ownership. The second one is named as «material shareholder» and is the titleholder of the share of domain of the original householder.

The idea is to facilitate the gradual acquisition of the immovable property owned, for example, by a bank as a «formal shareholder», and the consumer acquires the full ownership by exercising the right of staircase, which is the right of acquiring more shares of domain from the «formal shareholder» in a few years' time.

Nevertheless, the classical financial schemes in Spain would be adapted to finance new tenures like the Catalan shared ownership. The Directive 2014/17/EU on Credit Agreements for Consumers Relating to Residential Immovable Property may offer new credit agreements which could be imported into the Spanish legal system of laws to facilitate the acquisitions of immovable properties.

1. Glen BRAMLEY and James MORGAN, «Low Cost Home Ownership Initiatives in the UK», *Housing Studies*, no. 13/4 (1998), p. 571-573. The shared ownership began in the UK where some initiatives were foster by the British, Scottish and Welsh governments. The British government fostered two modalities of shared ownership. The first one is the conventional scheme which the supplier (usually an a housing association) builds a new housing unit with a mix of public subsidy and private loan. The second one was a program called «Do-It-Yourself Shared Ownership (DIYSO)» in which the household found a typically second-hand home on the market and it was then purchased with the housing owning part and the household the other part. In Scotland there was a similar modality of conventional shared ownership called «Shared Ownership Of The Shelf (SOOTS) in which associations purchased complete units from speculative builders.

The Directive 2014/17/EU considers the Shared Equity Credit Agreement² as a contract to buy immovable properties and minimize the risks associated with homeownership related to the household income and costs of housing.³ However, the regulation of this contract is not detailed and the technique of the minimum harmonization would lead to not transposing this contract adequately in the Spanish legal system of laws. Finally, the Spanish legislator transposed the Directive 2014/17/EU by the Act 5/2019 Act 5/2019, 15 March 2019, on immovable credit agreements with any reference to the shared equity credit agreement.

2. THE DIRECTIVE 2014/17/EU ON CREDIT AGREEMENTS FOR CONSUMERS RELATING TO RESIDENTIAL IMMOVABLE PROPERTY

The Directive 2014/17/EU is the second Directive, in conjunction with Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, that adopts the EU to defend the consumer's rights. However, there are several differences between both directives related to the level of harmonization and the mechanisms to protect consumer's interests.

The adoption of the Directive 2014/17/EU is justified for the economic importance of the credit agreements to acquire a residential immovable property. On the one hand, it is estimated that the credit agreements to buy an immovable property represent an important share of the EU' GDP. On the other hand, the importance of these agreements for the consumers and their families is well-known because the acquisition of an immovable property is the major inversion made by a consumer in lifetime.

As regards the objective scope of the Directive 2014/17, the Recital 15 Directive 2014/17/EU says:

The objective of this Directive is to ensure that consumers entering into credit agreements relating to immovable property benefit from a high level of protection. It should therefore apply to credits secured by immovable property regardless of the purpose of the credit, refinancing agreements or other credit

2. Christine WHITEHEAD, *Shared ownership and shared equity: reducing the risks of home-ownership?*, York, Joseph Rowntree Foundation, 2010, p. 4, in <<http://www.jrf.org.uk>>. This author notes that shared ownership and shared equity products have been developed as mechanisms for increasing access to owner-occupation by a mix of shared ownership and shared equity instruments and shallow subsidy.

3. Christine WHITEHEAD, *Shared ownership and shared equity*, p. 4. Purchasers who use shared equity hold a traditional mortgage only on the proportion they are purchasing. For this reason, the shared equity reduces the risk from interest rate changes by reducing the size of the traditional mortgage.

agreements that would help an owner or part owner continue to retain rights in immovable property or land and credits which are used to purchase an immovable property in some Member States including credits that do not require the reimbursement of the capital or, unless Member States have an adequate alternative framework in place, those whose purpose is to provide temporary financing between the sale of one immovable property and the purchase of another, and to secured credits for the renovation of residential immovable property.⁴

3. THE SHARED EQUITY CREDIT AGREEMENT IN THE DIRECTIVE 2014/17/UE

According to the article 4.25 Directive 2014/17, «Shared equity credit agreement» means a credit agreement where the capital repayable is based on a contractually set percentage of the value of the immovable property at the time of the capital repayment or repayments».⁵

The Directive 2014/17/EU defines the Shared Equity Credit Agreement because the directive contains some functional requirements for the calculation of the APRC. Therefore, the directive does not regulate this credit agreement beyond the calculation of the APRC.

Consequently, the Shared Equity Credit Agreement enables to finance the acquisition of a residential immovable property without financing the acquisition of 100 % of the domain.

4. The Spanish authors have criticized the objective scope of the Directive 2014/17. *Vid.* Esther ARROYO AMAYUELAS, «La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *Indret*, no. 2 (2017), p. 15.

5. Christine WHITEHEAD, *Shared ownership and shared equity*, p. 4. The shared equity is a credit agreement where the consumer buys 100 per cent of the property by mixing a mortgage and a traditional loan. For instance, the consumer has a 25 per cent buffer arising from the equity mortgage and financial institutions allow up to 100 per cent mortgages on the 75 per cent required in the form of a traditional loan. Therefore, the deposit requirements are lower than buying a property taking out a mortgage loan to finance 100 per cent of the property. Glen BRAMLEY and James MORGAN, «Low Cost Home Ownership Initiatives in the UK», p. 571-573. It seems that the origin of shared equity was in Wales, where an initiative of shared ownership was fostered by the Welsh government. Under that scheme, the buyer effectively received an interest-free loan 30 per cent equivalent to the property value from a housing association and purchased the remaining part of the association fees.

Firstly, the Directive 2014/17/EU contains the formula for the APRC calculation.⁶

Secondly, with reference to the APRC calculation, the Directive establishes some functional requirements which are regulated in the annex II:

(g) In the case of credit agreements other than overdrafts, bridging loans, shared equity credit agreements, contingent liabilities or guarantees and open-ended credit agreements as referred to in the assumptions set out in points (i), (j), (k), (l) and (m):

- (i) if the date or amount of a repayment of capital to be made by the consumer cannot be ascertained, it shall be assumed that the repayment is made at the earliest date provided for in the credit agreement and is for the lowest amount for which the credit agreement provides;
- (ii) if the interval between the date of initial drawdown and the date of the first payment to be made by the consumer cannot be ascertained, it shall be assumed to be the shortest interval.

6. Annex I Directive 2014/17/UE of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014.

I. Basic equation expressing the equivalence of drawdowns on the one hand and repayments and charges on the other.

The basic equation, which establishes the annual percentage rate of charge (APRC), equates, on an annual basis, the total present value of drawdowns on the one hand and the total present value of repayments and payments of charges on the other hand, i.e.:

$$\sum_{k=1}^m C_k (1 + X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^{m'} D_l (1 + X)^{-s_l}$$

where:

- X Is the APRC
- m is the number of the last drawdown
- k is the number of a drawdown, thus $1 \leq k \leq m$
- C_k is the amount of drawdown k
- t_k is the interval, expressed in years and fractions of a year, between the date of the first drawdown and the date of each subsequent drawdown, thus $t_1 = 0$
- m' is the number of the last repayment or payment of charges
- l is the number of a repayment or payment of charges
- D_l is the amount of a repayment or payment of charges
- s_l is the interval, expressed in years and fractions of a year, between the date of the first drawdown and the date of each repayment or payment of charges.

Indeed, considering the Catalan Shared Ownership as a potential application for the Shared Equity Credit Agreement, the APRC calculation shall be made at the time of exercising the right of staircase for the «material shareholder». In accordance with the article 556-4.2*b* of the Catalan Civil Code, hereinafter CCCat, the foundational title must regulate the exercise of the staircasing right. Moreover, despite the fact the article 556-4.2*b* CCCat does not establish that the periodicity of the staircasing right is a mandatory issue that must be regulated in the foundational title, the article 556-11*d* determines that the Shared Ownership terminates when the right of staircasing is not exercised by the «material shareholder». It leads to the conclusion that the periodicity is an issue that both householders have to deal with, in spite of the fact the Catalan Civil Code does not determine it is a mandatory issue which must be regulated in the foundational title.

Therefore, by combining the regulation of the Shared Equity Credit Agreement with the potential agreements contained in the foundational title of the Shared Ownership, the APRC calculation shall be made at the time of exercising the right of staircasing to buy another set of domain from the «formal shareholder» because that is the time when the amount of money to buy the initial share of domain shall be repaid.

Furthermore, the last paragraph describes when the APRC calculations shall be made, but both shareholders may not provide the periodicity of the staircasing right. Indeed, this situation could be common because it is not mandatory to deal with such issue in the foundational title. In this case, the article 556-4.3 CCCat states that the Shared Ownership has a duration of thirty years if both shareholders do not determine an other duration that could never be longer than ninety-nine years.

Indeed, if both shareholders do not determine the duration of the Shared Ownership, I consider that the second paragraph of the article transcribed could be a solution in these cases. In the absence of an agreement about the periodicity of the staircasing right, the APRC calculation shall be made at the time of exercising the staircasing right to finance the acquisition of more sets of domain until purchasing the residential immovable property.

Indeed, in order to achieve the purpose of financing the Shared Ownership in Catalonia whereby the Shared Equity Credit Agreement, I consider that both shareholders shall deal with the duration of the Shared Ownership so as to give legal security to the Shared Ownership and its financing. At least, the letter *m* of the annex 1 comes to this conclusion supposing that the payments shall be made on the dates or dates permitted under the credit agreement:

- (i) the payments by consumers shall be deemed to occur at the latest date or dates permitted under the credit agreement.

However, the second paragraph of the letter m) considers that the Shared Equity Credit Agreement may need a real guarantee to constitute this credit agreement to finance to purchase of an immovable property:

- (ii) percentage increases in value of the immovable property which secures the shared equity credit agreement, and the rate of any inflation index referred to in the agreement, shall be assumed to be a percentage equal to the higher of the current central bank target inflation rate or the level of inflation in the Member State where the immovable property is located at the time of conclusion of the credit agreement or 0 % if those percentages are negative.

Consequently, according to the value of the immovable property, the credit institutions may require a real guarantee to constitute the Shared Equity Credit Agreement. In this case, I consider that the situation would be the same as if both shareholders agreed on the periodicity of the exercise of the staircasing right without a real guarantee. However, troubles may arise in case of foreclosure of the real guarantee due to the non-payment Shared Equity Credit Agreement.

The Spanish lawmaker transposed the Directive 2014/17/EU into the Spanish legal system of laws by the Act 5/2019, 15 March 2019 on immovable credit agreements in the same terms as the Directive 2014/17/UE. Consequently, the implementation of the shared equity credit agreement in Spain depends on the financial institutions and its capacity to adopt new financial schemes.

4. THE EXECUTION OF THE SHARED EQUITY CREDIT AGREEMENT AND THE FORECLOSURE OF THE REAL GUARANTEE

First of all, I consider that the treatment of the execution of the Shared Equity Credit Agreement would be substantially different considering that both shareholders may be natural persons or one of them may be the funding institution.⁷

4.1. SHAREHOLDERS AS NATURAL PERSONS

The article 556-12 CCCat establishes that the shared ownership does not expire due to the foreclosure of the share of the formal shareholder or to the foreclosure of

7. Christine WHITEHEAD, «Increasing Affordability Problems. A Role for Shared Equity Products? Experience in Australia and UK», *Housing Finance International*, no. 22 (2007), p. 16. Whitehead alerted that some troubles could arise in case of foreclosure on the asset if there were repayment problems.

the material shareholder's share. Certainly, this article is a guarantee for the parties involved in the shared ownership in case of defeats of any owners. The intention of this article is to preserve the shared ownership instead of becoming an ordinary condominium and it expounds some questions that shall be solved.

Firstly, the funding institutions might place some hindrances to divide the mortgage loan between the owners if it were constituted in favor of the original owner, the formal shareholder. For instance, the original owner could have contracted a mortgage to finance the acquisition of a flat and then constitute the shared ownership. Nasarre Aznar⁸ has claimed that this situation should be dealt with by both shareholders and the mortgage creditor. At least, this is the premise of the article 123 Mortgage Act which establishes that the mortgage responsibility will not be divided between the parties in case of estate segregations. However, the mortgage responsibility could be divided between the landlords if it is accepted by the mortgagee. This would be the best solution, but the article 123 Mortgage Act requires the consent of the mortgagee to divide the mortgage responsibility between the landowners. Nevertheless, the same author warns that the material shareholder would be taking responsibility for the mortgage of the formal shareholder and it is not the best solution for the material shareholder.⁹

Therefore, the good predisposition of the funding institutions is essential to promote the shared ownership in Catalonia. According to the article 123 Mortgage Act, the real guarantee would not be reduced because the mortgagee would be able to execute the foreclosure of the real guarantee in case of the default of the formal shareholder. Therefore, it would not be attractive for the material shareholder, who would be affected by the default of the formal shareholder, if the funding institution did not divide the mortgage responsibility.

Hence, considering the nature of the shared ownership, which might be resembled to a condominium, but instead of assigning the use of the property to the co-owners, it is exclusively assigned to the material share-owner, it might be interesting to consider the jurisprudence of the article 405 Spanish Civil Code, hereinafter SCC, and the article 552-12.2 CCCat. These articles establish that the estate segregation will not be detrimental for the mortgagee. In accordance with those articles, the jurisprudence of the Spanish Supreme Court has claimed, as laid down in the arti-

8. Sergio NASARRE AZNAR, «La propiedad compartida y la temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado», in Sergio NASARRE AZNAR (ed.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 813.

9. Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, 3rd. ed., t. II, *Derecho hipotecario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, p. 115-116: «En caso de división de la finca entre los comuneros (art. 405 Cc), o por el solo acto del dueño, el acreedor hipotecario conservará intacto el derecho de hipoteca; pero con la ventaja de que puede exigir “la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”».

cle 123 Mortgage Act, that the estate segregation does not affect the guarantee of the mortgagee; however, the funding institution might divide the mortgage responsibility between the landowners.¹⁰

In my opinion, this would be the panorama if the formal shareholder had constituted a mortgage to buy an immovable property and then he decided to sell a share of domain and set up a shared ownership. However, Nasarre Aznar¹¹ noted that the mortgage responsibility would be divided between the landowners in accordance with the article 216 Mortgage Regulation by a private agreement between the parties.

The decision of the Directorate General for Registers and Notaries of Spain of 7th January 2004 admitted this possibility to register a private agreement in order to divide the mortgage responsibility, taking into account that the division of the mortgage responsibility should be the same as the mortgage loan established in the original property.¹² Furthermore, a legal case reached the courtroom and the Valencia Provincial Court¹³ declared that the distribution of the mortgage responsibility is admissible

10. Sentence Spanish Supreme Court 77/2012, 22th February: «[...] la división de la cosa común no perjudica al tercero, quien según lo que dispone el art. 405 CC, “conservará los derechos de hipoteca [...]” y otros derechos reales que la graven. Este es el sentido del art. 405 CC, así como el del art. 670.5 LEC, que impone al adjudicatario la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, subrogándose en la responsabilidad que de ellos se deriva, no en la deuda que origina semejante responsabilidad. No se infringe, por tanto, el art. 1205 CC, que regula la novación por cambio del deudor de una obligación, puesto que en el supuesto actual, solo cambia el responsable en tanto que como adquirente del bien sujeto a una hipoteca, debe soportar la ejecución por las deudas impagadas, pero no se convierte en deudor ni se subroga en esta posición, al contrario de lo que insinúa el recurrente. A tal efecto conviene recordar lo que establece el art. 123 LH, cuando después de admitir que el acreedor hipotecario y el deudor garantizado con hipoteca pueden pactar la distribución de la deuda en los casos de división de la finca hipotecada, a falta de pacto, “podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en las que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”».

11. Sergio NASARRE ÁZNAR. «La propiedad compartida y la temporal», p. 814.

12. Decision of the Directorate General for Registers and Notaries of 7th January 2004: «Se debate en el presente recurso sobre si la distribución de la responsabilidad hipotecaria que recaía sobre la finca matriz entre las varias resultantes de su división, puede inscribirse en virtud de documento privado ratificado ante el Registrador; y al respecto ha de señalarse que dicha cuestión viene expresamente resuelta en sentido afirmativo en el Reglamento Hipotecario en su artículo 216, y a tal pronunciamiento ha de estarse ahora, sin que a tal conclusión pueda objetarse el que algunas de las fincas resultantes queden libres de toda responsabilidad, pues, no se ve por qué ha de ser distinto el tratamiento en las hipótesis de reducción parcial y en las de reducción total cuando, en definitiva, lo relevante es que la suma de las responsabilidades a que quedan afectas las distintas fincas resultantes sea igual a la de la originaria finca matriz».

13. Sentence Valencia Provincial Court 511/2004, 30th September: «A la vista de tales normas y doctrina, este Tribunal entiende que, como afirma la última resolución y la juez “a quo”, si un documento privado es título suficiente para inscribir en el Registro la distribución de la responsabilidad hipotecaria ello implica que puede serlo, tanto para el caso de constitución de hipoteca sobre varias fincas sin distribuir la responsabilidad, como para hacer esta distribución entre una finca hipotecada y las resultantes de su división, sin que el art. 216 citado exija que esta distribución no haya tenido lugar en el título constitutivo».

in a private document and this agreement should be registered based on the article 216 Mortgage Regulation.

Therefore, in accordance with the decision of the Directorate General for Registers and Notaries of Spain of 7th January 2004 and the jurisprudence, it might be possible to divide the mortgage responsibility between the landowners in a private agreement and then register it. The article 123 Mortgage Act declares that it is possible to divide the mortgage responsibility if the estate is divided into more flats through the agreement between or among the mortgagee and the debtors. Whether the mortgagee accepts this agreement, both shareholders should agree on the distribution of the mortgage responsibility in a private agreement and register it in accordance with the article 216 Mortgage Regulation.

Secondly, in terms of mortgage responsibility, the funding institutions possibly hinder the fact of reaching an agreement and divide the mortgage responsibility between two landowners. Nasarre Aznar¹⁴ has proposed another option, which is to achieve a settlement to extinguish the mortgage affected to the share of the material shareholder and focus the mortgage responsibility on the share of the formal shareholder, who was the original debtor of the mortgage loan. The material shareholder might ask the same funding institution or another for a mortgage to finance the acquisition of their share. Nevertheless, according to the article 122 Mortgage Act, it seems difficult to expire the mortgage responsibility referred to in the share of the buyer due to provision of that article which establishes that the mortgage affects the entire domain regardless of reducing the mortgage debt.

The division of the mortgage responsibility is not a new phenomenon in the Spanish Mortgage Act. For instance, financial institutions usually grant a mortgage loan to a promoter so as to build a building and then the mortgage responsibility is divided between the landowners of the flats which form the building. However, in these cases there is a subrogation in the mortgage loan. The buyer of the flat becomes the debtor of the mortgage loan and the promoter is not affected by the foreclosure of the mortgage guarantee.

The reflections above have been made in case the original land owner asked for a mortgage before the constitution of the shared ownership. Nevertheless, I consider that the situation might be easier if a mortgage on the property is not constituted. In other words, if both owners decide to constitute a mortgage to finance the acquisition of their shares of domain, the funding institution might deal with the phenomenon as a primary division of estates, instead of proceeding in accordance with the article 123 Mortgage Act. The mortgage responsibility would be focused on the share of domain of both shareholders and the foreclosure might be limited by the share of every landowner, according to the article 556-12 CCCat.

14. Sergio NASARRE AZNAR, «La propiedad compartida y la temporal», p. 814.

The article 556-12 CCCat claims that the shared ownership is not extinguished by the foreclosure of any share. However, the share of the buyer might be enforced due to rent default. Whether or not in the constitutive deed the owners have agreed that the buyer has to pay a rent for the exclusive possession of the flat, their share might be enforced if the rent is not paid.¹⁵

4.2. THE FUNDING INSTITUTION AS THE FORMAL SHAREHOLDER

The foreclosure of the real guarantee would be easier if the formal shareholder were the funding institution. On the one hand, in these cases the funding institution would be the formal shareholder and, consequently, the owner of the major share of the domain. On the other hand, the consumer would be the material shareholder and the owner of the minor share of the domain.

In accordance with the article 123 Mortgage Act, the funding institution may divide the mortgage responsibility into the parties because in case of default, the funding institution would execute the Shared Equity Credit Agreement for the acquisition of the initial share of the domain. Hence, the creditor may recover the minor share of the domain that was financed by the Shared Equity Credit Agreement.

This solution could be attractive for the financial institution because the mortgage responsibility is divided into the funding institution and the material shareholder and, in case of default, the formal shareholder would award the share of domain of the material shareholder, executing other assets of the material shareholder if the foreclosure of his share were not enough to repay the mortgage loan granted to acquire the minor share of domain.

5. SHARED OWNERSHIP AND ITS POSSIBLE APPLICATIONS IN THE PRIVATE MARKETS

I consider that on the private market there could be some applications which might be attractive for the consumers and the financial institutions. Nevertheless, the implementation of the shared ownership might be difficult due to the confusion about the product. The population knows that the private market is based on renting

15. Susan BRIGHT and Nicholas HOPKINS, «Home, Meaning and Identity: Learning from The English Model of Shared Ownership», *Housing, Theory and Society*, no. 28 (2010), p. 386. In accordance with the legal concept of the shared ownership, the purchaser has to pay the rent in respect of the «non-owned» share, and also has mortgage payments to make. «Default in either can lead to loss of possession». Susan BRIGHT and Nicholas HOPKINS, «Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England», *University of Oxford. Legal Research Paper Series*, no. 52 (2013), p. 13-15.

and homeownership. Consequently, it is fundamental to promote this hybrid tenure from the Catalan Government and the local public offices of housing to spread the shared ownership among the population.¹⁶

However, the shared ownership might be interesting for consumers who are involved in these next situations.

The shared ownership might be considered by the spouses who financed the acquisition of the conjugal home through a mortgage loan and then they get divorced. The conjugal home might be awarded to the spouse that continued living in the conjugal home. Therefore, the spouse who leaves the conjugal home might be interested in that flat being the owner of the 50 % of the domain and drawing a rent due to the exclusive possession of the flat by the ex-partner. The spouse, which would live in the conjugal home, could acquire more shares of the domain and reduce the rent for their exclusive possession. Moreover, the spouse that left the conjugal home would have an asset that might be invested in the acquisition of another residence.

In terms of inheritance law, the shared ownership might be useful when there are some heritors and the inheritance has to be divided among the heirs, but one of them lives in a flat which is part of the heritage. For instance, there could be three heritors and the will of the testator were to divide the heritage among them with equal shares. Such heritors might constitute a shared ownership in order not to disturb the inheritor who lives in the inherited flat.

Hence, the financial institutions and other agents might be interested in the shared ownership and create an alternative market to sell empty flats mainly:

To bring empty flats to the market which have been awarded after the evictions. These flats and dwellings might be sold by the shared ownership by using public subsidies to allocate people with low resources. The Spanish Government created a private entity called Sareb in order to restructure the Spanish financial system, which consists of assembling the immovable assets from the Spanish banks. I consider that these empty flats might be sold using intermediate tenancies such as the below mentioned shared ownership.

16. Alison WALLACE, «Shared ownership: satisfying ambitions for homeownership?», *European Journal of Housing Policy*, no. 12, p. 210-221. According with Wallace, there are several attributes of shared ownership to spread this tenure among the population related to the use, security and accumulation of housing assets and the socio-cultural or psychological attributes of owning.

With reference to the last idea, some authors¹⁷ have claimed that the shared ownership might be used to prevent the evictions of the tenants in case of default of repaying the mortgage loans. For instance, whether the default occurs when the mortgage debtor has paid the 30 % of the mortgage loan, the tenure might become a shared ownership. The tenant would be the owner of the 30 % of the domain and they should pay a rent to the funding institution for their share and use of the entire domain. Hence, the tenant would not be evicted and would remain occupying the flat. Furthermore, the bank would receive a minor rent instead of receiving a toxic asset for the foreclosure of the mortgage in court.

The promoters might consider the shared ownership to sell estate developments by innovative tenures such as the shared ownership. I think about estate developments of tourist apartments which might be brought to the market by intermediate tenures. The shared ownership might be an affordable tenure to buy a tourist apartment by buying a minor share of the domain. The right to staircase might be an incentive to buy more shares of domain if the buyer wants to buy the full ownership mid-term.

Furthermore, in Spain there are many estate developments which were built on the outskirts. The promoters might be interested in bringing that stock of empty flats to the market through affordable tenures rather than being regarded as bad assets by the funding institutions.¹⁸

6. CONCLUSIONS

The Directive 2014/17/EU is focused on problems identified in mortgage markets within the European Union related to the behavior of market participants. Hence, the detailed regulation of financial loans is not the scope of the directive to acquire a residential immovable property.

17. Susan BRIGHT and Nicholas HOPKINS, «Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England», p. 10: «Part ownership is also supported as part of the government's "Mortgage Rescue Scheme" for "priority" home owners⁵² in England at risk of homelessness through repossession, to enable them to convert from full ownership to a part ownership arrangement with a social housing provider». Rosa María GARCÍA TERUEL, Núria LAMBEA LLOP and Elga MOLINA ROIG, «The new intermediate tenures in Catalonia to facilitate Access to housing», *Revue de Droit Bancaire et Financier*, no. 2 (2015), p. 117: «This offers a good solution, for example, to households that are about to lose their home due to the non-payment of the mortgage; a shared ownership arranged with a credit institution would enable the homeowner to retain the share of the property equivalent to the amount of the loan he would have already repaid and in the meantime he continues paying rent of the remaining share».

18. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Censos de población y viviendas 2011», in <http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm>. According to the Spanish National Statistics Institute, in Spain there were a 14 % of empty flats in 2011 due to the last decade overbuilding.

Furthermore, the Directive 2014/17/EU regulates some aspects related to the Shared Equity Credit Agreement, which may be an appropriate credit agreement to finance the Shared Ownership in Catalonia. Nevertheless, due to the minimum harmonisation of the Directive 2014/17, the Spanish legislator transposed the directive by the Act 5/2019, 15 March 2019 on immovable credit agreements on the same terms as the Directive 2014/17/EU and, for this reason, new financial schemes to facilitate the entrenchment of the Shared ownership in Catalonia shall be proposed.

In reference to the Shared Equity Credit Agreement, the Directive 2014/17/EU regulates some specialties for this credit agreement, but the regulation contained in the Directive 2014/17/EU shall be adapted to the Shared Equity Credit Agreement. Accordingly, I consider that both shareholders should agree on the periodicity of the exercise of the staircasing right to provide legal certainty to this tenure and its financing.

I noted that the financing of the Shared Ownership may be easier if the formal shareholder were the financial institution, instead of being another natural person. The Shared Ownership would be a condominium where the holder of the minor share of the domain were a natural person and the holder of the major of the domain the financial institution. Both shareholders would be co-owners of the immovable property, but the material shareholder whereby the exercise of the staircasing right would acquire more shares of domain. In case of default, the foreclosure of the Shared Equity Credit Agreement would result in the recovery of the minor share of the domain through the financial institution which is the formal shareholder.

Connected with the last idea, the shared ownership might be used to prevent the evictions of the tenants in case of default in repaying the mortgage loans. For instance, whether or not the default occurs when the mortgage debtor has paid the 30 % of the mortgage loan, their tenure might become a shared ownership. The tenant would be the owner of the 30 % of the domain and they should pay a rent to the funding institution for their share and use of the entire domain. Hence, the tenant would not be evicted and would remain occupying the flat. Furthermore, the bank would receive a minor rent instead of receiving a toxic asset for the foreclosure of the mortgage in courts.

7. BIBLIOGRAPHY

- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «La Directiva 2014/17/EU sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial». *Indret*, no. 2 (2017), p. 1-44.
- BRAMLEY, Glen; MORGAN, James. «Low Cost Home Ownership Initiatives in the UK». *Housing Studies*, no. 13 (1998), p. 567-586.

- BRIGHT, Susan; HOPKINS, Nicholas. «Home, Meaning and Identity: Learning from The English Model of Shared Ownership». *Housing, Theory and Society*, no. 2 (2010), p. 377-397.
- «Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England». *University of Oxford. Legal Research Paper Series*, no. 52 (2013), p. 1-38.
- GARCÍA TERUEL, Rosa María; LAMBEA LLOP, Núria; MOLINA ROIG, Elga. «The new intermediate tenures in Catalonia to facilitate Access to housing». *Revue de Droit Bancaire et Financier*, no. 2 (2015), p. 116-120.
- NASARRE AZNAR, Sergio. «La propiedad compartida y la temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado». In: NASARRE AZNAR, Sergio (ed.). *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 776-827.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales*. 3rd. ed. T. II. *Derecho hipotecario*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999.
- WALLACE, Alison. «Shared ownership: satisfying ambitions for homeownership?». *European Journal of Housing Policy*, no. 12, p. 205-226.
- WHITEHEAD, Christine. *Shared ownership and shared equity: reducing the risks of home-ownership?* York: Joseph Rowntree Foundation, 2010, p. 1-16.
- «Increasing Affordability Problems. A Role for Shared Equity Products? Experience in Australia and UK». *Housing Finance International*, no. 22 (2007), p. 16-20.

JURISPRUDÈNCIA
I RESOLUCIONS

RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

Rosa Barceló Compte

Aquest treball conté un resum de les resolucions en matèria de dret civil dictades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en el període comprès entre el gener i el juliol del 2019. 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 SUCCESSIONS: INEFICÀCIA SOBREVINGUDA DEL TESTAMENT PER LA CRISI DE LA PARELLA ESTABLE

*Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) núm. 14/2019,
de 21 de febrer (RJ/2019/2016)*

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Recurs de cassació 194/2018

Article 422-13.2 [CCCat]. *Ineficàcia sobrevinguda per crisi matrimonial o de convivència*

Les disposicions a favor del convivent en parella estable esdevenen ineficaces si, després d'haver estat atorgades, els convivents se separen de fet, llevat que reprenguin la convivència, o s'extingeix la parella estable per una causa que no sigui la defunció d'un dels membres de la parella o el matrimoni entre ambdós.

En el moment de l'atorgament del testament (31 de juliol de 2000), el causant i l'hereu no estaven constituïts com a parella estable homosexual, ja que la normativa vigent en aquell moment (art. 21 de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella) exigia l'atorgament d'una escriptura pública com a requisit constitutiu *ad solemnitatem*. Malgrat que mesos més tard van formalitzar la seva relació i posteriorment van contraure matrimoni, en el moment en què es va atorgar el testament ambdós eren únicament una parella sentimental. Per tant, malgrat el divorci posterior, no resulta d'aplicació l'article 422-13.2 del Codi civil de Catalunya (CCCat), que declara ineficaces les disposicions fetes a favor del convivent en parella estable si aquesta

s'extingeix després d'haver estat atorgades, ja que la norma exigeix la constitució com a parella estable en el moment de l'atorgament de la disposició testamentària.

2. DRET DE FAMÍLIA

2.1. PACTES FORA DEL CONVENI REGULADOR

STSJC 23/2019, de 18 de març (RJ/2019/2021)

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Recurs de cassació 4/2018

Article 233-5 [CCCat]. *Pactes fora de conveni regulador*

1. Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial atorgats d'acord amb l'article 231-20 i els adoptats després de la ruptura de la convivència que no formin part d'una proposta de conveni regulador vinculen els cònjuges. L'acció per a exigir el compliment d'aquests pactes es pot acumular a la de nul·litat, separació o divorci i es pot demanar que s'incorporin a la sentència. També es pot demanar que s'incorporin al procediment sobre mesures provisionals perquè siguin recollits per la resolució judicial, si escau.

En aquest cas, es tracta de la donació entre cònjuges d'un immoble situat a Suècia mitjançant un document privat firmat el mes de febrer de l'any 2012, en plena crisi matrimonial. La ruptura no coincideix sempre amb el cessament definitiu de la convivència i, en aquest sentit, són pactes fora del conveni regulador sotmesos a l'article 233-5 CCCat els adoptats un cop la ruptura matrimonial o crisi conjugal ja s'ha produït tot i que el cessament de la convivència no sigui encara definitiu. Els pactes patrimonials a què arribaren els cònjuges durant el mes de febrer han de ser qualificats com a pactes fora de conveni i la seva validesa és indiscutible perquè consten en un document privat firmat per ambdós cònjuges i no consta que n'hagin instat la revocació.

No formen part dels anomenats *efectes patrimonials derivats estrictament del matrimoni* els altres negocis (de causa onerosa i gratuïta) que els cònjuges duguin a terme en exercici de la seva llibertat de contractació (arg. ex art. 231-11 CCCat), ja que no són negocis que resultin o derivin directament del vincle matrimonial.

Conseqüentment, l'aplicació del Reglament 593/2008, de 17 de juny (Reglament Roma I), a aquesta donació immobiliària comporta que, si no hi ha acord entre les parts per a l'elecció de la llei aplicable, se seleccioni la norma de conflicte corresponent al tipus de contracte que s'hagi convingut; en aquest cas, és la que s'estableix en l'article 4.1c: «[...] el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, se regirá por la ley donde esté sito el bien inmueble». Així, doncs, en aquest cas és la llei sueca.

La regulació específica que fa el Reglament Roma I de tot el que fa referència a la validesa formal dels contractes sotmesos al Reglament, exclou la norma de conflicte intern que regula aquesta mateixa qüestió, que és l'article 11 del Codi civil espanyol (CC).

STSJC 24/2019, de 18 de març (RJ/2019/2020)

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Recurs de cassació 184/2018

Article 233-5 [CCCat]. *Pactes fora de conveni regulador*

[...]

2. Els pactes adoptats després de la ruptura de la convivència sense assistència lletrada, independent per a cadascun dels cònjuges, es poden deixar sense efecte, a instància de qualsevol d'ells, durant els tres mesos següent a la data en què són adoptats i, com a màxim, fins al moment de la contestació de la demanda o, si escau, de la reconvenició en el procés matrimonial en què es pretenguin fer valer.

Els pactes convinguts lliurement entre els cònjuges fora dels capítols matrimonials són vàlids, lícits i legals, malgrat que siguin posteriors a la sentència de separació conjugal, sempre que no hagin estat deixats sense efecte per les vies que preveu l'article 233-5.2 CCCat.

La ruptura no coincideix sempre amb el cessament definitiu de la convivència i, per tant, són pactes post-ruptura els que són adoptats un cop la crisi conjugal s'ha produït, tot i que el cessament de la convivència no sigui encara definitiu.

Els pactes adoptats fora del conveni post-ruptura no requereixen cap forma *ad solemnitatem*, a diferència dels pactes en previsió d'una futura ruptura, segons l'article 231-20 CCCat. A més, poden deixar-se sense efecte.

Les parts van subscriure una proposta de conveni i, immediatament, van firmar un annex que puntualitzava l'acord concret sobre la propietat de l'habitatge.

Aquest annex és un contracte entre les parts, fruit de l'autonomia de la voluntat de cadascuna, i la seva validesa s'analitza per mitjà dels requisits establerts per l'article 1261 CC. Per tant, el pacte és nul perquè manca la causa.

La manca de causa del títol de propietat és la *ratio decidendi* de la Sentència i per això el TSJC no entra a examinar si l'annex fou deixat sense efecte per una de les parts per alguna de les vies de l'article 233-5.2 CCCat.

2.2. ALIMENTS

STSJC 1/2019, de 14 de gener (RJ/2019/779)

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Recurs de cassació 40/2018

Article 237-13 [CCCat]. Extinció

1. L'obligació de prestar aliments s'extingeix per les causes següents:

[...]

e) El fet que l'alimentat, encara que no tingui la condició de legitimari, incorri en alguna de les causes de desheretament que estableix l'article 451-17.

L'article 237-13.1e CCCat estableix que l'obligació de prestar aliments s'extingeix si l'alimentat, encara que no tingui la condició de legitimari, incorre en alguna de les causes de desheretament que estableix l'article 451.17 CCCat. Aquest article, en el seu apartat segon, lletra e, preveu com a causa de desheretament «l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa exclusivament imputable al legitimari».

Malgrat que l'absència manifesta i continuada de relació familiar per una causa imputable exclusivament al legitimari, o, si escau, a l'alimentista, sigui en un cas causa d'extinció de la llegítima i, en un altre cas, causa d'extinció del dret de rebre aliments, el dret a la llegítima i el dret d'aliments tenen una naturalesa distinta que influeix a l'hora de determinar el grau de rigor amb què cal analitzar la conducta del legitimari que nega cap tipus de relació amb el seu causant i la de l'alimentista que s'oposa a relacionar-se amb l'obligat a prestar-li aliments.

Així, doncs, el dret d'aliments que el legislador català reconeix als fills majors d'edat que no han acabat la seva formació (arg. ex art. 237-1 CCCat) constitueix un dret bàsic i a la vegada una obligació d'origen familiar, ja que, com assenyala l'article 236-17.1 CCCat, «[e]ls progenitors, en virtut de llurs responsabilitats parentals, han de tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, convida-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral».

La manca continuada de relació familiar entre la demandant reconvençional i el seu fill gran no és imputable en exclusiva al darrer, ja que aquella va deixar de complir l'obligació de contribuir als aliments fixada per sentència, la qual cosa contribuï a l'actitud del fill major envers ella.

2.3. DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA EN EL SI D'UN PROCEDIMENT
DE MODIFICACIÓ DE MESURES DE DIVORCI

STSJC 5/2019, de 31 de gener (RJ/2019/969)

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 61/2018

Article 232-12 [CCCat]. *Divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa*

1. En els procediments de separació, divorci o nul·litat i en els adreçats a obtenir l'eficàcia civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques, qualsevol dels dos cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de la cosa comuna respecte als béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa.

Aquesta norma, ubicada sistemàticament dins de la regulació del règim econòmic matrimonial de separació de béns, s'ha de complementar amb les altres normes que, integrades en la regulació general dels efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació legal, assenyalen que el conveni regulador ha de contenir, si escau, «la liquidació del règim econòmic matrimonial i la divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa (ex art. 233-2.5d CCCat)». A més a més, en cas de nul·litat, separació o divorci sense acord, sempre que algun dels cònjuges ho sol·liciti, el jutge ha d'adoptar les mesures pertinents sobre la divisió de la cosa en comunitat ordinària indivisa, entre d'altres (art. 233-4.2 CCCat).

Tot i que formalment el règim de separació de béns no exigeix un tràmit liquidador perquè no comporta per si mateix la creació d'una massa de béns comuns (art. 232-1 CCCat), en cas de crisi matrimonial és altament convenient que els cònjuges tinguin la possibilitat de desfer, en el mateix procés matrimonial, les situacions de comunitat ordinària que hagin pogut originar-se en el decurs de la seva vida en parella.

A diferència del règim de societat de guanys del Codi civil, en el règim de separació de béns l'extinció del vincle matrimonial no comporta cap conseqüència sobre els béns en copropietat ordinària entre els cònjuges i, per tant, cal que qualsevol dels titulars exigeixi la divisió d'aquests béns (art. 552-10.1 CCCat).

El Codi de família (CF) ja s'ocupava d'aquesta qüestió en l'article 43 i, posteriorment, la modificació de la Llei d'enjudiciament civil (LEC) a través de la Llei 5/2012, de 6 de juliol, va introduir la possibilitat en el si dels processos matrimonials d'acumular l'acció de divisió dels béns en comunitat ordinària indivisa i, a la vegada, incorporà una regla similar a la de l'article 232-12.2 CCCat (vegeu l'art. 437.4.4 LEC).

En conseqüència, l'acció de divisió es pot acumular, també, en un procés posterior de modificació de les mesures del divorci, la separació o la nul·litat, encara que aquella acció no s'hagués plantejat en el primer procés matrimonial. L'enumeració de procediments que descriu l'article 232-12.2 CCCat no té un propòsit exhaustiu, ja que els processos de modificació de mesures són, també, «processos matrimonials».

El que palesa aquesta norma és el propòsit que sosté el legislador català: facilitar la divisió de béns en comunitat ordinària entre els cònjuges en règim de separació de béns en el si del mateix procediment matrimonial.

2.4. RESPONSABILITAT PARENTAL. CURA DELS FILLS

2.4.1. *Criteris per a determinar la guarda*

STSJC 30/2019, de 15 d'abril (JUR/2019/179228)

Ponent: Jordi Seguí Puntas

Recurs de cassació 181/2018

Article 233-11 [CCCat]. *Criteris per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda*

1. Per a determinar el règim i la manera d'exercir la guarda, cal tenir en compte les propostes de pla de parentalitat i, en particular, els criteris i les circumstàncies següents ponderats conjuntament:

[...]

g) La situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors.

A l'hora de determinar la guarda, tant si és la compartida com si és la monoparental, cal analitzar els criteris de l'article 233-11.1 CCCat i ponderar-los adequadament. Totes les circumstàncies que descriu la norma són essencials per tal d'acordar una modalitat de guarda sense que s'atorgui més pes a un o més d'aquests criteris.

En concret, la circumstància de l'aparat g de l'article 233-11.1 CCCat fa referència a «la situació dels domicilis dels progenitors, i els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors», tot i tenint en compte «els horaris i les activitats dels fills i dels progenitors».

Tanmateix, no només cal ponderar la distància entre els domicilis, sinó també la disponibilitat de mitjans de transport, públics o privats, les característiques de les vies de comunicació aptes, el cost dels desplaçaments i el temps que aquests exigeixen, la disponibilitat horària de cadascun dels progenitors per a fer els trajectes necessaris, l'edat dels menors i la repercussió dels viatges sobre el seu benestar.

Una distància considerable entre els domicilis dels progenitors pot ser un factor en contra de l'establiment d'un règim de guarda compartida.

2.5. ATRIBUCIÓ DE L'ÚS DE L'HABITATGE FAMILIAR

STSJC 7/2019 de 7 de febrer (RJ/2019/970)

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 164/2018

Article 233-24 [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, per l'acabament de la guarda.

Aquest cas tracta del traspàs de la progenitora, a qui s'havia atorgat l'ús del domicili familiar per raó de la guarda del fill amb capacitat modificada judicialment; s'extingeix la guarda per la mort de la mare i, per tant, el dret d'ús que s'atribueix per aquesta raó.

Convé que s'estableixi una prestació que substitueixi les despeses d'habitatge. No obstant això, en un futur es pot iniciar un procés de divisió de la cosa comuna que permeti al fill amb capacitat modificada judicialment percebre la quantitat corresponent a la meitat de l'ús que heretà de la seva mare.

2.6. DESPESES FAMILIARS

STSJC 27/2019, de 28 de març (JUR/2019/172002)

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Recurs de cassació 198/2018

Article 231-5 [CCCat]. *Pactes fora de conveni regulador*

1. Són despeses familiars les necessàries per al manteniment de la família, d'acord amb els usos i el nivell de vida familiar, especialment les següents:

a) Les originades en concepte d'aliments, en el sentit més ampli, d'acord amb la definició que en fa aquest codi.

b) Les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació dels habitatges o d'altres béns d'ús de la família.

c) Les atencions de previsió, les mèdiques i les sanitàries.

L'article 231-5 CCCat no resulta aplicable perquè es tracta de revisar pagaments fets durant la convivència matrimonial, en què era aplicable el Codi de família.

En el règim del Codi de família, els préstecs hipotecaris concedits per a l'adquisició de l'habitatge familiar, encara que fos només d'un dels cònjuges, tenien la consideració de despeses familiars en el que no excedís el valor d'ús o —cosa que és el mateix— en la mesura que aquests pagaments es poguessin considerar com a corresponents al valor adequat per a l'ús que la família feia de tal bé.

Els pagaments de les quotes del préstec hipotecari concedit al Sr. X per un import de 60.894,54 € no assolien la totalitat del valor d'adquisició de l'habitatge i representaven una quota mensual d'uns 300 €, de la qual cosa es dedueix que la part abonada per la Sra. Y no assolia els 150 € mensuals; consegüentment, aquest mòdic pagament no excedia el valor d'ús d'un habitatge de les característiques descrites per la Sentència.

Els pagaments relatius a les quotes del préstec hipotecari que gravava l'habitatge familiar, realitzats per la Sra. Y durant el matrimoni, van tenir la seva causa i el seu fonament en els articles 4 i 5 CF i, per tant, en l'obligació que tenen ambdós cònjuges de satisfer les despeses familiars.

Pel que fa a la titularitat comuna o indistinta dels comptes bancaris, el Sr. X va disposar de determinades sumes en benefici propi.

2.7. PRESTACIÓ COMPENSATÒRIA: QUANTIFICACIÓ

STSJC 10/2019, de 14 de febrer (JUR/2019/100989)

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Recurs de cassació 167/2018

Article 233-15 [CCCat]. *Determinació de la prestació compensatòria*

Per a fixar l'import i la durada de la prestació compensatòria, s'ha de valorar especialment:

- a) La posició econòmica dels cònjuges, tenint en compte, si escau, la compensació per raó de treball o les previsibles atribucions derivades de la liquidació del règim econòmic matrimonial.
- b) La realització de tasques familiars o altres decisions preses en interès de la família durant la convivència, si això ha minvat la capacitat d'un dels cònjuges d'obtenir ingressos.
- c) Les perspectives econòmiques previsibles dels cònjuges, tenint en compte llur edat i estat de salut i la manera com s'atribueix la guarda dels fills comuns.
- d) La durada de la convivència.
- e) Les noves despeses familiars del deutor, si escau.

La finalitat actual de la prestació compensatòria és la readaptació del cònjuge que n'és creditor a la vida activa com a conseqüència del desequilibri patrimonial que es produeix arran de la ruptura matrimonial.

En la regulació actual del Codi civil de Catalunya, aquesta prestació ja no es concep com una garantia indefinida de sosteniment envers el cònjuge més feble econòmicament, ni com un dret automàtic que dona peu a una prestació econòmica permanent.

El que presumeix el text actual és que cada cònjuge ha de ser capaç de mantenir-se per si mateix una vegada produïda la dissolució del vincle matrimonial.

La STSJC 10/2019, de 14 de febrer, no incrementa la quantia de la prestació, tal com exigia la demandant; la convivència del matrimoni va ser d'un any i la decisió que va prendre la Sra. Y d'abandonar el país (Cuba) no va empitjorar la seva situació econòmica, sinó que va poder trobar a Espanya una activitat laboral.

Així, doncs, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya resol no augmentar la quantia de la prestació que va determinar el jutjat de primera instància.

2.8. DESHERETAMENT PER MANCA DE RELACIÓ FAMILIAR

STSJC 20/2019, d'11 de març (RJ/2019/2022)

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Recurs de cassació 203/2018

451-17.2 [CCCat]. Són causes de desheretament:

[...]

e) L'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa exclusivament imputable al legitimari.

El desheretament té com a finalitat privar el legitimari del seu dret a la llegítima, sempre que es compleixin els requisits establerts per la norma i, a més, quan l'impugni el desheretat, l'hereu pugui provar la certesa i la suficiència de la causa invocada pel testador.

El CCCat incorpora una nova causa de desheretament: l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa imputable exclusivament al legitimari.

Aquesta causa no resulta aplicable al cas, ja que la norma que és d'aplicació és el Codi de successions (CS).

L'enumeració de les causes de desheretament és taxativa. Així, doncs, la manca de relació afectiva entre nets i avis pot ser una causa reprovable socialment i per això el legislador català la incorpora com a motiu de desheretament en el llibre quart del Codi civil de Catalunya. Tanmateix, la norma de l'article 451-17.2e CCCat no és aplicable a aquest cas concret perquè es regeixen pel llibre quart del Codi civil de Catalunya les successions obertes, els testaments, els codicils, les memòries testamentàries i els pactes successoris atorgats després que aquesta norma hagi entrat en vigor, és a dir, després de l'1 de gener de 2009 (i el testament datava del 22 de desembre de 2006).

L'article 370.2 CS fa referència a la negativa a prestar aliments a la testadora, però l'argument no es pot estirar fins a abraçar la falta de comunicació, relació o interès dels

nets, que, en l'actualitat i segons la norma del CCCat, sí que podria ser un motiu de desheretament.

3. DRETS REALS

3.1. *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*: DIVISIÓ DE LA COSA COMUNA

STSJC 13/2019, de 18 de febrer (RJ/2019/976)

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 156/2018

Article 552-11 [CCCat]. *Procediment de divisió*

[...]

5. L'objecte de la comunitat, si és indivisible, o es 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 interès. Si n'hi ha més d'un, al que hi tingui la participació més gran. En cas d'interès i 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.

La indivisibilitat del bé pot aparèixer de dues maneres: la indivisibilitat física, quan és impossible la divisió material o real o no és possible fer-la sense un greu desmèrit de la cosa, i la indivisibilitat jurídica, quan per la normativa vigent no és possible la divisió o, si es fa, la cosa que es divideix perd tot el valor o la part substancial.

En el cas, és possible dividir materialment i jurídicament la finca. El valor de les dues finques resultants de la divisió és superior al que la finca té sense dividir, i el fet que l'immoble es trobi inscrit com una sola finca registral no implica pas la seva indivisibilitat jurídica, ni pot ser obstacle per a una divisió material quan administrativament no hi ha objeccions a la segregació d'una part o a la divisió i formació de dues finques noves.

3.2. PROPIETAT HORITZONTAL. CONSTITUCIÓ DE LA COMUNITAT

STSJC 4/2019, de 24 de gener (RJ/2019/778)

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Recurs de cassació 162/2018

Article 553-11 [CCCat]. *Estatuts*

[...]

3. Les normes dels estatuts que no siguin inscrites en el Registre de la Propietat no perjudiquen a tercers de bona fe.

En aquest cas es tracta de l'oposabilitat de la prohibició de l'ús turístic dels habitatges a l'adquirent que compra un cop inscrita la restricció en el Registre de la Propietat.

El Sr. X, nu propietari de la finca, comunicà a l'Ajuntament de Barcelona la seva intenció de destinar el pis a un arrendament de tipus turístic, manifestà que complia tots els requisits exigits i pagà les taxes que corresponien.

Posteriorment, la comunitat de propietaris va convocar una junta en què s'aprovà la prohibició en els estatuts de destinar els habitatges a usos turístics.

El Sr. X va vendre el pis a un tercer que l'adquirí quan la comunitat ja havia prohibit l'activitat i havia inscrit aquesta prohibició en el Registre de la Propietat.

La STSJC 4/2019, de 24 de gener, considera que, encara que s'adquireixi un habitatge habilitat com a pis turístic amb l'autorització administrativa corresponent, concedida al titular anterior, si la comunitat ha canviat els estatuts i hi ha prohibit a partir d'aleshores la destinació turística dels pisos i n'ha inscrit la limitació en el Registre de la Propietat, sense exempció permanent per a algun dels pisos, el nou adquirent no podrà exercir aquesta activitat i l'haurà d'aturar si així li ho demana la comunitat, de conformitat amb el que estableixen els articles 553-11.3 i 553-40.1 i 2 CCCat.

3.3. PROPIETAT HORITZONTAL. RÈGIM GENERAL D'ADOPCIÓ D'ACORDS

STSJC 15/2019, de 21 de febrer (RJ/2019/979)

Ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués

Recurs de cassació 171/2018

Article 553-25 [CCCat]. *Règim general d'adopció d'acords*

[...]

5. Els propietaris o els titulars d'un dret possessori sobre l'element privat, en el cas que ells mateixos o les persones amb qui hi conviuen o treballen pateixin alguna discapacitat o siguin majors de setanta anys, si no aconsegueixen que s'adoptin els acords a què fan referència les lletres a i b de l'apartat 2, poden demanar a l'autoritat judicial que obligui la comunitat a suprimir les barreres arquitectòniques o a fer les innovacions exigibles, sempre que siguin raonables i proporcionades, per a assolir l'accessibilitat i la transitabilitat de l'immoble en atenció a la discapacitat que les motiva.

És d'interès general la instal·lació d'ascensors com a element essencial per a afavorir la mobilitat de les persones que habiten en els immobles i, per tant, aquestes instal·lacions no poden ser qualificades com un luxe innecessari.

La Llei 13/2014, de 30 d'octubre, d'accessibilitat de Catalunya, ja considerà en el seu preàmbul que la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat fixava el compromís de promoure, protegir i assegurar el ple gaudi dels drets humans i les llibertats fonamentals en condicions d'igualtat per a les persones amb discapacitat i de promoure el respecte a llur dignitat inherent.

La comunitat internacional ha reconegut expressament que, en un entorn accessible i amb absència de barreres, les persones amb discapacitat milloren significativament les habilitats i l'autonomia i incrementen la participació i l'autogestió en la vida diària i social, de manera que s'eviten situacions de marginació i es redueix la seva dependència de tercers.

La finalitat d'aquesta llei és predominantment administrativa i, per tant, des del punt de vista civil, el llibre cinquè permet no només a les persones amb discapacitat, sinó també a les majors de setanta anys, que puguin obligar la comunitat a fer les instal·lacions necessàries per a suprimir les barreres arquitectòniques, sempre que siguin raonables i proporcionades per tal d'assolir l'accessibilitat.

Els tribunals han de fer un judici equitatiu i han de considerar la mena i el tipus de discapacitat, l'edat i també altres factors com ara el manteniment del sistema, els drets que poden resultar afectats arran de la instal·lació, el cost total de les obres, la capacitat de la comunitat i dels seus membres per a executar-les i les ajudes oficials que estan previstes i que la comunitat podria aconseguir per tal de sufragar les obres.

Per tot això, el TSJC considera raonable, ateses l'edat del demandant (vuitanta anys) i que viu al sobreàtic de la finca, la instal·lació d'un ascensor a l'edifici.

4. PACTE COMISSORI

STSJC 16/2019, de 28 de febrer (RJ/2019/2024)

Ponent: José Francisco Valls Gombau

Recurs de cassació 125/2018

Article 569-2.1 [CCCat]. Eficàcia general

Els efectes dels drets reals de retenció i penyora són els següents:

[...]

b) La realització del valor del bé, en els casos i de la manera que estableix aquest codi.

En el cas es debat la licitud del pacte comissori, consistent en la facultat atribuïda al creditor de fer seva la cosa gravada — propietat del deutor o d'una tercera persona— en cas d'incompliment de l'obligació garantida.

El Codi civil espanyol, seguint la tradició del dret històric, prohibeix amb caràcter general aquest pacte respecte dels drets reals de garantia de penyora i hipoteca: «El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas» (art. 1859 CC).

La raó d'aquesta prohibició és la tutela dels drets del deutor o del pignorant / hipotecant no deutor, per tal d'evitar que en virtut del comís el creditor pugui enriquir-se de manera indeguda en fer seva la propietat d'un bé amb un valor notòriament superior al del deute.

Tanmateix, la regulació dels drets reals de garantia continguda en el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya no incorpora una prohibició del pacte comissori. Per tant, s'admet qualsevol tipus de garantia, típica o atípica, sempre que, en primer lloc, respecti l'autonomia de la voluntat, no contravingui cap norma imperativa i hagi estat acceptada lliurement pel deutor; en segon lloc, sempre que respecti el principi de no enriquiment injust mitjançant una valoració justa del bé, i, finalment, sempre que no perjudiqui tercers (*par conditio creditorum*).

Convé assenyalar que cap de les normes reguladores dels drets reals de garantia en el dret civil català exclou la via convencional de realització del valor del bé ni prohibeix expressament el comís de la finca pel creditor.

El TSJC conclou que, en el dret civil català, no s'aprecia una regla general prohibitiva amb caràcter general del pacte comissori; ara bé, una altra cosa és que, a través de la doctrina de la causa o del principi general del dret que refusa tota mena d'enriquiment injustificat, les circumstàncies del cas concret comportin una apropiació del bé gravat per part del creditor que impliqui un sacrifici patrimonial inadmissible per al deutor, per al propietari del bé o per a tots dos. Aquesta idea queda palesa, també, en la regulació de l'avantatge injust que fa el llibre sisè del Codi civil de Catalunya, així com en el manteniment i la generalització de la figura de la rescissió per lesió, que permet recuperar l'equilibri econòmic a què tendeixen els contractes estructuralment onerosos. Ambdós instruments propugnen una tendència a la previsió de normes de caire social que demanen un dret contractual més just.

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 TERCERA) DE 14 DE MARÇ DE 2019,² SOBRE CLÀUSULES ABUSIVES EN UN CONTRACTE DE PRÉSTEC EXPRESSAT EN DIVISES CELEBRAT AMB UN CONSUMIDOR

En primer lloc, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) analitza si l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE³ ha d'interpretar-se en el sentit que s'oposa a una legislació nacional que impedeix al jutge que coneix de l'assumpte estimar una pretensió d'anul·lació d'un contracte de préstec expressat en divises, basada en el caràcter abusiu d'una clàusula que fa recaure en el consumidor les despeses associades al diferencial de tipus de canvi existents entre el tipus de venda i el tipus de compra de la divisa en qüestió, fins i tot quan el jutge estima que el manteniment del contracte és contrari als interessos del consumidor perquè aquest últim continua suportant el risc del tipus de canvi, consistent en la càrrega econòmica associada a l'eventual devaluació de la moneda nacional, que serveix de moneda de pagament, respecte de la divisa amb la qual ha de retornar-se el préstec (par. 34 de la Sentència del TJUE [STJUE]).

El TJUE declara que el precepte en qüestió no s'oposa a la legislació nacional que impedeix al jutge que coneix de l'assumpte estimar una pretensió d'anul·lació d'un contracte de préstec basada en el caràcter abusiu d'una clàusula relativa al diferencial de tipus de canvi, sempre que l'apreciació del caràcter abusiu de la clàusula permeti restablir la situació de fet i de dret en la qual es trobaria el consumidor si no hagués existit la clàusula abusiva. Ara bé, el Tribunal afegeix que sí que s'oposa a la

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 febrer i juliol de l'any 2019.

2. STJUE (Sala Tercera) de 14 de març de 2019, assumpte C-118/17, Zsuzsanna Dunai contra Erste Bank Hungary Zrt.

3. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors (*Diari Oficial de la Unió Europea* [DOUE] 1993, L 95).

legislació nacional quan no concorre la condició anterior i, per tant, és impossible mantenir el contracte sense la clàusula abusiva (par. 56 STJUE).

Quant a les clàusules contractuals relatives al risc del tipus de canvi, el TJUE ha declarat que, atès que defineixen l'objecte principal del contracte de préstec, els és d'aplicació l'article 4.2 de la Directiva 93/13/CEE i només queden excloses de l'apreciació del seu caràcter abusiu quan l'òrgan jurisdiccional nacional competent considera que van ser redactades de manera clara i comprensible pel professional (par. 48 STJUE). Altrament, l'òrgan jurisdiccional nacional ha d'estudiar l'eventual caràcter abusiu de les mateixes clàusules (par. 49 STJUE).⁴

En segon lloc, el TJUE estudia si la Directiva 93/13/CEE, interpretada d'acord amb l'article 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, s'oposa que l'òrgan jurisdiccional suprem d'un estat membre adopti, basant-se en una interpretació uniforme del dret, resolucions vinculants sobre les condicions d'aplicació de la Directiva en qüestió (par. 60 STJUE).

El Tribunal de Justícia declara que l'òrgan jurisdiccional suprem d'un estat membre de la Unió Europea pot elaborar criteris que serveixin de guia als òrgans jurisdictionals inferiors a l'hora d'estudiar el caràcter abusiu de les clàusules contractuals, sempre que no privi el jutge competent d'assegurar la plena eficàcia de les disposicions de la Directiva esmentada, de prestar al consumidor un recurs efectiu per a protegir els drets que la norma li pot reconèixer, ni de plantejar una petició de decisió prejudicial en aquest sentit davant del TJUE (par. 63 i 64 STJUE).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (GRAN SALA) DE 26 DE MARÇ DE 2019,⁵ SOBRE CLÀUSULES ABUSIVES EN ELS CONTRACTES DE PRÉSTEC HIPOTECARI CELEBRATS AMB ELS CONSUMIDORS

El TJUE declara que els articles 6 i 7 de la Directiva 93/13/CEE han d'interpretar-se en el sentit que s'oposen que una clàusula de venciment anticipat d'un contracte

4. En el cas objecte del litigi principal, la clàusula relativa al risc del tipus de canvi defineix l'objecte principal del contracte. En conseqüència, no és possible mantenir l'existència del contracte (par. 52 STJUE). Així mateix, com que el manteniment del contracte seria contrari als interessos del consumidor (par. 55 STJUE), no és d'aplicació la facultat que el Tribunal de Justícia reconeix, tot i que de manera excepcional, al jutge nacional i que consisteix a substituir una clàusula abusiva per una disposició supletòria del dret nacional. L'ús d'aquesta facultat extraordinària està limitat als supòsits en els quals l'anul·lació del contracte en la seva totalitat pot comportar «conseqüències especialment perjudicials per al consumidor» (par. 54 STJUE).

5. STJUE (Gran Sala) de 26 de març de 2019, assumptes acumulats C-70/17 (Abanca Corporación Bancaria, SA contra Alberto García Salamanca Santos) i C-179/17 (Bankia SA contra Alfonso Antonio Lau Mendoza i Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez).

de préstec hipotecari declarada abusiva sigui conservada parcialment mitjançant la supressió dels elements que la converteixen en abusiva quan la supressió equival a modificar el contingut de la clàusula i afecta, doncs, la seva essència. En canvi, no s'oposen que el jutge nacional resolgui la nul·litat de la clàusula abusiva, substituint-la per la nova redacció de la disposició legal que va inspirar la clàusula, aplicable en cas d'acord entre les parts contractants, sempre que el contracte de préstec hipotecari no pugui subsistir si se suprimeix la clàusula abusiva i l'anul·lació del contracte en el seu conjunt sotmeti el consumidor a unes «conseqüències especialment perjudicials» (par. 64 STJUE).

L'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE insta els òrgans jurisdiccionals remittents a abstenir-se d'aplicar les clàusules abusives per tal que no produixin efectes vinculants per al consumidor, excepte si el consumidor s'hi oposa (par. 52 STJUE).

Quan un contracte de préstec hipotecari celebrat entre un professional i un consumidor no pot subsistir després de la supressió d'una clàusula abusiva la redacció de la qual està inspirada en una disposició legal aplicable en cas d'acord entre les parts contractants, l'article 6.1 de la Directiva 93/13/CEE no pot interpretar-se en el sentit que s'oposa que el jutge nacional, amb la finalitat d'evitar la nul·litat del contracte, substitueixi aquella clàusula per la nova redacció d'aquella disposició legal de referència introduïda després de la celebració del contracte, sempre que l'anul·lació del contracte comporti «conseqüències especialment perjudicials» per al consumidor (par. 59 STJUE), les quals han de ser examinades per l'òrgan jurisdiccional nacional.

En cas que l'òrgan jurisdiccional remitent arribi a la conclusió que el contracte de préstec hipotecari pot subsistir sense les clàusules abusives controvertides en el liti-gi principal, hauria d'abstenir-se d'aplicar aquelles clàusules, excepte si el consumidor s'hi oposa (par. 63 STJUE).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SISENA) DE 27 DE MARÇ DE 2019,⁶ SOBRE EL DRET DE DESISTIMENT DEL CONSUMIDOR QUE HA ADQUIRIT UN MATALÀS I N'HA RETIRAT LA PROTECCIÓ DESPRÉS DE LA SEVA ENTREGA

L'òrgan jurisdiccional remitent pregunta si l'article 16e de la Directiva 2011/83/UE⁷ ha d'interpretar-se en el sentit que el concepte de «béns precintats que no siguin

6. STJUE (Sala Sisenà) de 27 de març de 2019, assumpte C-681/17, Slewó – Schlafen Leben Wohnen GmbH contra Sascha Ledowski.

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

aptes per a ser retornats per raons de protecció de la salut o de higiene i que hagin estat desprecintats després de l'entrega» comprèn béns com un matalàs al qual, després de la seva entrega, el consumidor ha retirat la protecció (par. 26 STJUE).

El TJUE declara que el concepte de l'article 16e de la Directiva 2011/83/UE no inclou béns com un matalàs la protecció del qual ha estat retirada pel consumidor després del seu lliurament (par. 48 STJUE).

D'acord amb l'article 9.1 de la Directiva 2011/83/UE, el consumidor disposa d'un termini de catorze dies per a desistir d'un contracte a distància sense haver d'indicar el motiu del desistiment, excepte en cas d'aplicació de les excepcions previstes en l'article 16 de la Directiva esmentada (par. 27 STJUE).

El dret de desistiment concedeix al consumidor d'un contracte a distància un termini de reflexió perquè pugui examinar i provar el bé adquirit (par. 33 STJUE). No obstant això, la normativa preveu una sèrie d'excepcions a aquest dret que, com a limitacions als drets dels consumidors, han de ser objecte d'una interpretació estricta (par. 34 STJUE). Entre aquestes excepcions hi ha la prevista en l'article 16e de la Directiva 2011/83/UE, que fa referència als contractes a distància sobre el subministrament de béns precintats que no són aptes per a ser retornats per raons de protecció de la salut o d'higiene quan han estat desprecintats pel consumidor després de la seva entrega (par. 29 STJUE).

L'excepció de l'article 16e de la Directiva mencionada només és aplicable quan, després que el consumidor hagi retirat el precinte de l'embalatge, el bé deixa d'estar en condicions de ser comercialitzat per raons de protecció de la salut o d'higiene perquè la naturalesa del bé impossibilita o dificulta que el comerciant pugui adoptar les mesures necessàries que li permetin posar-lo a la venda novament (par. 40 STJUE).

El TJUE conclou que aquesta excepció del dret de desistiment no és aplicable a un matalàs quan el consumidor ha retirat la protecció després de la seva entrega (par. 41 STJUE) perquè el fet d'haver estat utilitzat no comporta que deixi d'estar en condicions de ser utilitzat per un tercer o de ser comercialitzat novament. En aquest sentit, cal tenir en compte que diversos clients d'un hotel utilitzen el mateix matalàs, que existeix un mercat d'ocasió d'aquest tipus de béns i, fins i tot, que els matalassos utilitzats poden ser objecte d'una neteja en profunditat (par. 42 STJUE). Finalment, pel que fa al dret de desistiment, acaba equiparant els matalassos amb una peça de roba (par. 43 STJUE).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(SALA PRIMERA) DE 3 D'ABRIL DE 2019,⁸ SOBRE CLÀUSULES
ABUSIVES QUE ATRIBUEIXEN LA COMPETÈNCIA TERRITORIAL
EN ELS CONTRACTES CELEBRATS AMB ELS CONSUMIDORS

En primer lloc, l'òrgan jurisdiccional remitent planteja com a qüestió prejudicial si l'examen d'ofici, per part del tribunal nacional, de les clàusules abusives d'un contracte celebrat amb un consumidor, relatives a la determinació de l'òrgan judicial competent per a conèixer de litigis, ha de comprendre també les clàusules contractuals que, malgrat que regulin la qüestió de la competència judicial per a resoldre els litigis que poden sorgir entre les parts, es limiten a fer una remissió a la regulació prevista pel dret nacional (par. 26 STJUE).

El TJUE declara que les clàusules contractuals que reflecteixen disposicions legals o reglamentàries imperatives, d'acord amb l'article 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, no estan sotmeses a les disposicions d'aquesta Directiva (par. 28 STJUE). A més a més, segons el considerant tretzè de la mateixa Directiva, l'expressió «disposicions legals o reglamentàries imperatives» inclou les normes que, conforme al dret, s'apliquen entre les parts contractants quan no existeix cap altre acord (par. 29 STJUE).

L'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la Directiva prevista en l'article 1.2 s'estén a les disposicions de dret nacional aplicables a les parts contractants, tant si són normes imperatives com si són normes dispositives (par. 33 STJUE). Tanmateix, aquesta excepció és d'aplicació restrictiva perquè l'objectiu de la Directiva és, fonamentalment, protegir els consumidors de les clàusules abusives incloses pels professionals en els contractes celebrats amb aquests últims (par. 34 STJUE).⁹

En segon lloc, l'òrgan jurisdiccional remitent pregunta si l'examen que duu a terme l'òrgan judicial ha de conduir a l'aplicació de les regles per a determinar la competència, de manera que garanteixi al consumidor la protecció resultant de les disposicions de la Directiva 93/13/CEE (par. 26 STJUE).

El TJUE declara que l'article 7.1 de la Directiva 93/13/CEE ha d'interpretar-se en el sentit que no s'oposa a unes normes processals a les quals remet una clàusula contractual que permeten al professional escollir, en el cas d'una demanda en què s'al·lega l'incompliment contractual per part del consumidor, entre l'òrgan judicial

8. STJUE (Sala Primera) de 3 d'abril de 2019, assumpte C-266/18, Aqua Med Sp. Z O.O. contra Irena Skóra.

9. En el present assumpte, la clàusula contractual controvertida està redactada en termes molt generals. Per una banda, remet a disposicions nacionals que s'apliquen independentment de l'existència de la clàusula en qüestió. Per l'altra, no reflecteix una disposició nacional específica (par. 35 STJUE). A causa de la interpretació estricta de l'excepció establerta en l'article 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, no es pot entendre que una clàusula com la controvertida en el litigi principal sigui el reflex d'una disposició nacional (par. 37 STJUE).

competent del domicili del demandat i el del lloc d'execució del contracte, «a excepció que l'elecció del lloc de compliment del contracte representi per al consumidor unes condicions processals que puguin restringir excessivament el dret a la tutela judicial efectiva que li confereix l'ordenament jurídic de la Unió, extrem que correspon comprovar al tribunal nacional» (par. 56 STJUE).

De l'article 7.1 de la Directiva 93/13/CEE en relació amb el considerant vint-i-quatrè de la mateixa Directiva es desprèn que els estats membres han de vetllar perquè els seus òrgans judicials i les seves autoritats administratives disposin dels mitjans adequats i eficaços per a cessar l'ús de les clàusules abusives en els contractes celebrats entre professionals i consumidors (par. 42 STJUE).

La Directiva 93/13/CEE no determina expressament l'òrgan judicial competent per a conèixer dels litigis derivats entre un professional i un consumidor (par. 44 STJUE). El dret de la Unió Europea, en general, no harmonitza els procediments aplicables a l'examen del caràcter abusiu d'una clàusula contractual, sinó que correspon a l'ordenament jurídic intern de cada estat membre establir aquests procediments, amb la condició que no siguin menys favorables que els que regeixen situacions similars sotmeses al dret intern (principi d'equivalència) i que garanteixin una tutela judicial efectiva en virtut de l'article 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (par. 47 STJUE).

En definitiva, és al jutge nacional a qui correspon determinar si la disposició processal nacional garanteix la tutela judicial efectiva, així com dur a terme aquesta apreciació tenint en compte tant el lloc que ocupa la disposició processal en el conjunt del procediment, com el desenvolupament d'aquest i les seves particularitats davant dels diferents òrgans nacionals (par. 50 STJUE).¹⁰

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA TERCERA) DE 4 D'ABRIL DE 2019,¹¹ SOBRE COMPENSACIÓ ALS PASSATGERS EN CAS DE DENEGACIÓ D'EMBARCAMENT I DE CANCEL·LACIÓ O GRAN RETARD DE VOLS

El TJUE declara que l'article 5.3 del Reglament 261/2004, en relació amb el seu considerant catorzè, ha d'interpretar-se en el sentit que el dany causat a un pneumàtic

10. Les modalitats processals que obliguen el consumidor a suportar despeses massa elevades poden tenir com a conseqüència l'obstaculització de la defensa dels drets del consumidor davant de l'òrgan judicial al qual acudeix el professional. Això pot succeir, per exemple, si l'elecció d'un òrgan judicial molt allunyat del domicili del consumidor implica per a aquest despeses de desplaçament massa elevades que poden dissuadir-lo de personar-se en el procés iniciat contra ell (par. 54 STJUE).

11. STJUE (Sala Tercera) de 4 d'abril de 2019, assumpte C-501/17, Germanwings GmbH contra Wolfgang Pauels.

d'una aeronau per un cos estrany, com ara un residu mòbil que es troba a la pista d'un aeroport, està inclòs dins del concepte de «circumstància extraordinària»¹² (par. 34 STJUE).

Ara bé, perquè el transportista el vol del qual ha patit un gran retard¹³ com a conseqüència de la circumstància extraordinària quedi exempt de l'obligació de compensar els passatgers, és necessari que provi que ha utilitzat tot el personal o el material i els mitjans econòmics de què disposava per a evitar que la substitució del pneumàtic danyat per un cos estrany provoqués el gran retard del vol (par. 34 STJUE).

El transportista aeri està exempt de compensar els passatgers sempre que pugui provar que la cancel·lació o el gran retard es deu a «circumstàncies extraordinàries» que no s'han pogut evitar i que s'han pres totes les mesures raonables, excepte si l'adopció d'aquestes representés l'acceptació de sacrificis insuportables per la capacitat de l'empresa en aquell moment (par. 19 STJUE).¹⁴

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA VUITENA) DE 26 DE JUNY DE 2019,¹⁵ SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LES CLÀUSULES ABUSIVES EN ELS CONTRACTES CELEBRATS AMB ELS CONSUMIDORS

El TJUE declara que la Directiva 93/13/CEE ha d'interpretar-se, d'acord amb el principi d'efectivitat, en el sentit que s'oposa a la normativa nacional en virtut de la qual el tribunal nacional que coneix d'una demanda d'execució forçosa d'un contracte de crèdit hipotecari celebrat entre un professional i un consumidor mitjançant un document notarial directament executiu, no disposa de la possibilitat d'examinar, ni a instància del consumidor ni d'ofici, si les clàusules contingudes en aquell document tenen caràcter abusiu en el sentit de la Directiva 93/13/CEE, ni de suspendre sobre aquesta base l'execució forçosa sol·licitada (par. 68 STJUE).

12. Tenen la consideració de «circumstàncies extraordinàries» els esdeveniments que, per la seva naturalesa o pel seu origen, no són inherents a l'exercici normal de l'activitat del transportista aeri afectat i escapen del seu control efectiu (par. 20 STJUE).

13. Es parla de «gran retard» quan la duració d'aquest és igual o superior a tres hores.

14. En la situació controvertida en el litigi principal, correspon al transportista aeri provar que va utilitzar tot el personal o el material i els mitjans econòmics de què disposava en aquell moment per a evitar que la substitució del pneumàtic danyat per un cos estrany que es trobava a la pista de l'aeroport provoqués el gran retard del vol en qüestió (par. 33 STJUE).

15. STJUE (Sala Vuitena) de 26 de juny de 2019, assumpte C-407/18, Aleš Kuhar i Jožef Kuhar contra Addiko Bank D.D.

El dret de la Unió Europea no harmonitza els procediments aplicables a l'examen del caràcter abusiu de les clàusules contractuals, sinó que correspon a l'ordenament jurídic intern de cada estat membre establir aquests procediments (par. 45 STJUE).

En virtut del principi d'autonomia processal dels estats membres, les disposicions que regulen l'aplicació dels mecanismes nacionals d'execució forçosa formen part de l'ordenament jurídic intern de cada estat membre. Ara bé, aquestes disposicions han de complir dos requisits: en primer lloc, no poden ser menys favorables que les que regeixen situacions similars sotmeses al dret intern (principi d'equivalència); i, en segon lloc, no poden impossibilitar o dificultar excessivament l'exercici dels drets que el dret de la Unió Europea confereix als consumidors (principi d'efectivitat) (par. 46 STJUE).¹⁶

Perquè cessi l'ús de clàusules abusives en els contractes celebrats per un professional amb els consumidors, s'han d'incloure en el dret nacional «disposicions idònies per a garantir a aquests la tutela judicial efectiva», que els ofereixin la possibilitat d'impugnar davant dels tribunals la validesa del contracte, fins i tot en la fase relativa a l'execució forçosa, sense exigir-los requisits que impossibilitin o dificultin excessivament a la pràctica l'exercici dels drets que els confereix la Directiva 93/13/CEE (par. 57 STJUE).

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA (SALA SEGONA) DE 29 DE JULIOL DE 2019,¹⁷ SOBRE LA PROTECCIÓ DE LES PERSONES FÍSQUES RESPECTE AL TRACTAMENT DE LES DADES DE CARÀCTER PERSONAL

En primer lloc, l'òrgan jurisdiccional remitent planteja si els articles 22-24 de la Directiva 95/46/CE¹⁸ han d'interpretar-se en el sentit que s'oposen a la normativa nacional que permet a les associacions de defensa dels interessos dels consumidors

16. En el present assumpte, els notaris estan sotmesos a obligacions d'assessorament i informació als consumidors, de manera que garanteixen un control preventiu sobre el caràcter abusiu de les clàusules d'un contracte de crèdit hipotecari elevat a escriptura pública, amb la qual cosa contribueixen al compliment de les exigències formulades per la Directiva 93/13/CEE (par. 55 STJUE). No obstant això, aquest control preventiu és insuficient per a garantir l'efectivitat de la protecció conferida per la Directiva (par. 56 STJUE).

17. STJUE (Sala Segona) de 29 de juliol de 2019, assumpte C-40/17, Fashion ID GmbH & Co. KG contra Verbraucherzentrale NRW eV, amb la intervenció de Facebook Ireland Ltd. i Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen.

18. Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (DOUE 1995, L 281).

exercitar accions judicials contra el presumpte infractor de la protecció de dades de caràcter personal (par. 43 STJUE).

D'acord amb l'article 288.3 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, a l'hora de transposar una directiva els estats membres estan obligats a garantir la seva eficàcia i disposen d'un ampli marge d'apreciació pel que fa a la selecció dels procediments i mitjans destinats a garantir la seva aplicació (art. 49 STJUE).

El fet que l'ordenament jurídic intern d'un estat membre permeti a una associació de defensa dels interessos dels consumidors exercitar accions judicials contra el presumpte infractor de la protecció de dades personals, no afecta els objectius de la Directiva, sinó que contribueix a la consecució d'aquests¹⁹ (par. 51 STJUE).

En segon lloc, el TJUE declara que l'administrador d'un lloc d'Internet que insereix un mòdul social que permet al navegador visitant del lloc sol·licitar continguts al proveïdor d'aquell mòdul i transmetre al proveïdor dades personals del visitant, pot ser considerat responsable del tractament²⁰ en el sentit de l'article 2d de la Directiva 95/46/CE (par. 64 STJUE).²¹

Ara bé, aquesta responsabilitat està limitada a l'operació o al conjunt de les operacions de tractament de dades personals els fins i mitjans de les quals l'administrador determina efectivament (par. 85 STJUE).

En tercer lloc, el TJUE declara que, quan l'administrador d'un lloc d'Internet insereix en aquest lloc un mòdul social que permet al navegador del visitant del lloc sol·licitar continguts al proveïdor d'aquest mòdul i transmetre al proveïdor dades personals del visitant, és necessari que l'administrador i el proveïdor persegueixin individualment un interès legítim, en el sentit de l'article 7f de la Directiva 95/46/CE, perquè les operacions de tractament que duen a terme quedin justificades (par. 97 STJUE).

Qualsevol tractament de dades de caràcter personal ha de ser conforme a algun dels principis sobre legitimació del tractament de dades enumerats en l'article 7 de la Directiva 95/46/CE (par. 93 STJUE). Aquest precepte estableix tres requisits acumulatius perquè el tractament de dades personals sigui lícit: en primer lloc, la persecució

19. Un dels objectius de la Directiva 95/46/CE és garantir una protecció eficaç i completa de les llibertats i els drets fonamentals de les persones físiques —especialment, del dret a la intimitat pel que fa al tractament de les dades de caràcter personal (par. 50 STJUE).

20. L'article 2d de la Directiva 95/46/CE defineix la figura del «responsable del tractament» com la persona física o jurídica, autoritat pública, servei o qualsevol altre organisme, que sol o conjuntament amb d'altres determina els fins i els mitjans del tractament de les dades de caràcter personal.

21. En el present cas, Fashion ID ha inserit en el seu lloc d'Internet el botó «m'agrada» de Facebook, de manera que sembla que hagi ofert a Facebook Ireland la possibilitat d'obtenir dades de caràcter personal dels visitants del lloc d'Internet de Fashion ID des que consulten aquest lloc, amb independència que els visitants siguin membres de la xarxa social Facebook, que hagin clicat al botó «m'agrada» de Facebook i, fins i tot, que tinguin coneixement d'aquesta operació (par. 75 STJUE).

d'un interès legítim pel responsable del tractament o pel tercer o tercers als quals es comuniquen les dades personals; en segon lloc, la necessitat del tractament de dades personals per a la satisfacció de l'interès legítim perseguit; i, en tercer lloc, la no prevalença dels drets i les llibertats fonamentals de la persona interessada (par. 95 STJUE).

Si posem en relació aquesta qüestió prejudicial amb la resolta en segon terme, només és possible concloure que és necessari que cada un dels responsables persegueixi un interès legítim, en el sentit de l'article 7f de la Directiva 95/46/CE, perquè les operacions de tractament quedin justificades (par. 96 STJUE).

El TJUE considera també que els articles 2b i 7a de la Directiva 95/46/CE han d'interpretar-se en el sentit que, en una situació com la del litigi principal, només l'administrador ha de sol·licitar el consentiment relatiu a l'operació o el conjunt d'operacions de tractament de dades personals els fins i mitjans de les quals determina l'administrador. Per altra banda, l'article 10 de la mateixa Directiva ha d'interpretar-se en el sentit que l'obligació d'informació de l'administrador només ha de fer referència a aquella o aquelles operacions.

Així, doncs, les obligacions que afecten el responsable del tractament de dades de caràcter personal (en particular, l'obligació de sol·licitar el consentiment de la persona interessada i l'obligació d'informació) no poden referir-se a les fases anteriors o posteriors a les operacions de recollida i comunicació per a la transmissió de les dades de caràcter personal (par. 101 STJUE).

Quant al consentiment, ha de prestar-se abans de la recollida i la comunicació per a la transmissió de les dades de la persona interessada i només pot fer referència a l'operació o el conjunt d'operacions de tractament de dades personals els fins i mitjans de les quals determina efectivament l'administrador. La sol·licitud del consentiment no correspon al proveïdor del mòdul social, sinó a l'administrador del lloc d'Internet, perquè el fet que un visitant consulti el lloc d'Internet és el que desencadena el procés de tractament de les dades de caràcter personal (par. 102 STJUE).

LA RELEVANCIA DE LA *AFFECTIO MARITALIS* EN LA INEFICACIA SOBREVENIDA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS POR CRISIS MATRIMONIAL O DE CONVIVENCIA:

COMENTARIO CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 14/2019, DE 21 DE FEBRERO.
UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 422-13
DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Enrique Peruga Pérez
Abogado

1. INTRODUCCIÓN. SUCINTO RESUMEN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO DIRIMIDO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA CIVIL Y PENAL, SECCIÓN PRIMERA) 14/2019, DE 21 DE FEBRERO

Durante las postrimerías del mes de febrero de 2019, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) dictó una resolución de relevante repercusión en el derecho de sucesiones catalán, pues se pronunció de manera tajante acerca de los requisitos para la procedencia de la aplicación del artículo 422-13 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat), relativo a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia.

El objetivo de este artículo no es realizar un estudio histórico-jurídico completo acerca del origen del artículo 422-13 CCCat, ni tampoco desgajar las diferencias técnicas entre los conceptos de *invalidéz* e *ineficacia*. Sobre tales cuestiones podrá hallar el lector una amplia bibliografía jurídica, redactada por autores renombrados y de mucho mayor prestigio que el que escribe estas líneas. En consonancia, el objetivo del presente texto se limitará a dar a conocer el contenido de la resolución que nos ocupa y el de las que la precedieron en su *iter* procesal, a ofrecer una actualización del estado de la cuestión y a dar una opinión particular acerca del argumentario que sustenta el veredicto de la Sentencia.

Así pues y entrando ya en materia, el supuesto de hecho que fue dirimido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es, resumidamente, el que se expone a continuación.

A principios de la década de los noventa del siglo pasado, el causante, A., y su pareja, L., inician una relación sentimental con convivencia *more uxorio*. En algún momento del año 1991 ambos adquieren conocimiento de que son portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).

Algunos años más tarde, el 31 de julio del año 2000, A. otorga un testamento notarial abierto en el que instituye a L. en heredero universal de todos sus bienes y derechos, sustituyéndolo vulgarmente por su hermana M. El 18 de octubre de ese mismo año la pareja otorga una escritura pública de constitución de pareja estable homosexual, al amparo de las disposiciones de la —por aquel entonces— recientemente promulgada Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

Ulteriormente, en fecha de 26 de mayo de 2006 y una vez aprobada la Ley estatal 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil español (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio, A. y L. celebran sus esponsales, como lo hacen tantas otras parejas homosexuales en toda España.

Cinco años después de contraer matrimonio, L. interpone una demanda de divorcio frente a A. ante los tribunales competentes, y en fecha de 6 de mayo de 2011 se dicta la sentencia de divorcio. Finalmente, el 10 de febrero de 2014 se produce el óbito del causante, A., sin que este hubiese procedido a modificar o revocar el testamento autorizado once años atrás, por lo que nominalmente y de acuerdo con el contenido de dicho instrumento sucesorio, L. es el llamado a heredar.

En las postrimerías del año 2014, la sucesión de A. se judicializa. La hermana del fallecido, M., interpone la correspondiente demanda de juicio ordinario contra L. ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badalona, en cuya súplica se solicita que se declare la ineficacia de la institución de heredero ordenada en su día por A., al concurrir los requisitos previstos en el ya mencionado artículo 422-13 CCCat, intitulado «Ineficacia sobrevenida por crisis matrimonial o de convivencia» y que establece que las disposiciones testamentarias ordenadas a favor del cónyuge o conviviente en pareja estable se tornan ineficaces si después del otorgamiento del instrumento sucesorio tienen lugar la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, salvo que del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria pueda inferirse que el causante habría querido que las disposiciones mantuviesen su vigencia y efectos incluso aunque la relación de pareja hubiese llegado a su fin.

Así pues, la hermana del causante, M., pretendía que los órganos jurisdiccionales civiles apreciaran que, como L. y A. se habían divorciado con posterioridad al otorgamiento del testamento, la institución de heredero favorable a L. debía de devenir ineficaz y, por tanto, resultaba procedente que entrase en juego la sustitución vulgar ordenada por el *de cuius*, debiendo convertirse así M. en heredera de A.

Como se dilucida de la propia rúbrica de este artículo, el caso llegó hasta el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que accedió a pronunciarse sobre el asunto en casación a la luz de la notoria inexistencia de jurisprudencia interpretativa del artículo 422-13 CCCat.

Se trata, sin duda, de un pronunciamiento judicial que interesa a todos los operadores jurídicos que tratan habitualmente con el derecho de sucesiones y que ilustra el camino que los juzgados de primera instancia y las audiencias provinciales catalanas seguirán en el futuro cuando se vean en la tesitura de tener que valorar la procedencia de la aplicación del artículo 422-13 CCCat. Sin embargo y aunque coincidimos con el resultado final de la Sentencia, no podemos dejar de señalar que no compartimos algunas de las razones enarboladas por el Tribunal para fundamentar el fallo.

En particular, como desarrollaremos más adelante —y dicho sea con el mayor de los respetos—, nos mostramos desacordes con uno de los argumentos desarrollados por la Sentencia; argumento que, en última instancia, conforma la *ratio decidendi* con base en la cual el TSJC decide desestimar el recurso de casación.

Sin embargo y antes de entrar a analizar en profundidad tanto el *iter* procesal del caso como el fondo de la resolución, conviene a estos efectos realizar un repaso de los antecedentes históricos del artículo 422-13 CCCat y de los preceptos similares o equivalentes que podemos hallar en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más inmediato.

2. ORIGEN HISTÓRICO DEL ARTÍCULO 422-13 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. SU «TRASPLANTE» AL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CIVIL CATALÁN AL HILO DEL PROYECTO DE COMPILACIÓN DE 1955

Para analizar con precisión cuál es el origen del precepto y cuál ha de ser su interpretación teleológica, debemos retrotraernos a las fuentes bibliográficas más antiguas. Y la más destacada de todas ellas es —como no puede ser de otra manera— el Digesto de Justiniano, pues, como dijo el historiador británico Gibbon casi medio siglo antes del apogeo de la escuela pandectística:¹

1. Para conocer más sobre el desarrollo histórico de la escuela pandectística germana y sobre su influencia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, véase Rafael BERNAD MAINAR, «La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno», *Revista Internacional de Derecho Romano* [en línea], octubre de 2016, <www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf> [última consulta: 15 agosto 2019].

Yacen por el suelo todos los dictados insustanciales de las victorias de Justiniano; pero vive estampado el nombre del legislador en un monumento grandioso y sempiterno. En su reinado y por sus desvelos, se fue coordinando la jurisprudencia civil en las obras inmortales del Código, las Pandectas y los Instituta; el desempeño público de los romanos ha trascendido callada o expresamente a las disposiciones caseras de Europa, y las leyes de Justiniano están todavía imponiendo acatamiento u obediencia a las naciones independientes.²

Así, en la página séptima de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC) 14/2019 se cita como antecedente del artículo 422-13 CCCat la disposición recogida en el Digesto 33, 2, 27, según la cual el fideicomiso ordenado a favor de la esposa del testador queda revocado si el matrimonio es declarado ilícito. En concreto, dicho extracto concreto del Digesto (cuya autoría primigenia se atribuye al cónsul y jurista tardorrepblicano Quinto Mucio Escévola) dice así:³

Scaevola libro I. Responsorum. - Uxori maritus per fideicommissum usumfructum, et alia, et dotem praelegavit; heredes usumfructum ei concesserunt; post biennium illicitum matrimonium fuisse, pronuntiatum est; quaesitum est, an id, quod praeterito tempore possedit, ab ea repeti possit. Respondit, id, quod fructus nomine percepisset, repeti posse.⁴

Sin embargo y a falta de una opinión mejor fundada, no puedo compartir que este fragmento del Digesto constituya el predecesor del precepto cuyo estudio nos ocupa, y así lo afirmo por dos razones.

En primer lugar, porque, como puede dilucidarse de la mera lectura del fragmento del Digesto 33, 2, 27, parece que este se refiere a un caso en el que la problemática deriva del otorgamiento de un usufructo y en el que la nulidad del matrimonio parece declararse con posterioridad al fallecimiento del causante, circunstancia que poco tiene que ver con el supuesto contemplado en el artículo 422-13 CCCat, en el que lo relevante es que la ruptura de la relación sentimental o matrimonial tenga lugar en vida del *de cuius*. De hecho, como vemos, Mucio Escévola dio solución a la proble-

2. Edward GIBBON, *Decadencia y caída del Imperio Romano*. Vol. II, 4ª edición, Gerona, Atalanta, 2017, capítulo 44.

3. Todos los fragmentos del Digesto que se citan en el presente artículo han sido extraídos de A. d'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESSECA, M. GARCÍA GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*. Tomo II. Libros 20-36, versión castellana, Pamplona, Aranzadi, 1972.

4. Un marido prelegó por fideicomiso a su mujer el usufructo, otras cosas y la dote. Los herederos le cedieron el usufructo. Después de dos años, el matrimonio fue declarado ilícito por una sentencia judicial. Se preguntaba si se puede reclamar a ella lo que poseyó en el pasado. Respondió que lo que hubiere percibido en concepto de frutos, si que podía repetirse de ella (Scaev. Resp.).

mática ordenando la liquidación de la posesión de los bienes objeto del usufructo y el retorno de los frutos indebidamente percibidos por la supérstite, de forma análoga a lo que prevé hoy en día el artículo 522-3.2 CCCat para la terminación de las situaciones posesorias de mala fe.

Y, en segundo lugar, porque existen otros pasajes del Digesto que se amoldan con mayor precisión al supuesto de hecho que se regula en el artículo 422-13 CCCat. Así, por ejemplo, podemos traer a colación el Digesto 34, 2, 3, localizado en el seno del título en el que se regulan los legados «del oro, de la plata, del ajuar, de las joyas, de los perfumes, de la vestimenta o vestidos y de las estatuas» (es decir, aquellos legados con los que —según expresa el propio cuerpo del Digesto— más comúnmente se solía beneficiar a las esposas y al resto de familiares del sexo femenino). Dicho pasaje se atribuye al jurisconsulto romano Juventino Celso y su tenor literal reza lo siguiente:

Celsus libro XIX. Digestorum. - Uxori legavit, quae eius causa parata sunt, et ante mortem divortit; non non deberi, quia adempta videantur, Proculus ait; nimirum facti quaestio est, nam potest nec repudiatæ adimere voluisse.⁵

Con base en nuestro leal saber y entender, consideramos que este fragmento constituye un precursor mucho más inequívoco del actual artículo 422-13 CCCat, con el que comparte no solo una mayor identidad en el supuesto de hecho, sino también en la resolución de la problemática planteada.

En cualquier caso y trasladándonos ahora al siglo xx, parece ser que la iniciativa de introducir en el ordenamiento catalán una disposición que regulase los efectos de la extinción del matrimonio en el seno de la sucesión testada partió de Roca Sastre, que se inspiró en el párrafo [§] 2077 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código civil alemán) a la hora de redactar el artículo 253.2 del Proyecto de compilación del derecho especial de Cataluña de 1955. Así lo atestigua la propia sentencia analizada y así lo ha venido confirmando la doctrina más autorizada desde hace décadas: de dicha tesis se

5. «[Un marido] legó a su mujer lo dispuesto para ella, pero se divorció antes de morir: no se debe el legado, pues parece revocado, dice Próculo. [Pero] es una cuestión de prueba de hecho, pues puede no haber querido revocarlo ni siquiera siendo a favor de una mujer que él repudió» (Cels. 19 dig).

hacen eco, por ejemplo, Casas Vallés,⁶ Miriam Anderson⁷ y Miralles Bellmunt,⁸ entre otros. A efectos ilustrativos, podemos comparar la redacción del mencionado artículo 253.2 del Proyecto de compilación y la redacción del § 2077 BGB en su versión anterior a 1976:

Artículo 253.2 [del Proyecto de compilación catalana de 1955]. La institución de heredero dispuesta a favor del cónyuge del testador, quedará ineficaz si se declara nulo o dispensado el matrimonio a instancia del propio testador, a menos que resulte comprobado que otra fue su voluntad.

§ 2077 [BGB anterior a 1976]. Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge, es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara la circunstancia de que al tiempo de la muerte del causante se hubieran dado los presupuestos para el divorcio del matrimonio y el causante hubiera interpuesto la demanda o hubiera consentido en ella. Lo mismo vale cuando el causante, al tiempo de su muerte, estuviera legitimado para demandar la disolución y hubiera interpuesto la demanda.

Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz si los esponsales han sido disueltos antes de la muerte del causante.

La disposición no es ineficaz si ha de entenderse que el causante la habría adoptado también en semejante caso.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 253.2 del Proyecto de compilación de 1955 tenía ya un pariente lejano en el ordenamiento jurídico patrio. Hablamos del

6. Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el art. 132 del Código de sucesiones de Cataluña)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 4 (1993), p. 1752. Accesible en línea en: <www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1993-40174701784>. En concreto, el autor destaca que Roca Sastre elaboró unas observaciones a propósito del párrafo 2077 BGB en la misma época en que se llevó a cabo la redacción del Anteproyecto de 1955, lo que, unido al hecho de que la parte del Anteproyecto relativa al derecho de sucesiones fue obra del mismo Roca Sastre, da cuenta del elevado grado de verosimilitud de la hipótesis. Sin embargo y como mera curiosidad, llama la atención que el hijo de Roca Sastre, Luis Roca-Sastre Muncunill, no haga ninguna clase de referencia al origen del precepto cuando comenta el art. 132 del Código de sucesiones. Cfr. Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones. Tomo I*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 313.

7. Miriam ANDERSON, «Comentari a l'article 422-13 CCCat», en Joan EGEA i FERNÁNDEZ i Josep FERRER i RIBA (dir.), i Laura ALASCIO i CARRASCO (coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Volum. I*, 1a edició, Barcelona, Atelier, 2009, p. 309.

8. Miquel MIRALLES BELLMUNT, *La posició del cònjuge i del convivent en parella estable supervivent en el dret civil de Catalunya*, tesis doctoral, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2016, p. 285. Accesible en línea en: <<http://hdl.handle.net/10803/360846>> (consulta: 15 agosto 2019).

artículo 18 del Apéndice foral aragonés de 1925,⁹ cuyos efectos se circunscribían al testamento mancomunado¹⁰ y que establecía que el mismo había de devenir ineficaz si se declaraba la nulidad del matrimonio, se decretaba la separación conyugal o se interponía una demanda de divorcio o una querrela de adulterio:

Artículo 18.- El testamento mancomunado perderá su eficacia si antes de la muerte de uno de los cónyuges se declara la nulidad del matrimonio, se decreta la separación conyugal o se entabla demanda de divorcio o querrela de adulterio, de la existencia de la cual sea sabedor el cónyuge al morir.

Lo cierto es que, a pesar de que Roca Sastre introdujese el artículo 253.2 en el Proyecto de compilación de 1955, el precepto no fue incluido en el texto definitivo de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña de 1960¹¹ y la positivización de un artículo de similar calado no tuvo lugar hasta que se promulgó el Código de sucesiones (CS) de 1992,¹² en cuyo artículo 132 se establecía lo que el legislador calificó como una «presunción de revocación»,¹³ puesto que el inciso primero del precepto disponía que

9. Real decreto de 7 de diciembre de 1925, por el que se aprueba el apéndice al Código civil correspondiente al derecho foral de Aragón, formado en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 6 de la Ley de bases por la Comisión Permanente de Codificación. Como el texto del apéndice parece haber desaparecido misteriosamente de los archivos del *Boletín Oficial del Estado* (BOE), apuntamos que puede ser consultado en la página web del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (<www.reicaz.org/textosle/boe_rdec/19251207/19251207.htm#art17>) y en la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (<www.derechoaragones.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?registrardownload=0&presentacion=pagina&path=102362&posicion=1> [última consulta: 28 agosto 2019]).

10. Si se desea saber más sobre el proceso de elaboración del apéndice, sobre las luces y sombras del mismo y sobre cómo el legislador autonómico lo postergó a un depauperado segundo plano cuando redactó las leyes de derecho civil aragonés previas a la refundición normativa en el Código de derecho foral de Aragón de 2011, véase José Luis MOREU BALLONGA, «El apéndice foral de 1925 y encrucijadas del derecho civil y la cuestión territorial en España», *Revista Ivs Fvgit*, núm. 15 (2007-2008), p. 81-124. Accesible en línea en: <<https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/26/05moreu.pdf>>.

11. Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre la Compilación del derecho civil especial de Cataluña, BOE, núm. 175 (22 julio 1960), p. 10215-10245. Casas Vallés valora que si el artículo 253.2 no hizo tránsito al *corpus* de la Compilación de 1960 fue precisamente debido a su carácter radicalmente novedoso. Analizadas las actas de la Comisión General de Codificación, concluye que ésta llevó a cabo un generoso recorte del número de artículos arguyendo que la finalidad última de la Compilación era recopilar el derecho catalán ya vigente, y no introducir innovaciones en el mismo. Véase Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias», p. 1752.

12. Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, BOE, núm. 50 (27 febrero 1992), p. 6762-6789.

13. Más específicamente, en el apartado ivc del preámbulo de la Ley 40/1991 se indicaba literalmente que «[e]l artículo 132 introduce una presunción de revocación por lo que respecta a las disposiciones testamentarias hechas a favor de los cónyuges en los supuestos de nulidad, divorcio o separación del matrimonio posteriores al otorgamiento».

«la institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente»; su inciso segundo, por otro lado, permitía a las partes combatir dicha presunción *iuris tantum* mediante la aportación de una prueba que demostrase que del contexto del concreto instrumento sucesorio podía inferirse que el causante hubiese querido que la disposición fuese efectiva incluso después de que la relación conyugal hubiese quedado cercenada.

No obstante, como apunta Miriam Anderson,¹⁴ la doctrina mayoritaria entendió que la dicción del precepto era errónea: el caso contemplado por el artículo 132 CS no podía ser calificado de revocación presunta, dado que del supuesto mismo se dilucidaba que en realidad el causante no había realizado acto revocatorio alguno antes de morir, sino que —en todo caso— había dejado absolutamente inalteradas las disposiciones favorables al cónyuge en el interín temporal que medió entre la separación, el divorcio o la nulidad y su fallecimiento.

Llegados a nuestros días, el libro cuarto del Código civil de Cataluña contiene en su seno una norma prácticamente idéntica, pero cuya redacción ha desechado toda referencia a una presunción de revocación. Se trata, como ya hemos adelantado, del artículo 422-13 CCCat. La versión más actual de su texto establece:

1. La institución de heredero, los legados y las otras disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, y también si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo que se produzca la reconciliación.

2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que retomen la convivencia, o si se extingue la pareja estable por una causa que no sea la defunción de uno de los dos miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.

3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2.

14. MIRIAM ANDERSON, «Comentari a l'article 422-13 CCCat», p. 310. En idéntico sentido, véase también PEDRO DEL POZO CARRASCOSA, ANTONI VAQUER ALOY y ESTEVE BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2016, p. 96.

4. El presente artículo también se aplica a los parientes que solo lo sean del cónyuge o del conviviente, en línea directa o en línea colateral.

Como vemos, el legislador catalán ha objetivado esa «presunción de revocación» del artículo 132 CS trocándola en una causa de ineficacia sobrevenida *ex lege*, que opera integrando *ipso iure*¹⁵ la voluntad del causante.¹⁶ El precepto, pues, teniendo en

15. Adjetivamos dicha integración de *ipso iure* en tanto existe la posibilidad de que los registradores de la propiedad denieguen el cambio de la titularidad de bienes inmuebles que según el texto del instrumento sucesorio deban hacer tránsito al excónyuge o expareja beneficiado por la disposición. Hacemos referencia a la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas (RDGDEJ) JUS/2666/2016, de 21 de noviembre, en la que la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña validó la calificación negativa de la solicitud de inscripción formulada por la excónyuge beneficiada. En dicho caso, el hermano del causante probó la concurrencia del divorcio y demostró que la beneficiada había ocultado maliciosamente que el divorcio había tenido lugar, pues no reseñó dicha circunstancia en la escritura de aceptación de herencia por ella otorgada. Citamos un fragmento relevante de la antedicha Resolución:

Pues bien, en el presente caso, y sin entrar a valorar la buena o mala fe de la conducta de la recurrente al otorgar la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de quien fue su marido, puesto que en su recurso afirma la voluntad de este último de mantener la institución de heredero a pesar de la separación y posterior divorcio del matrimonio, constituyen hechos incontestables la existencia de este divorcio y la omisión de toda referencia a la citada circunstancia fáctica en dicha escritura, donde la señora M. E. B. R. se presenta como viuda del testador. Y, por otra parte, constituye asimismo un hecho incontestable que el hermano del testador, beneficiario, en su caso, de la ineficacia de la institución de heredero otorgada a favor de la señora M. E. B. R., alegó dicha ineficacia y la acreditó mediante un certificado literal del Registro Civil de Badalona donde se hace constar el divorcio del matrimonio formado por el testador y la recurrente, promovió la inscripción de este divorcio en el Registro de la Propiedad de Badalona núm. 1 y solicitó que constara el cambio de estado civil del señor F. J. C. B. en el Registro de la Propiedad de Badalona núm. 3. Consecuencia de todo ello es que, producido y constatado el hecho del divorcio del testador y acreditada la condición de divorciada de la persona instituida como heredera, concurre la causa de ineficacia sobrevenida de la institución hereditaria prevista en el artículo 422-13 CCC; y resultando esta causa de los documentos presentados a la registradora y de los libros del Registro a su cargo —los correspondientes al Registro de Badalona núm. 3, del que es titular, y al de Badalona núm. 1, del que se ocupaba en sustitución de su titular—, la registradora debía apreciar, como hizo, la existencia de esta ineficacia.

16. Así lo recoge expresamente el preámbulo del libro cuarto del CCCat en su apartado *IIIb*: «El capítulo se cierra con la actualización del artículo 132 del Código de sucesiones, que presumía revocadas las disposiciones ordenadas a favor del cónyuge en algunos casos de crisis matrimonial. El nuevo precepto elude formular la norma como una presunción de revocación y la configura como un supuesto de ineficacia sobrevenida, si bien salva las disposiciones hechas a favor del cónyuge o el conviviente cuando del contexto del negocio sucesorio resulta que el testador la habría ordenado igualmente en caso de crisis familiar ulterior [...]». También la jurisprudencia se ha hecho eco de la objetivación del precepto; por ejemplo, puede traerse a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona (Sección 11ª) núm. 453/2018,

cuenta la singular trascendencia que la separación, el divorcio o la nulidad suele tener sobre la voluntad *mortis causa* del testador, prevé que —como norma general— la situación de crisis matrimonial o de pareja ha de generar en el causante medio la suficiente antipatía para con su excónyuge o expareja como para que aquél desee que la disposición testamentaria primigeniamente ordenada a favor de ese cónyuge o de esa pareja estable reste completamente ineficaz.¹⁷

Afortunadamente y dado que no siempre ha de ser ese el caso, el artículo contempla dos excepciones a esa regla general de ineficacia. En primer lugar, el inciso primero del artículo 422-13 CCCat prevé que la disposición *mortis causa* favorable a la pareja del causante pueda mantener su eficacia si ambos se reconcilian y retoman su relación, bien sea poniendo fin a la situación de separación de hecho o judicial, bien reconciliándose antes de que se declare la nulidad o el divorcio. De hecho, la doctrina especula con la posibilidad de que tal reconciliación pueda ser reconocida por el órgano judicial incluso si se produce una vez el vínculo conyugal se ha extinguido por firmeza del divorcio o de la nulidad;¹⁸ lo cual parece sumamente lógico si se tiene en cuenta que si el causante y su excónyuge retoman nuevamente su relación sentimental, lo más probable es que la voluntad real del *de cuius* se incline por mantener viva y eficaz la disposición a favor de su excónyuge.

También, por supuesto, hay que tener en consideración la posibilidad de que, una vez extinguida la unión conyugal y posteriormente retomada oficiosamente la relación, el causante y su pareja puedan contraer nuevo matrimonio o incluso puedan llegar a conformar una pareja estable si en ellos concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 234-1 CCCat. En tal caso, renacido el vínculo matrimonial o conformada la unión estable de pareja, la causa de ineficacia prevista por el artículo 422-13 CCCat no llegará a entrar en juego, puesto que la reconciliación será en ese caso palmaria e incontrovertible.¹⁹

En segundo lugar e igual que lo hacía el artículo 132.2 CS, el inciso tercero del artículo 422-13 CCCat dictamina que la disposición favorable al excónyuge o expareja puede anular la causa de ineficacia siempre y cuando «del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria» se desprenda que el testador habría ordenado dicha disposición *mortis causa* incluso aunque la relación de pareja hubiese terminado abruptamente como consecuencia de un proceso de separación, divorcio o nulidad.

Ciertamente, de la parca referencia al «contexto del testamento» puede entenderse que a la hora de valorar cuál era la verdadera voluntad del causante (mantener o

de 25 de julio, sobre la que posteriormente trataremos largo y tendido cuando relatemos el *iter* procesal de la sentencia que aquí se analiza.

17. En este sentido, véase la RDGDEJ de 17 de septiembre de 2010.

18. Miriam ANDERSON, «Comentari a l'article 422-13 CCCat», p. 314.

19. Véase Miquel MIRALLES BELLMUNT, *La posició del cònjuge i del convivent*, p. 296.

no la eficacia de la disposición favorable al cónyuge), el precepto impide al juzgador tener en cuenta cualesquiera circunstancias que sean ajenas al concreto momento en que se otorgó el testamento. No obstante, efectuando una interpretación finalista del artículo, la doctrina ha ampliado las circunstancias sobre las que las partes pueden apuntalar cuál era realmente la intención del testador, entendiendo que es razonable admitir la posibilidad de emplear datos y circunstancias tanto anteriores, como coetáneas y posteriores al otorgamiento del instrumento sucesorio.²⁰ De lo contrario, dicen, el precepto restaría prácticamente inútil, en tanto que en la mayoría de casos el propio instrumento sucesorio no contendrá ninguna instrucción, indicación, pista o elemento indiciario que permita elucubrar fundadamente cuál era la hipotética voluntad testamentaria del *de cuius*.²¹

Es por ello que, consecuentemente, a la hora de valorar si el testador quería o no mantener la eficacia de la disposición favorable a su cónyuge o a su pareja estable, deberemos estar atentos a la existencia de hechos ajenos al estricto contenido del testamento o del instrumento sucesorio de que se trate. Como veremos a continuación cuando hagamos referencia a la jurisprudencia sobre esta materia en el marco del Código civil común, podemos plantearnos una miríada de actos, hechos y circunstancias que pueden decantar la balanza a favor de la eficacia o de la ineficacia de la disposición.

20. Al hilo del artículo 132 del Código de sucesiones, Casas Vallés afirmó que debe distinguirse entre el momento en relación con el cual debe fijarse la voluntad testamentaria —esto es, el momento de otorgar testamento— y los elementos de juicio que pueden ser utilizados para establecer la voluntad hipotética del causante. Estos últimos pueden ser tanto pretéritos como posteriores a la fecha en que el causante decidió testar. Véase Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias», p. 1779. A la misma conclusión llega Miriam ANDERSON, «Comentari a l'article 422-13 CCCat», p. 315. Y también esgrimió dicha tesis (en 1976 y en referencia al § 2077 del BGB) el jurista germano Helmut Coing: «El § 2077 ap. 1 y 2 toman en cuenta la posibilidad de que ulteriormente se haya producido un importante cambio en las relaciones entre el causante y el designado, atendiendo en ella a la experiencia general de la vida. Contra lo que opina la doctrina dominante, esta disposición no ha de ser considerada como regla de interpretación, sino como norma dispositiva para un caso especial. Según ello hay que considerar lícito que el (anterior) cónyuge designado, etc., demuestre con cualquier medio de prueba posible que el causante, a pesar del divorcio, etc., quería dejar en pie la disposición». Cfr. Theodor KIPP i Helmut COING, *Derecho de sucesiones. Volumen I. Traducción de la undécima revisión de Helmut Coing. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramon M^a Roca Sastre. Segunda edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 250.

21. El profesor Coing afirmaba que «[l]a interpretación del testamento no sólo tiene su base en el testamento mismo. “—Quod non est in testamento, non est in mundo— esto sería hacer burla de la justicia”, ha dicho apasionadamente Raape. El testamento facilita el texto que debe ser interpretado; mas para su inteligencia pueden también traerse a colación otras circunstancias, por ejemplo, testamentos anteriores y posteriores, otras declaraciones del testador, la opinión del notario autenticante sobre cuál había sido la intención del causante». Véase Theodor KIPP i Helmut COING, *Derecho de sucesiones*, p. 224-225.

3. LA INEFICACIA SOBREVENIDA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS POR CRISIS MATRIMONIAL O DE CONVIVENCIA EN EL RESTO DE DERECHOS FORALES O ESPECIALES

El ordenamiento jurídico-civil catalán no es el único de los ordenamientos forales o especiales que contiene una norma relativa a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias por crisis matrimonial o de convivencia. Así, por ejemplo, podemos poner el foco sobre el Código de derecho foral de Aragón (CDFA).²² El artículo 438 CDFA tiene una redacción más parca que el artículo 422-13 CCCat, pero el espíritu del precepto es semejante:

Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin.

También el derecho civil gallego prevé una norma análoga al artículo 422-13 CCCat. Se trata del artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (LDCG), ubicado en el título x, capítulo II, sección cuarta, titulada «De las disposiciones testamentarias especiales». Dice así:

Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges.

Es obligado destacar, sin embargo, que al contrario de lo que propugnan la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria emanada de la mayoría de audiencias provinciales diseminadas por toda España, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia interpreta de manera ciertamente restrictiva este precepto, ateniéndose a una hermenéutica literal del mismo: el juzgador debe averiguar si la voluntad del testador se inclinaba por

22. Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del derecho foral de Aragón» el texto refundido de las leyes civiles aragonesas (*Boletín Oficial de Aragón*, núm. 67 [29 marzo 2011], p. 6490-6616).

mantener o no la eficacia de la disposición favorable al excónyuge o expareja ciñéndose estrictamente al texto del testamento.

Esa interpretación literal del artículo 208 LDCG es la asentada por la recienteísima Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala Civil y Penal, Sección Primera) 20/2019, de 23 de mayo, en la que textualmente se afirma:

Esto es así porque para el legislador gallego la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge del artículo 208 LDCG tiene lugar *ope legis* o por ministerio de la ley en el caso —entre otros— de que al fallecer el testador se hallasen separados de hecho «salvo que del testamento resulte otra cosa», esto es, del testamento y no de cualquier conducta ulterior y ajena al mismo; excepción hecha de la reconciliación conyugal, como es lógico.²³

Pasando ahora al derecho foral navarro, resulta ilustrativa la Ley 200 de la Compilación del derecho foral de Navarra (CDFN),²⁴ circunscrita al testamento de hermandad propio del ordenamiento del antiguo Reino:

Ineficacia. El testamento de hermandad devendrá ineficaz en todas sus disposiciones en los supuestos siguientes:

1. Cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, por la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación.

2. Cuando hubiera sido otorgado por dos personas constituidas en pareja estable, incluso con anterioridad a su constitución, por la extinción de la misma en vida de sus miembros que conste de modo fehaciente y siempre que sea por causa

23. La interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia hace del precepto es plenamente respetable y será, por supuesto, la más acorde con el estricto tenor literal del precepto y con la jurisprudencia anteriormente dictada por su Sala Civil y Penal. Sin embargo, no la secundamos. Creemos que lo que debe primar es la voluntad real del testador, y si esta puede ser hallada con claridad a través del recurso a la prueba extrínseca, limitar la labor del juzgador al estricto contenido del testamento tiene la peligrosa potencialidad de conculcar o anular la verdadera voluntad del *de cuius*, impidiendo que esta se despliegue. Siguiendo a Coing, «[l]a norma “cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio”, tomada en sentido estricto, no puede aspirar a tener validez en un sistema jurídico que, por principio, parte de la verdadera voluntad del testador. Incluso frente a un texto inequívoco (según el uso corriente o técnico del lenguaje) en determinadas circunstancias puede y debe plantearse la cuestión de cuál fue la verdadera intención del testador, y preguntarse qué significación podía tener el texto dadas las especiales circunstancias del caso, las costumbres del testador, etc.». Véase Theodor KIPP i Helmut COING, *Derecho de sucesiones*, p. 226.

24. Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho foral de Navarra (BOE, núm. 57 [7 marzo 1973]).

distinta al posterior matrimonio entre ambos, supuesto en el que, en su caso, tendría lugar la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior.

Obsérvese como la Ley 200 CDFN prevé que el testamento de hermandad devenga ineficaz incluso en el caso de que el mismo fuera otorgado por dos futuros cónyuges antes de que los mismos contrajesen matrimonio y con independencia de que ya fueran —o no— pareja estable. Durante los últimos compases del texto volveremos a referirnos a esta cuestión por motivos relacionados con la *ratio decidendi* de la STSJC 14/2019.

En última instancia, debemos igualmente hacer mención del ordenamiento jurídico-civil vasco. El artículo 108.5 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco, referido únicamente al ámbito del pacto sucesorio, establece lo siguiente:

Art. 108. Revocación del pacto sucesorio. Los instituyentes pueden revocar la designación:

1. Por las causas pactadas.
2. Por incumplimiento grave de las cargas o condiciones establecidas.
3. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o desheredación.
4. Por conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar.
5. En los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los instituidos, o extinción de la pareja de hecho, cuando el pacto sucesorio se haya otorgado en atención a ese matrimonio o pareja de hecho. Se exceptúa, en el caso de la pareja de hecho, que su extinción haya ocurrido por contraer matrimonio entre los mismos miembros de la pareja.

4. LA INEFICACIA SOBREVENIDA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS POR CRISIS MATRIMONIAL EN EL DERECHO COMÚN. EL ERROR EN LOS MOTIVOS Y EL ARTÍCULO 767 DEL CÓDIGO CIVIL. REPASO JURISPRUDENCIAL: CRITERIOS EMPLEADOS POR LOS TRIBUNALES PARA DETERMINAR CUÁL ERA LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

A pesar de que —como acabamos de ver— algunos de los derechos civiles forales o especiales contengan normas que prevén la ineficacia de las disposiciones testamentarias favorables al cónyuge o al conviviente en pareja estable cuando se ha producido una crisis matrimonial o de convivencia, no ocurre lo mismo en el derecho civil común. El Código civil español no contiene un artículo de calado similar.²⁵ Sin

25. Algunos autores, sin embargo, han defendido que la introducción en el Código civil de un pre-

embargo y como cualquiera de nosotros puede atestiguar, esas crisis matrimoniales o de convivencia también se producen entre parejas cuya sucesión viene regida por las disposiciones de derecho común.

Tal circunstancia ha llevado a la jurisprudencia a dar encaje a estas situaciones a través de una norma de carácter genérico: el artículo 767 CC, que regula qué ocurre si el testador instituyó heredero o nombró legatario en virtud de una causa que resultó ser falsa, movido por un motivo que realmente nunca fue cierto. Es por ello que dicho precepto es conocido comúnmente como el relativo al «error en los motivos» o a la falsa causa en la disposición testamentaria. Su dicción literal es la siguiente:

La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiere conocido la falsedad de la causa.

A primera vista, puede observarse una semejanza y, a su vez, una divergencia entre la sistemática del artículo 767 CC y la del artículo 422-13 CCCat. Ambos preceptos prevén la posibilidad de que la disposición testamentaria continúe siendo válida y eficaz, pero lo cierto es que lo hacen en orden inverso: la redacción del artículo 767 CC parece presumir la validez de la disposición, pero apuntilla a continuación que la misma solo decaerá si se demuestra que el causante no habría ordenado esa disposición si hubiese tenido conocimiento de que el motivo que le movió a ordenarla era falso, equivocado o inexacto. En cambio, la redacción del artículo 422-13 CCCat apuntala primero la norma general (esto es, la ineficacia de la disposición) y solo después reconoce las excepciones a esa misma norma.

En segundo lugar, hallamos otra similitud: aunque la dicción literal de ambos preceptos parezca limitar la interpretación de la voluntad del testador al estricto ámbito del texto del testamento, en sendos casos la jurisprudencia ha venido reconociendo la posibilidad de acudir a la prueba extrínseca para averiguar cuál era la verdadera

cepto semejante al art. 422-13 CCCat sería positiva y acorde con las actuales tendencias sociales en materia de separación y divorcio. En este sentido, véase María Jesús LÓPEZ FRÍAS, «La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial», *Revista Doctrina Aranzadi Mercantil-Civil*, año 2012, vol. 5, núm. 5, p. 72. No obstante, curiosamente, la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (accesible en línea en <www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf>) no ha seguido los pasos de los derechos forales catalán, gallego y aragonés, y en su texto no hallamos ningún artículo equiparable al art. 422-13 CCCat. Sí encontramos, en cambio, un artículo referido a la causa falsa en las disposiciones testamentarias (el art. 462-81), que mantiene una redacción prácticamente idéntica a la del actual art. 767 CC.

voluntad del *de cuius*, incluyendo el recurso a actos anteriores, posteriores y coetáneos a la autorización del testamento.²⁶

Por último, debemos destacar que la jurisprudencia distingue entre el error de imprevisión y el verdadero error en los motivos o causa falsa. En el caso que nos ocupa (es decir, en el marco de las crisis matrimoniales y de convivencia), el primero tiene lugar cuando el testador ordenó la disposición sin ni tan siquiera entrar a valorar, en su fuero interno, si quería que la disposición desplegara efectos en el caso de un eventual divorcio o de una futura separación o nulidad. Es, llana y simplemente, una posibilidad que el causante ni siquiera llegó a contemplar.

26. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la algo vetusta SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 800/1999, de 13 de diciembre de 1999 (rec. 643/1998), cuando establece:

En esta materia únicamente cabe, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir al artículo 767 del Código civil [...]. La causa contemplada en este precepto es la razón o el motivo que lleva al testador a disponer, causa en sentido subjetivo o móvil incorporado al acto de disposición. De acuerdo con la doctrina mayoritaria es claro que el resultar del testamento no debe impedir el recurso a la prueba extrínseca y por consiguiente la intención de dar primacía a la voluntad del testador exige la utilización de cuantos elementos puedan conducir a la valoración de esa voluntad real, aunque no esté perfectamente expresada en el texto del testamento.

Y similar conclusión encontramos en la más reciente SAP de Alicante (Sección 9ª) núm. 103/2007, de 30 de marzo de 2007 (rec. 188/2007):

Cuestión distinta es la de determinar si resulta lícita la utilización de cualquier medio interpretativo, intrínseco o extrínseco, para averiguar la verdadera voluntad del testador. Hay autores que, con base en el carácter formalista de la disposición testamentaria, afirman que tal investigación debe ceñirse exclusivamente al documento testamentario, y toman como base de su teoría los términos literales del artículo 675 «según el tenor del mismo testamento». Esta posición restringida se ha venido manteniendo en la doctrina y en algunas resoluciones judiciales, pero más modernamente la jurisprudencia mayoritaria definitivamente ha establecido: «que no hay obstáculo legal que impida al juzgador acudir, para la interpretación del contenido de las disposiciones testamentarias, a circunstancias exteriores al testamento (los llamados medios de prueba extrínsecos). Esta posición, prácticamente unánime, es conforme con el recto sentido que conduce a una interpretación subjetiva, ya que facilita los medios para averiguar la real voluntad del testador, y además está de acuerdo con la posición que adopta el legislador en el artículo 733 CC, en donde no se pone ninguna restricción en cuanto a los medios utilizados para indagar la voluntad del declarante. Y no son atendibles los argumentos en contra de esta apertura interpretativa, pues no cabe recelo cuando se utilizan documentos de indudable autenticidad y veracidad, y por lo que respecta a la fiabilidad de los testigos, la prudencia judicial y el buen sentido, pueden obviar cualquier desviación. Los medios reales más utilizados en esta prueba extrínseca se refieren a los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la redacción del testamento, y pueden consistir en declaraciones escritas del propio testador, los proyectos de testamento, la actitud del testador y su comportamiento posterior, el contenido de un testamento posterior, aunque sea nulo por defecto de forma y no por vicios de la voluntad, etc.

En cambio, la concurrencia de una auténtica causa falsa solo tiene lugar si el causante, en el momento de otorgar testamento, creyó positivamente que él y su pareja no pondrían fin a su vínculo matrimonial o convivencial hasta el momento de su óbito. Siendo estrictos, solo en este último caso resultaría procedente la aplicación del artículo 767 CC. Sin embargo, como es comprensible, para las partes y para el juzgador resulta prácticamente imposible llegar a saber qué pasó en su momento por la mente del testador, razón por la cual la cuestión litigiosa solo podrá ser resuelta presumiendo que el testador previó la posibilidad de que su relación de pareja pudiese truncarse antes de su fallecimiento y acudiendo a la antedicha prueba extrínseca para valorar si, en tal caso, este deseaba que la disposición favorable a su cónyuge o a su pareja deviniese ineficaz o no.

Es precisamente el recurso a esta prueba extrínseca y la disparidad de criterios entre cada tribunal lo que hace que la jurisprudencia sobre la cuestión sea sumamente diversa y disímil. Dado que no existe un gran fondo de resoluciones relativas a la ineficacia de las disposiciones testamentarias por causa de una crisis matrimonial o de convivencia y habida cuenta de que han sido muy pocos los casos resueltos sobre esta cuestión por los tribunales situados en Cataluña, resulta obligado acudir a la jurisprudencia emanada de los tribunales del resto de España. La mayor variedad de casos dirimidos por los tribunales radicados fuera de Cataluña puede ayudar a los operadores jurídicos a hallar argumentos sólidos para apuntalar la ineficacia o eficacia de las disposiciones testamentarias. A continuación, pues, efectuaremos un repaso de esa jurisprudencia «de derecho común», sin perjuicio de realizar algún *excursus* para poner el foco sobre sentencias que, aunque han sido dictadas por tribunales sitos en territorios con derecho foral, son también de gran interés.²⁷

Así, podemos encontrar casos en los que el causante no revoca el testamento durante los dos años que transcurren entre la ruptura y su fallecimiento, pero aun así el tribunal considera que la disposición en su día ordenada a favor de su entonces pareja adolece de causa falsa por cuanto instituyó heredera a su expareja en exclusiva atención a su condición de esposa.²⁸ En otros supuestos, los órganos jurisdiccionales

27. Tras las conclusiones de este artículo, el lector hallará una tabla de jurisprudencia en la que se listan todas las resoluciones judiciales nombradas en el presente texto, junto con un resumen del contenido de cada una de ellas.

28. Se trata de la ya mencionada SAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 800/1999, de 13 de diciembre de 1999 (rec. 643/1998):

Trasladada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, debemos señalar que efectivamente el testador pudo revocar y no lo hizo [...]. Teniendo en cuenta que el testamento se otorga en 1978, y por consiguiente, en esa fecha no era posible el divorcio en nuestro país aunque sí la separación, entiende la Sala que, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entender-

han apreciado que la institución favorable al excónyuge o expareja debía devenir ineficaz incluso después de que el testador no revocase la misma durante nada más y nada menos que trece largos años, tomando en consideración elementos probatorios ajenos al estricto texto del testamento, como, por ejemplo, que en la liquidación de la sociedad de gananciales ya se adjudicaron diversos bienes a la excónyuge y que no podía entenderse que el esposo continuase creyendo que, después de la separación y liquidación de los gananciales, su exmujer seguía siendo beneficiaria de algún derecho *mortis causa*.²⁹

También y como es lógico, para poder determinar cuál era la verdadera voluntad del causante podemos acudir a actos o negocios jurídicos suscritos por este después de haber otorgado testamento y con posterioridad a que se haya producido la ruptura definitiva de la relación. Cabe considerar, por ejemplo, si después de la separación, la nulidad o el divorcio, el causante contrató un seguro de vida y designó como beneficiaria del mismo a su exesposa,³⁰ o si el *de cuius* donó algún bien o derecho de cierto valor económico a su expareja después de la ruptura de la relación sentimental.

se motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su art. 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz.

29. Véase la SAP de Granada (Sección 5ª) núm. 262/2010, de 11 de junio de 2010 (rec. 54/2010):

La cláusula [por la que se otorga el usufructo vitalicio sobre toda la herencia a su entonces esposa] citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente. Respecto a la no revocación de la cláusula cuestionada, pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron más de trece años, hemos de insistir en que dado el contenido de la misma, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa “*mortis causa*”. El supuesto enjuiciado, debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera, y por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de eficacia sobrevenida.

30. Como muestra, podemos citar la SAP de Madrid (Sección 8ª) núm. 99/2017, de 9 de marzo de 2017 (rec. 844/2016). En el caso en ella resuelto, el causante no modificó ni revocó su testamento durante los catorce años que separaron la separación de su óbito y, por si fuera poco, a los diez años de la separación designó a su expareja como beneficiaria de un seguro de vida. Además, esta cuidó del causante durante los últimos estertores de su enfermedad.

Pero no solo tiene importancia el tiempo transcurrido desde la ruptura sin que el testador haya revocado el instrumento sucesorio o los actos o negocios jurídicos por este celebrados, sino que también han de tenerse en consideración las circunstancias subjetivas específicas del *de cuius*. Por ejemplo, es importante aquilatar si el causante se ha visto afectado por una enfermedad cuya virulencia pueda causar su fallecimiento de manera más o menos súbita y, aun así, ello no le ha llevado a concluir que debía revocar su testamento para evitar que su excónyuge resultase beneficiado tras su muerte, que, dada la notoria letalidad de la aflicción por él sufrida, podría sobrevenir en cualquier momento. En tales situaciones, los tribunales suelen apoyarse sobre la concurrencia de esa enfermedad para apuntalar que la voluntad real del causante era que se mantuviese la eficacia de la disposición, en tanto que, si no fuera así, lo más razonable sería haber acudido presto a una notaría para modificar o revocar su testamento.³¹

Igualmente, puede resultar muy útil aportar a los autos cualesquiera escritos en los que el testador manifestase sus últimas voluntades o deseos, incluso aunque estos no reúnan las condiciones exigidas por la legislación vigente para los testamentos ológrafos.³²

En el mismo sentido, también debe tenerse en cuenta el grado de amistad y/o cordialidad que guardaron el causante y su excónyuge o expareja tras su ruptura. Tal circunstancia puede tener una relevancia capital, puesto que, como señaló Miriam Anderson al comentar una resolución dictada por la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya en 2013,³³ el acaecimiento de la

31. Este es el supuesto dirimido por la ya referida SAP de Alicante (Sección 9ª) núm. 103/2007, de 30 de marzo de 2007 (rec. 188/2007), en la que se relata que la causante tuvo más de seis años para revocar la disposición testamentaria favorable a su excónyuge y no lo hizo a pesar de que durante todo ese tiempo estuvo afectada por una grave enfermedad que finalmente le causó la muerte. Algo similar ocurre a lo largo del *iter* procesal que lleva a la sentencia que ha motivado la redacción de este escrito, puesto que la Audiencia Provincial de Barcelona declara que debe mantenerse la eficacia de la institución de heredero a favor de L. tomando en consideración que este sufría los perniciosos efectos del VIH cuando otorgó testamento y que continuó padeciéndolos desde que se divorció hasta el mismo día de su muerte.

32. Extraviándonos de la senda de la jurisprudencia emanada de los tribunales radicados en los territorios de derecho común, queremos destacar la SAP de Lugo (Sección 1ª) núm. 361/2018, de 31 de octubre (rec. 677/2018). En el caso en ella resuelto, el causante otorgó testamento instituyendo heredera universal a su esposa y sustituyéndola vulgarmente por su madre. Posteriormente los cónyuges se separaron y él residió de manera estable con otras dos parejas, sin que jamás se produjese la reconciliación con su exesposa, aunque ambos mantuvieron una relación de amistad y confianza. Poco antes de fallecer y mientras se encontraba en una clínica de desintoxicación, el testador escribió una carta a su madre, de su puño y letra, en la que le indicaba «su última voluntad» y de cuyo contenido se desprendía que deseaba que su heredera fuese su progenitora, pero ordenaba a esta que le diese un dinero a su exesposa y le prestase ayuda a cargo del caudal relicto.

33. Cfr. Miriam ANDERSON, «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (juliol 2013). Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats

ruptura de la relación conyugal o convivencial no siempre comporta que el testador y su expareja se retiren mutuamente la palabra, cercenen completamente los vínculos que les unen y corten todo contacto con sus antiguas familias políticas (aunque, como dicta la experiencia, en la mayoría de ocasiones ocurra lo antedicho en mayor o menor medida).

Por ejemplo, el mantenimiento de una relación sumamente cordial entre el causante y su exesposa es la piedra basilar sobre la que se apoya la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona (Sección Decimoséptima) 533/2018, de 21 de junio (rec. 1280/2017), en cuyo fallo los magistrados consideran que procede declarar el mantenimiento de la validez y eficacia de la disposición testamentaria ordenada por el causante a favor de su excónyuge en tanto que tras la ruptura no solo ambos mantuvieron un trato habitual y amistoso, sino que la beneficiada acudía constantemente a casa del *de cuius* para asistirle, llegando a llevarle comida y la medicación que este necesitaba para paliar los efectos de la cardiopatía isquémica que sufría. Asimismo, los excónyuges tenían largas conversaciones telefónicas y —a mayor abundamiento— fue la beneficiaria quien, advirtiendo que el causante no contestaba a sus llamadas, comprendió que algo le podía haber sucedido y se puso en contacto con los facultativos médicos y con la Guardia Urbana, y junto con ellos accedió a la vivienda habitual de su exmarido y halló allí su cadáver.

Como no puede ser de otra manera, debemos también referirnos a la más moderna jurisprudencia sobre la materia emanada del Tribunal Supremo y recientemente reseñada por Parra Lucán.³⁴ Más específicamente, hemos de traer a colación dos sentencias que podríamos calificar de gemelas porque fueron dictadas el mismo día y comparten un mismo fallo y una misma *ratio decidendi*; se trata de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) 531/2018 y 539/2018, ambas del 26 de diciembre (rec. 162/2016 y 811/2016). En sendas resoluciones, el Tribunal Supremo emplea un criterio hermenéutico de base gramático-literal y parte de que —en los dos casos— los causantes otorgaron un testamento notarial abierto en el que disponían un legado «a favor de su pareja D. L.» y «a favor de su pareja D. C.», respectivamente. El alto tribunal considera que la expresión «su pareja» para referirse a las beneficiadas no puede ser entendida como un mero adjetivo identificativo o descriptivo, sino que la mención a la condición de cónyuge de las beneficiadas revela que si los testadores

Jurídiques de 25 i 28 d'octubre i 5 de desembre de 2013», *InDret* (Barcelona), año 2014, núm. 1, p. 19. Accesible en línea en: <www.indret.com/pdf/1066_cat.pdf>. A idéntica conclusión han llegado en ocasiones los tribunales: por ejemplo, en la SAP de Madrid de 15 de abril de 2013 (JUR 2013/21381), en la que la Audiencia capitalina asevera que las situaciones de divorcio no siempre son traumáticas y no implican necesariamente pérdida de afectividad.

34. M.ª Ángeles PARRA LUCÁN, «La actualización del derecho de sucesiones en la jurisprudencia de la Sala 1ª TS», *Revista La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 8290/2019 (16 julio 2019), p. 5.

otorgaron esos legados fue precisamente en atención a la calidad de esposa ostentada entonces por las beneficiadas, sin que de la prueba practicada se dilucide que los testadores hubiesen querido que dichos legados desplegasen efectos una vez extinguido el vínculo conyugal, por lo que procede declarar la ineficacia de los mismos.

Así pues, recapitulando, existen una gran variedad de extremos y circunstancias a las que podemos y debemos recurrir para fundamentar si el testador quería o no que la disposición testamentaria favorable a su pareja fuese eficaz incluso en caso de separación, divorcio o nulidad:

— Si el causante ha revocado o modificado su testamento en el ínterin transcurrido entre la ruptura y su fallecimiento. Aunque se trata de un elemento probatorio de cierta relevancia, que el testador no haya revocado la disposición favorable al cónyuge no prueba, *per se*, que desease mantener la eficacia de la misma tras la separación, el divorcio o nulidad, sino que dicha circunstancia deberá necesariamente ser puesta en conexión con el contexto concreto de la sucesión litigiosa y con el resto de la prueba extrínseca practicada, entroncándola con otros indicios sobre los que pueda reconstruirse la voluntad del testador.³⁵

— Los actos o negocios jurídicos celebrados por el *de cuius* con posterioridad a la separación, la nulidad o el divorcio. Particularmente, debemos prestar especial atención a los que fueran dirigidos a favorecer al excónyuge o expareja de algún modo: señalarlo como beneficiario de un seguro de vida, instituirlo legatario de algún bien o derecho, donarle un bien de particular valor, etcétera.

— Si el testador, tras la ruptura de pareja, ha permitido a su excónyuge o expareja el uso o disfrute anticipado del bien o derecho objeto de la disposición cuya eficacia se discute.

— Las circunstancias subjetivas concretas del causante, particularmente las atinentes a su estado de salud. Si el testador sufre una enfermedad de cierta entidad y es conocedor de que la misma podría causarle la muerte en cualquier momento o en un corto espacio de tiempo, es lógico afirmar que si la intención de este fuese que la disposición ordenada en su día a favor de su expareja no desplegase efectos, la existencia de esa dolencia debería compelerle a modificar o a revocar la disposición testamentaria antes de su muerte.

35. En este sentido, Casas Vallés mantuvo en su día que «[e]l seguro que quien pretenda la eficacia de la disposición en favor del cónyuge —este mismo o sus herederos— no podrá ampararse en la mera inactividad del testador. El argumento al que de inmediato se recurriría (no sabemos cómo habría testado el causante si hubiese previsto la nulidad, separación o divorcio, pero sí sabemos cómo testó y —sobre todo— que podía revocar y no lo ha hecho) resulta por sí solo insuficiente. Para establecer una voluntad hipotética favorable a la eficacia deberán concurrir actos o comportamientos que vayan más allá de la pura y simple inactividad». Véase RAMÓN CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias», p. 1780.

— La existencia de misivas, cartas o cualesquiera manuscritos redactados por el causante en los que exprese sus últimas voluntades o deseos, incluso aunque no reúnan los requisitos previstos en la ley para los testamentos ológrafos.

— El grado y la intensidad de la relación de amistad, familiaridad y confianza que el causante y su excónyuge o expareja hubiesen mantenido tras la separación, el divorcio o la nulidad.

— El uso o no del título de esposa o esposo, o de pareja, a la hora de ordenar la disposición testamentaria favorable al cónyuge o a la pareja estable.

En cualquier caso, en primer lugar tanto las partes como el juzgador deberán prestar atención al texto del instrumento sucesorio y comprobar si coincide con la voluntad real del causante, reconstruida a través de la prueba intrínseca y la extrínseca.³⁶ En caso de que el texto y la voluntad real no coincidan, deberá procederse a integrar las disposiciones testamentarias para adaptarlas a la verdadera voluntad del causante, con independencia del *nomen iuris* o de los términos concretos empleados por este.

Si dicha voluntad real no pudiera ser hallada con total certeza, los esfuerzos del hermenauta deberán ir dirigidos a averiguar lo que el causante podría razonablemente haber querido. Deberá elucubrar acerca de la hipotética voluntad del causante, tratando de averiguarla mediante deducciones lógicas y fundadas en las circunstancias personales del testador, en el contexto del testamento y en los hechos anteriores, coetáneos y posteriores al otorgamiento de este.³⁷

36. Así lo establece la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. A título meramente ilustrativo pueden citarse las sentencias del TSJC de 5 de enero y 10 de octubre de 2012 (magistrados ponentes: María Eugenia Alegret Burgués y Enric Anglada Fors, respectivamente), que hacían hincapié en que de la regulación legal se deriva que «lo que prima es la voluntad real del testador de forma que si del contexto del testamento y también mediante elementos periféricos integradores de aquél pudiese acreditarse que la intención de favorecer al cónyuge se mantenía con independencia de su condición de tal, habría de prevalecer la voluntad real».

37. En concreto, Theodor KIPP i Helmut COING, *Derecho de sucesiones*, p. 221-223, extendían las siguientes directrices básicas que deben seguirse a la hora de interpretar una determinada voluntad sucesoria:

A) Hay que investigar lo que el testador ha querido decir con sus palabras, al otorgar su testamento. A este fin puede hacerse uso de sus posteriores pensamientos, en calidad de datos; pero no poseen una significación decisiva. B) Hay que averiguar en primer lugar, lo que el testador quería realmente, su voluntad real y empíricamente determinable. Si llega a concretarse ésta, la interpretación ha cubierto su objetivo. C) Si la voluntad real puede averiguarse, pero no con seguridad, la interpretación debe dirigirse hacia lo que el causante pueda haber querido razonablemente (la llamada voluntad presumible). D) Si las circunstancias personales, en comparación con el estado de cosas prevalente en el momento de otorgar el testamento, han cambiado hasta el punto de que las disposiciones del testador no alcanzan ya el fin que éste tenía en vista, la interpretación debe averiguar qué disposiciones hubiera adoptado presumiblemente el causante para alcanzar sus fines, de haber previsto dichas modificaciones (la llamada interpretación complementaria). [...] Lo que ocurre en estos casos es que, después del otorgamiento del testamento, las circunstancias cambiaron de un modo no previsto por el testador. Por consiguiente, las medi-

Y, finalmente, si dicha voluntad hipotética no pudiera ni tan siquiera ser razonablemente pergeñada, deberemos acudir —como *ultima ratio*— a la voluntad hipotética típica prevista por la ley,³⁸ que en este caso vendría conformada por la ineficacia sobrevenida objetivada y regulada en el artículo 422-13 CCCat.

5. VICISITUDES CONCRETAS DEL CASO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 14/2019. RESUMEN DEL *ITER* PROCESAL SEGUIDO HASTA LLEGAR A LA CASACIÓN

Pasamos ahora a centrar nuestra atención en las vicisitudes concretas del caso que terminó siendo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En un principio, la demanda interpuesta por la hermana del causante —M.— contra el instituido heredero —L.— recayó ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badalona. Como sabemos, en el escrito de demanda M. solicitaba, al amparo del artículo 422-13 CCCat, la ineficacia de la cláusula segunda del testamento de su hermano, A., en la que este instituía heredero universal a su excónyuge, L.

La sentencia dictada en primera instancia favoreció los intereses de L., pues el Juzgado consideró que: *a)* aunque A. y L. no eran pareja estable en el momento en que aquel otorgó el testamento (aunque luego formalizaron su relación y se constituyeron formalmente en pareja estable al amparo de la Ley catalana 10/1998), A. instituyó heredero a L. en atención a la *affectio maritalis* existente, y *b)* A. tenía pleno conocimiento de que era portador del VIH y aun así no modificó el testamento durante los tres años que mediaron entre el divorcio y su fallecimiento, incluso aunque durante ese periodo acudió en más de una ocasión a diversas notarías. A mayor abundamiento, también se detectó que los dos excónyuges mantuvieron una sana relación de amistad tras la ruptura. Según resume la sentencia de apelación, fueron esas razo-

das por él ordenadas no son ya idóneas para obtener el fin buscado. Entonces, la interpretación complementaria intenta averiguar qué medidas es de presumir que el testador hubiera adoptado, de haber previsto los cambios producidos. Sobre el resultado de estas averiguaciones completa (o mejor, corrige) el testamento, adaptando las medidas singulares al cambio de las circunstancias, manteniendo siempre en pie el fin querido por el testador.

38. Siguiendo a María Jesús LÓPEZ FRÍAS, «La voluntad hipotética del testador», p. 21, «[s]i tenemos la función de interpretar un testamento [...] la secuencia lógica habría de ser la siguiente: a) Primero, interpretar para averiguar la voluntad expresa o tácita del testador, y para ello será necesario acudir a la prueba intrínseca y extrínseca [...] con la finalidad de descifrar su intención favorable o desfavorable a la pervivencia de la institución. Ello supone, al fin y al cabo, ver si tal institución quedaba condicionada o le era indiferente el cambio de las circunstancias. b) Y segundo, a falta de base para interpretar, se tendrá que acudir a la voluntad hipotética típica elevada por Ley al rango de norma dispositiva».

nes las que llevaron al Juzgado a deducir que la intención del testador fue favorecer a L. antes del matrimonio y con independencia de que existiese un vínculo conyugal o convivencial *stricto sensu*, por lo que concluyó que debía mantenerse la eficacia de la disposición testamentaria y desestimó íntegramente la demanda.

Pero es que la sentencia de instancia, además, consideró que el artículo 422-13 CCCat resultaba de aplicación al supuesto de hecho a pesar de que A. y L. no eran pareja estable ni estaban casados en el momento del otorgamiento del testamento, pues efectuaba una interpretación teleológica del precepto y entendía que el mismo comprende también los supuestos de disposiciones testamentarias ordenadas con anterioridad a la celebración de las nupcias y a la formalización de la pareja estable.³⁹ Sin embargo, como ya hemos reseñado, consideró que concurría la excepción prevista en el inciso tercero del artículo 422-13 CCCat, aquilatando que del contexto del testamento y de la prueba extrínseca practicada y referida a hechos anteriores, coetáneos y posteriores al otorgamiento del testamento, cabía inferir que A. deseaba que la disposición desplegara efectos incluso tras el acaecimiento del divorcio.

Interpuesto por la representación de M. el pertinente recurso de apelación y elevados los autos a la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó la SAP de Barcelona (Sección Decimoprimer) 453/2018, de 25 de julio (recurso de apelación 237/2016-C; magistrado ponente: José María Bachs i Estany). Aunque la Audiencia Provincial barcelonesa desestima el recurso de apelación, lo hace por motivos muy distintos a los que llevaron al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Badalona a desestimar la demanda de M.:

— En primer lugar, considera que no concurre la causa excepcional del artículo 422-13.3 CCCat, puesto que la disposición testamentaria no goza de un contexto del que se desprenda que esta ha de desplegar efectos tras el acaecimiento del divorcio. También indica que la jurisprudencia más ajustada al caso entiende que en la noción de *contexto del testamento* solo pueden subsumirse el texto literal del testamento y los actos coetáneos del testador, pero no los anteriores y posteriores (SAP de Barcelona, Sección Decimotercera, de 6 de noviembre de 2013).

La Audiencia remata diciendo que los actos posteriores al otorgamiento del testamento son irrelevantes porque buena parte de los ciudadanos ignoran la existencia del precepto y no revocan las disposiciones favorables a sus excónyuges o exparejas.

39. Desconocemos los términos concretos del razonamiento empleado por el juzgador de primera instancia para apuntalar esa interpretación teleológica del art. 422-13 CCCat. Sin duda, sería profundamente interesante poder conocerlos. Debemos informar al lector de que se intentó por todos los medios posibles conseguir una copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badalona. Lamentablemente, los funcionarios del Juzgado nos indicaron que no podían dejarnos acceder al texto de la resolución dado lo delicado de la situación personal del causante y del instituido heredero, y afirmaron que si nos entregasen una copia estarían conculcando la normativa de protección de datos.

Parece, pues, que la Audiencia Provincial de Barcelona era proclive a declarar la ineficacia de la disposición.

— Sin embargo, en segundo lugar y al contrario que el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial decide que el artículo 422-13 CCCat no es aplicable al caso. Indica que no estamos ante el supuesto que preside la norma: no hay una disposición ordenada a favor del cónyuge del causante o del conviviente en pareja estable del mismo, puesto que, a fecha de 31 de julio del año 2000 (cuando A. instituyó heredero a L.), causante e instituido no eran pareja estable, ya que —a diferencia del actual artículo 234-1 CCCat— el artículo 21 de la Ley catalana 10/1998 exigía que para serlo debían formalizar su unión estable homosexual mediante la preceptiva escritura pública (se trataba de una formalidad constitutiva y no meramente *ad solemnitatem*).

La Audiencia Provincial indicaba también que un buen sector de la doctrina catalana defendía que la norma solo se aplicaba a las disposiciones testamentarias ordenadas una vez ya se había celebrado el matrimonio o se había alcanzado el estatus de unión estable de pareja. Consecuentemente, al no entrar en juego el artículo 422-13 y no existir ningún testamento posterior que revoque o modifique la institución de heredero a favor de L., esta ha de conservar su validez y eficacia. La Sentencia de Primera Instancia queda, pues, confirmada, aunque sea con base en una *ratio decidendi* radicalmente distinta.

Poco después, la representación de M. interpuso el correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Específicamente, basó el recurso en la inexistencia de jurisprudencia sobre la cuestión (es decir, en la concurrencia de interés casacional —art. 477.3 *in fine* Ley de enjuiciamiento civil—) y en el mismo solicitaba que se declarase que aunque L. y A. no eran pareja estable en el momento del otorgamiento del testamento por no haber cumplido con las formalidades del artículo 21 de la Ley 10/1998, debía aplicarse retroactivamente el artículo 234-1 CCCat en consideración a que este último precepto estaba vigente en el momento de la apertura de la sucesión. Por último y siguiendo la misma línea argumental, la parte recurrente pedía al TSJC que declarase que «el art. 422-13 CCCat es aplicable a las sucesiones abiertas tras la derogación de la Ley 10/1998, a las parejas homosexuales que en el momento de otorgar testamento tuvieran la consideración de pareja estable, de acuerdo con el art. 234-1 CCCat».

Como ya habrá anticipado el lector, la tesis enarbolada por la parte recurrente no tuvo un largo recorrido. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fija la *quaestio iuris* entorno a la petición formulada por la recurrente y deshecha diametralmente el motivo de su recurso, pues entiende que la parte recurrente confunde la normativa sucesoria y la relativa a las uniones estables de pareja: lógicamente, la ley aplicable a la sucesión será la del libro cuarto del Código civil de Cataluña (puesto que A. falleció en 2014), y la normativa aplicable para conocer si A. y L. eran pareja en la fecha en que se otorgó el testamento (31 de julio de 2000) es la Ley catalana 10/1998, dado que el libro segundo del Código civil de Cataluña aún no había sido promulgado.

El Tribunal, atendiendo al artículo 21 de la mencionada Ley 10/1998, determina que, si bien en el momento de otorgar el testamento A. y L. eran pareja sentimental, aún no se habían constituido en pareja estable, con independencia de que otorgasen la escritura pública de pareja estable homosexual al cabo de pocos meses (en octubre del 2000) y aunque posteriormente (en el año 2006) contrajesen matrimonio una vez se legalizó el matrimonio homosexual en toda España.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña establece que el artículo 422-13 CCCat no puede entrar en juego si causante y beneficiado por la disposición testamentaria no habían contraído nupcias o no formaban una pareja estable en el momento del otorgamiento del testamento. Según el Tribunal, se trata de una condición primaria indispensable para que pueda entrar en juego el precepto, una *conditio sine qua non*. Así, en el caso dirimido por la resolución no resulta de aplicación el artículo 422-13 CCCat, en tanto que A. y L. no eran pareja estable en el momento en que se otorgó la institución de heredero favorable a este último, por lo que el TSJC procede a desestimar el recurso y a declarar la validez y eficacia de la disposición testamentaria favorable a L.

6. CONCLUSIONES: PREVALENCIA DE LA *AFFECTIO MARITALIS* SOBRE LA ESTRICTA CONDICIÓN DE ESPOSO O ESPOSA O DE PAREJA ESTABLE EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO

Llegados a este punto y antes de proceder al análisis final de la cuestión en liza, hemos de tener en cuenta la existencia de tres principios generales del derecho que se encuentran firmemente grabados en el frontispicio de todos los ordenamientos jurídicosucesorios que encuentran su origen en el derecho romano: el principio *favor testamenti*, el principio relativo a que la voluntad del testador conforma la ley de la sucesión y el principio *tempus regit actum*.

a) El principio *favor testamenti* impone al juzgador la obligación de efectuar una interpretación benigna del testamento, por lo que debe partir de la base que el testador ha querido ordenar algo razonable y debe coadyuvar, a través de su actuación, a que el testamento cobre eficacia práctica.⁴⁰ Dicha máxima ha sido acogida en múltiples ocasiones por nuestros tribunales y en el marco del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pueden citarse la STSJC 40/2008, de 1 de diciembre, y la STSJC 17/2013,

40. Ulpio MARCELO, Digesto 34, 5, 24: «Cum in testamento ambigue aut etiam perperum scriptum est, benigne interpretari et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est». Este principio ha trascendido a los ordenamientos continentales, como se desprende de la lectura de los art. 421-6 CCCat y 2084 BGB, entre otros.

de 4 de marzo, entre otras. Ello significa que el testamento debe ser interpretado —*ab initio*— en beneficio del favorecido y que los motivos de ineficacia previstos en la ley no pueden ser interpretados extensivamente ni para casos diferentes a los previstos específicamente por los textos legales. Ello, como es evidente, tiene un efecto directo sobre una posible interpretación alternativa del artículo 422-13 CCCat.

2) Fuertemente relacionado con el principio *favor testamenti* se encuentra el principio de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, consagrado en el artículo 421-6.1 CCCat. Dicho principio tiene dos vertientes: la primera es la relativa a que ha de partirse de una interpretación literal del contenido del testamento, siempre que sus disposiciones sean claras e inteligibles;⁴¹ por otro lado, esta máxima también comporta que cuando se aprecie una clara divergencia entre el contenido del instrumento sucesorio y la voluntad real del testador, siempre habrá de darse prioridad a esta última.

3) En último lugar, el principio *tempus regit actum*⁴² actúa —en el marco del derecho de sucesiones— limitando las posibilidades de interpretación de los testamen-

41. Así lo recoge la STSJ-C (Sala Civil y Penal, Sección Primera) núm. 15/1993, de 19 de julio de 1993, que asienta la prioridad del criterio gramatical o literal:

Ya decía un texto del Digesto: «cuando de las palabras no hay ninguna ambigüedad, no se debe admitir cuestión sobre la voluntad» (Paulus, libro 1, «ad Neratium» Digesto xxxii, 25.1); así lo recoge el Código Civil en el art. 675, y así lo recuerda reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. La primera regla interpretativa es la literal o gramatical. Dice el más Alto Tribunal: «habrá de estarse a la literalidad de las propias palabras del testador, si el texto de las cláusulas es claro, expresivo y de su sola lectura se deduce el propósito e intención de los testadores» [*ad exemplum*, Sentencias de 24 de marzo de 1982 (RJ 1982/1501), 10 febrero y 10 abril 1986 (RJ 1986/521) y (RJ 1986/1846), 1 febrero 1988 (RJ 1988/581) y 10 junio 1992 (RJ 1992/5119)]. Y no es conveniente separarse (no se debe abandonar) de la significación de las palabras, sino cuando es manifiesto que el testador entendió decir otra cosa (cuando sea evidente que era otra la intención del testador) —«non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem»—, respuesta de Marcelo, Digesto, libro xxxii, título único, ley 69. Solamente cuando haya oscuridad, duda, ambigüedad o se aprecia que hay contradicción entre las palabras utilizadas y la intención [SS. 1 febrero 1988 (RJ 1988/581), 5 marzo 1990 (RJ 1990/1667) y 10 junio 1992 (RJ 1992/5119)] se ha de prescindir de la interpretación literal, porque obviamente lo relevante es la voluntad real del testador —art. 675, SS. 9 junio 1987 (RJ 1987/4049), 17 junio 1988 (RJ 1988/5113), 3 noviembre 1989 (RJ 1989/7847) y 30 noviembre 1990 (RJ 1990/9220), entre otras [...].

42. Al hilo del artículo 675 CC, Roca Sastre atestiguaba la vigencia de este principio en nuestro derecho y decía: «En el derecho español [...] la interpretación y consiguiente búsqueda de la voluntad del testador deberá referirse al momento del otorgamiento [del instrumento sucesorio]. El principio subjetivista del art. 675.1 se funda en la naturaleza voluntarista de la norma testamentaria. Con la interpretación sólo se pretende hallar (artículos 666 y 673) aquella específica voluntad que dio contenido a la norma, no cualquier otra posible voluntad anterior o posterior. Buscar otra diferente, sería negar el principio subjetivista al eliminar su presupuesto (correspondencia entre declaración testamentaria-voluntad del testador), para colocarlo en otro diverso: la flexibilidad de la norma testamentaria para admitir un contenido volitivo

tos y del resto de instrumentos sucesorios. Dado que el testamento es un acto formal que se perfecciona en el mismo momento de su otorgamiento y que es esencialmente revocable, apriorísticamente la hermenéutica debe restringirse únicamente al momento del otorgamiento del acto de disposición.

A nivel normativo, podemos hallar un ejemplo de la prevalencia de este precepto en la disposición transitoria segunda de la Ley catalana 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. El inciso segundo de la antedicha disposición transitoria dispone que en las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor del libro cuarto del Código civil de Cataluña pero regidas por instrumentos sucesorios otorgados con anterioridad a dicha fecha, dichos instrumentos han de ser interpretados de conformidad con las reglas hermenéuticas asentadas por la legislación derogada bajo la cual fueron ordenados:

2. En las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la presente ley, pero regidas por actos otorgados antes, se aplican las reglas meramente interpretativas de la voluntad del causante que establecía la legislación derogada. Sin embargo, debe aplicarse a estos actos lo establecido por los artículos 422-13, 427-21 y 427-27 del Código civil de Cataluña.⁴³

En relación con el tratamiento de este principio por parte de la jurisprudencia, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9243), en la que el alto tribunal afirma que «la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador, que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTs de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero

que no expresa y que se ha hallado con independencia de su texto». Cfr. Theodor KIPP i Helmut COING, *Derecho de sucesiones*, p. 232.

43. La aplicación de esta norma en el caso tratado en la STSJ 14/2019 comporta que el testamento de A. deba ser interpretado (además de al albur de todos los antedichos principios) de conformidad con lo dispuesto por el art. 110 del Código de sucesiones de 1991, que establecía que «[e]n la interpretación del testamento es preciso atenderse plenamente a la verdadera voluntad del testador, sin que haya que sujetarse necesariamente al significado literal de las palabras usadas [...]. En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al favorecido, y las disposiciones que le impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente».

de 2001)». ⁴⁴ Por tanto y de acuerdo con este principio, para averiguar la voluntad del causante no podía recurrirse a los hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento.

Una vez hemos reseñado —sucintamente— estos tres principios, pasaremos ahora a exponer nuestra discordancia con la *ratio decidendi* de la STSJC 14/2019 y a proponer una interpretación distinta del artículo 422-13 CCCat; una interpretación que, en cierto modo, fuerza ligeramente los límites del principio *favor testamenti*, al mismo tiempo que supone la superación parcial del principio *tempus regit actum* en el ámbito de la interpretación testamentaria.

Casas Vallés, al analizar el artículo 132 del Código de sucesiones de 1991, enhebró una explicación muy gráfica acerca de cuál era, a su parecer, la finalidad última del precepto. En concreto, indicó que el artículo 132.1 CS expresaba un criterio de normalidad referido a la voluntad testamentaria en su día expresada. Definido en términos económicos, afirmó que dicho precepto constituía «una opción en favor de la solución menos costosa, dada la mentalidad del testador medio o típico: mejor

44. Roca Sastre indicaba que aunque los órganos jurisdiccionales han de primar la averiguación de la voluntad real del testador (voluntad que restará transcrita en el seno de un testamento, codicilo, memoria testamentaria o pacto sucesorio y, por tanto, queda cristalizada e inalterada hasta que este decida otorgar otro instrumento sucesorio), no es menos cierto que los tribunales deben también emplear todos los medios a su alcance para asegurarse de cual es la verdadera voluntad del testador, incluyendo el recurso a la prueba referida a hechos ajenos, extrínsecos al estricto *corpus* del instrumento otorgado. Véase Theodor KIPP i Helmut COING, *Derecho de sucesiones*, p. 229-230:

La interpretación de las disposiciones de última voluntad y concretamente los testamentos, está sometida a los preceptos generales sobre la interpretación de los negocios jurídicos, pues si bien nuestro CC trata separadamente, o sea en distintos preceptos, de la interpretación de los contratos y de la de los testamentos (arts. 1281 y ss. en cuanto a los primeros y art. 675 ap. 1 respecto a los segundos), no obstante, del conjunto de los mismos es posible construir una doctrina general sobre la interpretación de todo negocio jurídico [...]. Lo que ocurre es, como asimismo se indica ya en el citado lugar, que tratándose de declaraciones de voluntad no receptivas, entre las cuales se comprende como más típica la declaración de voluntad testamentaria, existe un criterio general interpretativo diferencial que obliga a atender en su interpretación la voluntad real del testador, de acuerdo con la regla de derecho romano «in testamentis voluntates testantium interpretantur»; y esto es debido, no sólo a que la voluntad testamentaria es soberana, dentro de los límites legales, para establecer la ley, estatuto u ordenamiento de la sucesión, sino también responde precisamente a dicho carácter no recepticio y de formulación unilateral o no concordado, en virtud del cual, y a diferencia de los contratos, no debe de atenderse a los intereses de la otra parte. Por consiguiente, hay que investigar o descubrir la verdadera voluntad del causante, sin sujetarse al sentido literal de las palabras [...]. Todo cuanto conduzca a investigar la voluntad real del testador debe ser tomado en consideración por el juzgador, de modo que según la jurisprudencia éste debe acudir a circunstancias exteriores al testamento, o sea los llamados medios de prueba extrínsecos (S. 8 julio 1940) y enfocar todas las circunstancias del caso, para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador (Ss. 3 junio 1942 y 1 junio 1946)».

imponer la carga de un nuevo pronunciamiento a los pocos que puedan querer que las disposiciones que hicieron en favor de su cónyuge sean eficaces, que obligar a revocar a los muchos que, de haber considerado el problema, nunca lo habrían querido».⁴⁵

A efectos del razonamiento que ahora se desarrollará, partiremos de que esta —y no otra— es la razón de ser del artículo 422-13 CCCat: la inmensa mayoría de causantes querrían que, tras la separación, el divorcio o la nulidad, la disposición con la que en su día quisieron favorecer a su excónyuge o expareja devenga totalmente ineficaz (y, de hecho, probablemente no solo lo quieran, sino que, a pesar de desconocer totalmente la existencia del precepto, posiblemente muchos de ellos presuman que dicha ineficacia se produce de manera automática tras la ruptura). En consecuencia, el legislador toma consciencia de ese deseo del testador medio y establece una norma que declara la ineficacia de las disposiciones testamentarias en caso de que se produzca la extinción del vínculo conyugal o convivencial.

Asimismo y siguiendo nuevamente a Casas Vallés, debemos asentar —como ya hemos afirmado *ut supra* en diversas ocasiones— que una interpretación excesivamente rígida del testamento puede conducir a resultados contrarios al sentido común y al auténtico parecer del testador.⁴⁶

Para una mejor ilustración de la cuestión controvertida, recurramos a un ejemplo. Si admitimos íntegramente la tesis adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, podría darse un caso como el siguiente: una pareja de veinteañeros catalanes empiezan a salir y dan comienzo a una relación sentimental. Tras cuatro años de relación, deciden mudarse juntos y comenzar una vida en común. Transcurrido un año y medio desde que conviven bajo el mismo techo, ambos consideran oportuno otorgar testamento: se instituyen mutuamente herederos el uno del otro y establecen una sustitución vulgar a favor de sus respectivos progenitores. Posteriormente se casan y luego, sin haber llegado a tener hijos en común, se divorcian. Finalmente, uno de ellos fallece sin haber revocado el testamento.

45. Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias», p. 1761.

46. Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias», p. 1780, nota 80:

Por el contrario, centrada la cuestión en la voluntad testamentaria, el problema es el inverso: evitar que una rígida concepción histórica conduzca a resultados contrarios al sentido común. Para resolverlo, nos vemos obligados a admitir la interpretación —incluso integradora— mediante actos posteriores. Así prolongamos hacia el futuro una voluntad, la testamentaria, por definición pretérita. Pero ese es en definitiva un problema general inevitable, que deriva de la naturaleza del testamento: un acto formal y perfecto desde que se otorga, cuya eficacia se produce, sin embargo, tiempo después, cuando seguramente ya ha habido numerosos cambios en relación con el momento de la perfección. Nada tiene de extraño que en los ordenamientos que parten de semejante concepción, sea frecuente el recurso a la noción de revocación —tácita— para cubrir ciertas contingencias.

Pues bien, siguiendo la lógica empleada por el TSJC, en este caso no resultaría de aplicación el artículo 422-13 CCCat y la disposición favorable al excónyuge mantendría en todo caso su eficacia. Y esa inaplicación del artículo 422-13 CCCat se basaría, simplemente, en que cuando se otorgó el testamento, los testadores no eran cónyuges (pues no habían contraído matrimonio) y tampoco eran pareja estable (no concurría ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 422-13 CCCat y, más específicamente, no habían alcanzado aún los dos años de convivencia ininterrumpida exigidos por dicho precepto). Observe el lector que, de conformidad con la jurisprudencia asentada por el TSJC, el juzgador ni tan siquiera podría entrar a investigar el contexto del testamento y las circunstancias personales del causante. Quedaría completamente barrada la posibilidad de averiguar la voluntad real del causante a través de cualquier clase de prueba referida a los hechos anteriores, coetáneos o posteriores al otorgamiento del testamento, a pesar de que resulta evidente que si ambos testadores se instituyeron herederos de manera recíproca, lo hicieron en atención a la *affectio maritalis* que sentían el uno por el otro, en esencia, a su unión sentimental basada en el afecto, el cuidado mutuo y la voluntad de convivir juntos como una pareja estable.

Aunque en el caso que acabamos de proponer el sustituto vulgar siempre estaría a tiempo de intentar ejercitar una acción de nulidad contra la institución de heredero argumentando la concurrencia de error en los motivos (art. 422-2.1 y 422-3 CCCat), creemos necesario apuntar —humildemente— que nos parece un error limitar de manera tan férrea el ámbito de aplicación del artículo 422-13 CCCat. Dicha restricción tiene la potencialidad de desvirtuar la finalidad del precepto, máxime cuando casos como el de la pareja del ejemplo son cada vez más y más comunes en el seno de nuestra sociedad.

Subsiguientemente, nuestra proposición se refiere a que el ámbito de aplicación del artículo debe cubrir también aquellos casos en los que la disposición favorable al excónyuge o expareja se otorga con anterioridad a la adquisición del estatus de pareja estable o antes de celebrar las nupcias, siempre y cuando *a)* se pueda determinar que el motivo por el que se ordenó la disposición testamentaria es la existencia de una verdadera *affectio maritalis* entre el testador y el beneficiado, y *b)* con posterioridad al otorgamiento y con anterioridad a la separación, el divorcio o la nulidad, testador/a y beneficiado/a contraigan matrimonio o se conviertan en pareja estable de conformidad con lo previsto en el artículo 234-1 CCCat.

No pretendemos obviar que el uso de los elementos hermenéuticos de cariz sociológico y teleológico (art. 3.1 CC) en la interpretación de la ley debe ser objeto de especial prudencia, pero creemos que esta interpretación conjuga de manera satisfactoria y respetuosa el principio *favor testamenti* y una interpretación teleológica o finalista y sociológica del precepto, con la estricta redacción del mismo. A nuestro parecer, el artículo 422-13 CCCat también debería ser aplicado cuando concurren las circunstancias siguientes:

a) Que, en el momento del otorgamiento, el testador busque —mediante la disposición testamentaria— beneficiar o proteger a una persona con la que, en ese momento del otorgamiento, esté manteniendo una relación presidida por la *affectio maritalis*, y que sea precisamente la existencia de esa *affectio maritalis* la causa o la motivación que lleve al causante a ordenar esa disposición.

b) Que, ulteriormente, el causante y su pareja (entiéndase en el sentido informal del término) celebren nupcias o constituyan una unión de pareja estable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234-1 CCCat.

c) Que, antes de la muerte del causante, la unión conyugal o la relación de pareja estable quede cercenada por la separación (de hecho o de derecho), el divorcio o la nulidad matrimonial, sin que desde ese momento hasta la muerte del causante se produzca ninguna clase de reconciliación.

d) Que, tras la muerte del causante y una vez es conocido el contenido del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria, se aquilate que el *de cuius* no revocó la disposición testamentaria en la que instituía como beneficiada a la que en ese momento era ya su excónyuge o expareja.

Será entonces cuando proceda dar aplicación al precepto que nos ocupa y, por tanto, cuando deba empezarse a investigar pormenorizadamente si la verdadera voluntad del causante era la que se plasmó en el instrumento sucesorio o si, por el contrario, este quería que la disposición favorable a su excónyuge restase ineficaz. Esa investigación ulterior debería llevarse a cabo guardando el debido respeto al principio *favor testamenti*, es decir, partir siempre de que el fallecido quiso —en principio— favorecer a su excónyuge o expareja, y subvertir esa «presunción» solo cuando del análisis del acervo probatorio se desprenda una voluntad contraria. De otro modo, creemos, se estaría realizando una interpretación hondamente restrictiva que constreñiría en exceso el ámbito de aplicación del precepto.

Consecuentemente, consideramos que en el caso dirimido por la STSJ 14/2019 el Tribunal Superior de Justicia debería haber declarado que el artículo 422-13 CCCat era aplicable al caso con base en la interpretación que acabamos de hacer. Pero ello no significa necesariamente que la disposición favorable a L. hubiese tenido que devenir ineficaz: de todas las circunstancias y hechos que rodeaban a la sucesión de A. se infería con bastante certeza que este no mutó su voluntad de instituir heredero a su expareja. La aplicación, en este estadio, del principio *favor testamenti* en conjunción con toda la prueba obrante en los autos (la concurrencia de una buena relación entre A. y L. tras el divorcio, el hecho de que aquél jamás revocase el testamento pese a estar afectado por una enfermedad con un considerable potencial mortífero, etc.) conduce necesariamente a concluir que la voluntad real de A. era que L. fuese su heredero universal incluso a pesar de la ruptura de la relación sentimental que ambos mantenían.

A la postre, opinamos que esta interpretación sociológica y teleológica de la norma tiene sentido habida cuenta de que nuestra sociedad evoluciona hacia un concepto más fluido de las relaciones de pareja, donde importa más la pervivencia de una *affec-*

tio maritalis constante que la mera adquisición de la condición de cónyuge o pareja estable a través de la manifestación ritualizada de una voluntad inicial. En este sentido, podría decirse que lo que estamos haciendo no es sino volver a recorrer el camino que una vez transitaron nuestros ancestros romanos, pues en el derecho romano preclásico y clásico no era necesario rito alguno para considerar que un hombre y una mujer pasaban a conformar un matrimonio, si no que para ello bastaba que ambos quisiesen tratarse como tales (es decir, que concurriese la *affectio maritalis*) y mantuviesen el *honor matrimonii*, esto es, la intención de mantener una convivencia conyugal estable, guardándose entre ellos el debido respeto y consideración.⁴⁷

Continuando esta línea argumental, tampoco debería dudarse de que las reconciliaciones que se producen entre parejas que habían contraído matrimonio, luego se divorcian y ulteriormente retoman su relación sentimental, deberían poder ser encajadas en la excepción de reconciliación regulada en el artículo 422-13.1 *in fine* CCCat. Ciertamente es que, en este ejemplo, cuando se produce la reconciliación no existe ningún vínculo conyugal que reavivar (en tanto que, *stricto sensu*, el mismo se extinguió a través de la culminación del proceso de divorcio). Sin embargo, si en el momento del fallecimiento del *de cuius* los excónyuges —testador y beneficiado— siguen manteniendo viva esa relación sentimental, será innegable la existencia de una verdadera *affectio maritalis*, y ello supondrá un claro indicio de la existencia de la voluntad favorable del causante a mantener la eficacia de la disposición testamentaria controvertida.

Entendemos que otra buena muestra de que una interpretación semejante a la aquí propuesta no tiene porqué repugnar a los fundamentos del derecho de sucesiones es la existencia de algunos preceptos —en otros ordenamientos jurídicos— que extienden los efectos de la ineficacia *ex lege* a supuestos en los que testador y beneficiado no han adquirido aún la condición de cónyuges o de pareja estable. Véase, por ejemplo, el ya citado artículo 2077 BGB, en cuyo párrafo segundo se establece que «una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz si los esponsales han sido disueltos antes de la muerte del causante».

Otro ejemplo de esta tendencia es la también citada Ley 200 de la Compilación navarra, que extiende la ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad por crisis matrimonial o de convivencia a aquellos casos en que el mismo fue otorgado por los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio y con independencia de que fuesen o no pareja estable: «El testamento de hermandad devendrá ineficaz [...] cuando hubiera sido otorgado por cónyuges, incluso con anterioridad a contraer matrimonio constituyendo o no pareja estable, por la separación legal, divorcio o nulidad del mismo. La mera interposición de la demanda judicial producirá la ineficacia salvo posterior reconciliación».

47. Cfr. Ricardo PANERO GUTIÉRREZ, *Manual de derecho romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 298-304.

Por supuesto, todo esto es una simple propuesta, un mero ejercicio teórico que pretende proponer nuevas soluciones a una moderna problemática surgida como consecuencia de las constantes fluctuaciones a las que se ven sometidos los conceptos de *pareja* y de *familia* en este siglo XXI. Indudablemente, los operadores jurídicos de toda clase deben prestar mucha atención a la doctrina asentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Como antaño solía decirse: «Roma locuta, causa finita». Sin embargo, creemos provechoso hacer estas reflexiones con la esperanza que de ellas germinen nuevas ideas que supongan, también, un pequeño revulsivo para el actual *status quaestionis* relativo al artículo 422-13 CCCat.

TABLA DE JURISPRUDENCIA Tribunal Supremo (TS)	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala Primera) 539/2018, de 28 de septiembre de 2018
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de casación 811/2016
<i>Magistrado/a ponente</i>	María de los Ángeles Parra Lucán
<i>Sinopsis</i>	Casa y revoca la SAP de Valencia (Sección Séptima) 13/2016, de 20 de enero de 2016 (recurso de apelación 619/2015), que el lector encontrará <i>ut infra</i> en otra tabla. El alto tribunal considera muy relevante que la causante, en su testamento, instituyese heredero «a su esposo D. E.», e indica que el empleo del término «esposo» para referirse al instituido revela que la testadora lo quería beneficiar solo mientras mantuviese su condición de tal. Por lo tanto, tras el divorcio, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y no ha lugar a que despliegue efectos.
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	STS (Sala Primera) 531/2018, de 26 de septiembre de 2018
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de casación 162/2016
<i>Magistrado/a ponente</i>	María de los Ángeles Parra Lucán
<i>Sinopsis</i>	De manera idéntica al caso anterior, el TS entiende que el hecho de que el testador dispusiese de un legado a favor de «su pareja D. L.» es indicativo de que solo deseaba que esta resultase beneficiada mientras continuase siendo su pareja. Producida la extinción de la relación sentimental, la disposición testamentaria se vio privada de la causa por la que se otorgó y, en consecuencia, al amparo del art. 767 CC, no puede devenir eficaz.

TABLA DE JURISPRUDENCIA Tribunal Superior de Justicia de Galicia	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala Civil y Penal, Sección Primera) 20/2019, de 23 de mayo de 2019
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de casación 33/2018
<i>Magistrado/a ponente</i>	Pablo Sande García
<i>Sinopsis</i>	Confirma la SAP de Lugo (Sección Primera) 361/2018, de 31 de octubre de 2018 (recurso de apelación 677/2017), que el lector hallará <i>ut infra</i> en la siguiente tabla, pero empleando una <i>ratio decidendi</i> distinta a la de la Audiencia lucense. Al contrario que la Audiencia Provincial de Lugo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia cree que no pueden tenerse en consideración elementos extrínsecos ajenos al estricto contenido del testamento. Afirma que ha de estarse al estricto texto del instrumento sucesorio y que el tenor del art. 208 de la Ley de derecho civil de Galicia no permite atender a cualquier conducta ulterior y ajena al propio testamento, con excepción de la reconciliación conyugal. Así pues, siguiendo un criterio similar al expresado por el TS en sus sentencias 531/2018 y 539/2018, entiende que del hecho de que el testamento rezase que el causante instituía «heredera universal a su citada esposa» cabe inferir que el causante la instituyó heredera en exclusiva atención a su condición de esposa y que, acontecida la separación de hecho entre causante y beneficiada, la disposición debe devenir ineficaz.

TABLA DE JURISPRUDENCIA Audiencias provinciales	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Lugo (Sección Primera) 361/2018, de 31 de octubre de 2018
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 677/2017
<i>Magistrado/a ponente</i>	María Zulema Gento Castro
<i>Sinopsis</i>	El testador instituye heredera universal a su esposa, sustituyéndola vulgarmente por su madre. Ambos cónyuges se separan y él pasa a tener otras dos parejas estables, aunque mantiene una relación de amistad y confianza con su expareja. Poco antes de fallecer y mientras se halla en una clínica de desintoxicación, el causante redacta una carta manuscrita dirigida a su madre en la que le expresa sus últimas voluntades: a todas luces la considera su heredera universal y le ruega que entregue a su expareja una cierta cantidad de dinero y le preste ayuda en todo lo posible. El tribunal considera que la disposición favorable a la expareja resta ineficaz y que debe entrar en juego la sustitución vulgar en su día ordenada por el <i>de cuius</i> a favor de su progenitora.
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Barcelona (Sección Decimoséptima) 533/2018, de 21 de junio de 2018
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 1280/2017
<i>Magistrado/a ponente</i>	María Sanahuja Buenaventura
<i>Sinopsis</i>	Dirime un caso excepcional. La Audiencia Provincial de Barcelona entiende que el causante no quería que la institución a favor de su exesposa perdiera eficacia, puesto que entre los nueve años que mediaron entre el divorcio y el fallecimiento del <i>de cuius</i>, este no revocó su testamento y, además, los excónyuges mantuvieron una estrecha relación de afectividad tras el divorcio. Ambos vivían muy cerca el uno del otro, tenían trato diario y se prestaban auxilio mutuo, pues llegaron a mantener largas conversaciones telefónicas de manera habitual. De hecho, la propia beneficiada y antigua esposa del causante fue la primera persona en percatarse de su defunción, al entrar en su domicilio junto con la Guardia Urbana y hallar allí el cadáver del testador.

<i>TABLA DE JURISPRUDENCIA</i> <i>Audiencias provinciales</i>	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Madrid (Sección Octava) 99/2017, de 9 de marzo de 2017
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 884/2016
<i>Magistrado/a ponente</i>	Carmen Mérida Abril
<i>Sinopsis</i>	Sentencia muy ilustrativa, pues realiza un repaso de la dispar jurisprudencia asentada por las audiencias provinciales sobre esta cuestión. El causante y su esposa se separan en 1997 y él muere en 2010 sin haber revocado su testamento de 1990, mediante el que legaba a su esposa el usufructo universal de todos sus bienes. El tribunal considera que las pruebas testificales son contradictorias y que el único indicio aprovechable es que en el año 2005 (diez años después del acaecimiento del divorcio) el causante nombró beneficiaria de un seguro de vida a su exesposa, por lo que procede mantener la efectividad del legado.
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Valencia (Sección Séptima) 13/2016, de 20 de enero de 2016
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 619/2015
<i>Magistrado/a ponente</i>	José Antonio Lahoz Rodrigo
<i>Sinopsis</i>	Una pareja contrae matrimonio en el año 1967. La esposa testa ante notario el 6 de abril de 1972 e instituye heredero universal a su marido. Durante el año 1994 da inicio un proceso de divorcio contencioso que culmina con la Sentencia de 26 de mayo de 1994. Siete años después, el 2 de febrero de 2011, la esposa fallece sin haber revocado el testamento de 1972. El tribunal considera que no hay prueba de que la intención de la testadora fuese dirigida a que la institución deviniese ineficaz.

<i>TABLA DE JURISPRUDENCIA</i> <i>Audiencias provinciales</i>	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Valencia (Sección Octava) 327/2015, de 23 de noviembre de 2015
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 476/2015
<i>Magistrado/a ponente</i>	María Carmen Brines Tarraso
<i>Sinopsis</i>	En fecha de 7 de agosto de 2008 el causante otorga un testamento en el que lega a su esposa la cantidad de 150.000 euros en pleno dominio. Sin embargo, poco después, en agosto del 2009, el testador y su cónyuge firman un convenio regulador del cese de la convivencia conyugal. A través del mismo, el causante compensa a su esposa con la cantidad de 130.000 euros y hace constar expresamente que quedan extinguidas cuantas compensaciones pudieran existir entre ambos, por lo que quedan sin efecto todos los documentos de «cualquier índole que hubieran podido ser firmados con anterioridad». Posteriormente se produce el óbito del causante. De las pruebas extrínsecas practicadas (esencialmente, coetáneas y posteriores a la redacción del testamento), la Audiencia Provincial infiere que no existe ningún género de duda acerca de que el testador deseaba revocar la disposición testamentaria a favor de su ex-pareja.

<i>TABLA DE JURISPRUDENCIA</i> <i>Audiencias provinciales</i>	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Barcelona (Sección Decimotercera) 598/2013, de 6 de noviembre de 2013
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 879/2012
<i>Magistrado/a ponente</i>	Fernando Utrillas Carbonell
<i>Sinopsis</i>	El causante otorga testamento en fecha de 21 de noviembre de 2002, en cuya disposición tercera lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de sus bienes y derechos. El 7 de mayo de 2009 la esposa presenta una demanda de separación contra el testador, quien expira el 29 de junio de 2009. El tribunal considera que concurre la causa de ineficacia prevista en el art. 422-13 CCCat, dada la brevedad del periodo transcurrido entre la presentación de la demanda de separación y el fallecimiento del causante (apenas un mes y medio), lo que hacía casi imposible poder probar que el testador quería que su esposa recibiese el legado incluso aunque mediase una crisis matrimonial o de convivencia.
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Granada (Sección Decimoquinta) 262/2010, de 10 de junio de 2010
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 54/2010
<i>Magistrado/a ponente</i>	Antonio Mascaró Lazcano
<i>Sinopsis</i>	El causante otorga testamento en 1973 y lega a su esposa el usufructo vitalicio de todos sus bienes o, alternativamente, la propiedad del tercio de libre disposición de su herencia, y en todo caso su cuota viudal. El matrimonio se separa en 1993 y el testador fallece en 2007. La Audiencia Provincial granadina considera que, dado el contenido de la cláusula testamentaria, esta no ha de producir efectos aunque el causante no revocase el testamento durante el periodo de trece años transcurrido desde la separación hasta su muerte. Aquilata que, tras la disolución de la sociedad de gananciales, resulta «impensable» entender que el esposo creyera que su exesposa podía verse beneficiada en su sucesión.

TABLA DE JURISPRUDENCIA Audiencias provinciales	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Guipúzcoa (Sección Primera) 2281/2008, de 29 de julio de 2008
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 2467/2007
<i>Magistrado/a ponente</i>	Yolanda Domeño Nieto
<i>Sinopsis</i>	La causante otorga testamento en 1960 e instituye heredero a su marido. En 1985 un tribunal eclesiástico declara la nulidad de su unión conyugal y ella fallece en 1996. La <i>de cuius</i> falleció sin haber revocado o modificado el testamento con posterioridad a que se declarase la nulidad del matrimonio. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia y declara la nulidad del testamento otorgado en 1960 por concurrencia de una causa falsa en la institución de heredero, pues considera que: <i>a)</i> si se instituyó al marido fue precisamente en su condición de tal, <i>b)</i> realmente el beneficiado nunca ostentó la condición de cónyuge, habida cuenta de que se declaró la nulidad del matrimonio y de que resulta de aplicación el aforismo latino <i>quod nullum est, nullum effectum producit</i>, <i>c)</i> el beneficiado rompió todo vínculo con la causante muchos años antes de la declaración de nulidad.

<i>TABLA DE JURISPRUDENCIA</i> <i>Audiencias provinciales</i>	
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Alicante (Sección Novena) 103/2007, de 30 de marzo de 2007
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 188/2007
<i>Magistrado/a ponente</i>	Domingo Salvatierra Ossorio
<i>Sinopsis</i>	Se trata de un caso similar al de la STSJC 14/2019. La causante otorga testamento en 1981, se divorcia en 1992 y fallece en 1998. Tuvo seis años para revocar el testamento y no lo hizo; además, durante dicho periodo padecía una grave enfermedad. La prueba extrínseca practicada referida a actos anteriores, coetáneos y posteriores al otorgamiento del testamento, no demuestra que la <i>de cuius</i> tuviera la voluntad de que la disposición a favor de su cónyuge deviniese ineficaz.
<i>Tribunal, sala, sección y fecha</i>	SAP de Málaga (Sección Sexta) 800/1999, de 13 de diciembre de 1999
<i>Núm. de recurso</i>	Recurso de apelación 643/1998
<i>Magistrado/a ponente</i>	Ana Cañizares Laso
<i>Sinopsis</i>	Aunque el causante no revocó el testamento en los dos años que mediaron entre la interposición de la demanda de divorcio y su muerte, debe entenderse que concurría una causa falsa en la institución de heredero, puesto que de los términos del testamento se dilucida que si instituyó heredera a su esposa fue en condición de tal y previendo que lo continuaría siendo en la fecha de su fallecimiento.

LA DECLARACIÓ D'HEREUS INTTESTATS PEL NOTARI ESPANYOL EN APLICACIÓ DEL REGLAMENT (UE) 650/2012 EN MATÈRIA DE SUCCESSIONS

COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA
DE LA UNIÓ EUROPEA DE 23 DE MAIG DE 2019,
ASSUMPTE C-658/2017

Albert Font Segura

*Professor titular de dret internacional privat
Universitat Pompeu Fabra*

1. INTRODUCCIÓ

La interpretació que està fent el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) del Reglament (UE) 650/2012 en matèria de successions (RES)¹ comença a perfilar algunes de les normes i nocions que conté. De la mateixa manera que va passar en altres reglaments en matèria de dret internacional privat, la jurisprudència del TJUE contribueix a completar el sentit i la funció de la norma europea en relació amb els ordenaments dels estats membres i amb la competència i l'actuació de les autoritats nacionals.² Ara bé, a diferència del que passa amb la resta de reglaments, el repte que ha d'afrontar el TJUE per a interpretar el RES pot tenir un cost elevat perquè a la complexitat de la matèria hi hem d'afegir les acusades divergències substantives pre-

1. Reglament (UE) núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu (*Diario Oficial de la Unión Europea* [DOUE], 27 de juliol de 2012, L 201, p. 107).

2. Com se sap, els pronunciaments del TJUE ofereixen la interpretació única i autèntica davant la qüestió prejudicial plantejada i són vinculants tant per a l'òrgan jurisdiccional remitent com per a tots els òrgans jurisdiccional dels estats membres.

sents en els diferents estats membres.³ En aquest sentit, la pràctica ha posat en relleu dubtes interpretatius importants que ja s'havien apuntat des de la seva elaboració.

Un dels aspectes en què, de manera gairebé ineludible, s'havia de pronunciar el TJUE era el de la definició de la intervenció dels notaris en el fenomen successori.⁴ Aquesta qüestió presenta una importància remarcable si tenim present que el notariat té un paper destacat en molts països en relació amb tot l'itinerari successori. En efecte, en l'àmbit germanicollatí —per bé que amb diferències notables entre els diferents estats membres—,⁵ el notariat té atribuïdes unes funcions que, a vegades, poden ultrapassar les purament fedatàries o les merament assessores. Així, de manera excepcional, en alguns estats membres el notariat té assignades o delegades funcions jurisdiccionals. Per aquest motiu, conscient no només que l'actuació dels notaris era cabdal en molts estats membres, sinó també del caràcter i la qualitat d'aquesta intervenció, el legislador europeu va incloure diferents considerants i normes en el RES amb la finalitat d'integrar l'activitat i les funcions desplegadas pel notariat. Considerar la possibilitat que el notariat exercís funcions jurisdiccionals obligava que el RES es dotés d'una àmplia definició del que s'entén per *tribunal* i *resolució*, com també que preveïés els efectes que tindrà en els altres estats membres la decisió adoptada en qualitat d'òrgan jurisdiccional o els que al seu torn tindrà el document públic atorgat davant de notari quan aquest no exerceix funcions jurisdiccionals.⁶ Es tracta de nocions i efectes que es desprenen del RES i que són pròpies i exclusives del dret europeu, però que tenen un impacte evident en els ordenaments nacionals. El repte consisteix a encaixar les competències i funcions notariales regulades en normes nacionals, amb la regulació europea de la successió transfronterera. Precisament, la dissociació

3. Per més que l'objecte del RES el conformen qüestions de dret internacional privat, cal tenir present que el substrat material determina el contingut del RES. Vegeu A. FONT I SEGURA, «El Reglament europeu de successions: presentació d'un joc de pesos i contrapesos», 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. 325-368.

4. La participació del notariat europeu en l'elaboració del RES ha estat significativa. Podem destacar, en aquest sentit, el caràcter impulsor que va tenir l'*Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne. Étude pour la Commission des Communautés Européennes. Direction Générale de Justice et Affaires Intérieures, Dörner/Lagarde Rapport Final: Synthèse et Conclusions, 18 septembre/8 novembre 2002*, auspiciat per l'Institut Notarial Alemany.

5. Vegeu l'informe mencionat de Dörner i Lagarde.

6. Aquesta qüestió està present en l'àmplia definició que s'ha donat al terme *tribunal* en el RES, a diferència del que passa en el Reglament 1215/2012 (Brussel·les I bis), tal com es posa de manifest en l'art. 3.2 i el considerant 20 RES, i al producte de les seves decisions, això és, la noció de *resolució* i l'eficàcia que tenen les resolucions, com es pot comprovar en l'art. 3.1g, en el capítol IV («Reconeixement, força executiva i execució de resolucions»), en el capítol V («Documents públics i transaccions judicials») i en el considerant 22 RES.

entre les nocions europees pròpies del RES i les nacionals és la que propicia els dubtes interpretatius que intenta resoldre el TJUE en la sentència que es comenta.

En definitiva, la interpretació d'aquests dos termes —*tribunal* i *resolució*— constitueix el nucli fonamental de les qüestions prejudicials que es van adreçar al TJUE.

2. ANTECEDENTS FÀCTICS I QÜESTIONS PLANTEJADES

Les qüestions es van suscitar arran de la sol·licitud per a obtenir un certificat de títol successori⁷ que el Sr. W.B. efectua davant la Sra. B., en qualitat de notària establerta a Polònia. El certificat s'expedeix respecte al pare del Sr. W.B., mort el 6 d'agost de 2016. El pare del Sr. W.B. tenia nacionalitat polonesa i residia habitualment a Polònia, però havia exercit la seva activitat econòmica com a empresari a prop de la frontera entre Polònia i Alemanya. És per aquest motiu que el Sr. W.B., en sospitar que el seu pare podia tenir dipositades sumes de capital en diversos bancs alemanys, va ser una de les parts del procediment relatiu a la successió del testador, iniciat i dirigit a l'obtenció d'un certificat de títol successori, expedit finalment el 21 d'octubre de 2016 d'acord amb el dret polonès.⁸ Per això el Sr. W.B. va sol·licitar, el 7 de juny de 2017, que se li facilités una còpia del certificat de títol successori, així com un certificat que donés constància que aquest document constitueix una resolució en matèria de successions, en el sentit de l'article 3.1g RES.⁹ Així, el Sr. W.B. pretenia que

7. Curiosament, l'advocat general, Y. Bot, parla en les seves conclusions del 28 de febrer de 2019 d'«escritura de declaración de herederos». Aquesta mateixa expressió és la que s'utilitza en la traducció espanyola de les qüestions prejudicials (vegeu *DOUE*, 16 d'abril de 2018, C 134/12). La Sentència, en canvi, parla de «certificado de título sucesorio» allà on es deia «escritura de declaración de herederos». En qualsevol cas, val la pena apuntar que el TJUE segueix fil per randa les conclusions de l'advocat general del 28 de febrer de 2019 en l'assumpte C-658/17: l'advocat general proposa al TJUE que es pronunciï i declari que la falta de notificació efectuada per algun estat membre no té caràcter definitiu, motiu pel qual analitza si l'autorització d'una escriptura d'herència pot ser qualificada com a resolució i si el notari exerceix funcions jurisdiccionals. Feta l'anàlisi, l'òrgan remitent proposa al TJUE que no es consideri el notari polonès com a tribunal, en el sentit de l'art. 3.2 RES, ja que la seva actuació deriva d'una base consensual fonamentada en l'existència prèvia del consentiment de les parts interessades o d'un acord de voluntats entre les parts, i que, a falta de consens, es mantinguin intactes les prerrogatives del jutge.

8. Cal observar que el supòsit és pràcticament de caràcter intern. L'única circumstància que determina la internacionalitat del supòsit seria l'existència eventual de dipòsits en bancs alemanys, atesa l'activitat de l'empresari en una zona pròxima a Alemanya, ja que la resta d'elements del cas, personals, objectius i formals, estaven exclusivament vinculats a l'ordenament jurídic polonès. El TJUE no s'hi refereix, però la debilitat d'aquest factor és tinguda en compte per l'advocat general, Y. Bot, en les seves conclusions del 28 de febrer de 2019, ja que considera l'admissibilitat de la petició de decisió prejudicial (vegeu par. 48-51).

9. «Artículo 3. Definiciones. II 1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: [...] g) «resolución»: cualquier decisión en materia de sucesiones dictada por un tribunal de un estado miembro, con independencia de la denominación que reciba e incluidas aquellas decisiones en materia de costas u

es certifiqués, d'acord amb el formulari que figura en l'annex 1 del Reglament d'execució 1329/2014, que el certificat de títol successori era una resolució. Amb caràcter subsidiari i per al cas que es rebutgés aquesta sol·licitud, el Sr. W.B. va demanar que se li facilités la còpia del certificat de títol successori i la certificació que confirmés que el títol anterior constitueix un document públic en matèria de successions, en el sentit de l'article 3.1i RES,¹⁰ presentada amb la forma del formulari que figura en l'annex 2 del Reglament d'execució 1329/2014.¹¹

Davant de la sol·licitud presentada pel Sr. W.B., l'oficial de la notaria de la Sra. B. va donar la resposta que va determinar les qüestions prejudicials plantejades al TJUE. Però aquesta resposta que es va donar des de la notaria provoca una situació paradoxal perquè, malgrat que es va considerar que el certificat de títol successori era una resolució, en el sentit de l'article 3.1g RES, no es podia estendre el certificat d'acord amb el formulari que figura en l'annex 1 del Reglament 139/2014 perquè la República de Polònia no va efectuar la notificació a la Comissió a què es refereix l'article 3.2 *in fine* RES, d'acord amb la qual els estats membres han de comunicar a la Comissió quines autoritats i professionals exerceixen funcions jurisdiccionals en previsió del que s'estableix en l'apartat 1 de l'article 3.2 RES.¹² En conseqüència, si la República de Polònia no havia indicat que els notaris podien ser considerats tribunals a l'efecte de l'article 3.2 RES,¹³ no es podia estendre un certificat que acredités que la decisió

otros gastos emitidas por los funcionarios judiciales; [...]». Aquesta definició s'ha de posar en relació amb la noció del *tribunal* que es dona en la primera frase de l'article 3.2 RES (vegeu *infra* nota 10).

10. «Artículo 3. Definiciones || 1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: [...] i) “documento público”: un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un estado miembro y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada a tal efecto por el estado miembro de origen [...]».

11. Reglament d'execució (UE) núm. 1329/2014 de la Comissió, de 9 de desembre de 2014, pel qual s'estableixen els formularis mencionats en el Reglament (UE) núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu. El TJUE ja s'ha pronunciat respecte a aquest instrument i ha declarat que la utilització del formulari considerat en l'annex iv per a la sol·licitud del certificat successori europeu és facultativa (vegeu STJUE de 17 de gener de 2019, assumpte C-102/18, cas Brisch).

12. «Artículo 3. Definiciones || [...] 2. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al derecho del estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.»

13. En virtud d'aquest precepte, «[a] los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del derecho con competencias en

adoptada per la notaria era una resolució a l'efecte del precepte mencionat. Igualment, en relació amb la sol·licitud formulada subsidiàriament pel Sr. W.B., tampoc no es podia expedir un certificat emès d'acord amb el formulari que figura en l'annex 2 del Reglament 1329/2014 que acredités el caràcter de document públic en el sentit de l'article 3.1*i* RES, ja que l'oficial de la notaria va indicar que entraria en contradicció amb la consideració del certificat de títol successori com a resolució; per tant, aquesta qualificació impedia qualificar-lo com a document públic. Es creava, doncs, un cercle viciós difícil de trencar.

El Sr. W.B. va presentar un recurs en què al·legava, d'una banda, que el certificat de títol successori complia tots els requisits exigits per a ser qualificat com a resolució en el sentit del RES i, d'altra banda, que la circumstància que la República de Polònia no hagués indicat a la Comissió el notariat com a professional del dret que desplega funcions jurisdiccionals, de conformitat amb els articles 3.2 *in fine* i 79 RES, no prejudicava la seva naturalesa jurídica. L'òrgan jurisdiccional davant del qual es va interposar el recurs va considerar que, abans de pronunciar-se sobre el recurs del Sr. W.B., havia de resoldre els dubtes interpretatius que li generava el RES i per aquesta raó va decidir suspendre el procediment i plantejar al Tribunal de Justícia les qüestions prejudicials següents:

1) ¿S'ha d'interpretar l'article 46.3*b* RES en relació amb l'article 39.2 RES, en el sentit que l'expedició de la certificació que confirmi que es tracta d'una resolució en matèria de successions en forma del formulari que figura a l'annex 1 del Reglament d'execució 1329/2014 és admissible també respecte de les resolucions que confirmen la qualitat d'hereu, però no gaudeixen (si més no parcialment) de força executiva?

2) ¿S'ha d'interpretar l'article 3.1*g* RES en el sentit que el certificat de títol successori redactat pel notari d'acord amb una sol·licitud no contenciosa de totes les parts en el procediment d'expedició d'aquest certificat, que té els efectes d'un acte ferm de declaració de títol successori —com és el certificat de títol successori polonès—, constitueix una resolució en el sentit d'aquest precepte? ¿S'ha d'interpretar l'article 3.2, primera frase, RES en el sentit que el notari que expedeix aquest tipus de certificats de títol successori ha de ser reconegut com a tribunal en el sentit de l'últim precepte esmentat?

materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al derecho del estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia».

3) ¿S'ha d'interpretar l'article 3.2, segona frase, RES en el sentit que la notificació efectuada pels estats membres de conformitat amb l'article 79 RES té valor declaratiu i no és un requisit per a reconèixer al professional del dret amb competències en matèria de successions que exerceix funcions jurisdiccionals la condició de tribunal en el sentit de l'article 3.2, primera frase, d'aquest Reglament, en cas que compleixi els requisits resultants de l'últim precepte esmentat?

4) En cas de resposta negativa a la qüestió prejudicial primera, segona o tercera, ¿s'ha d'interpretar l'article 3.1*i* RES en el sentit que la consideració d'un instrument processal nacional que certifica la condició d'hereu —com és el certificat de títol successori polonès— com a resolució en el sentit de l'article 3.1g RES impedeix la seva consideració com a document públic?

5) En cas de resposta afirmativa a la quarta qüestió prejudicial, ¿s'ha d'interpretar l'article 3, apartat 1, lletra *i*, del Reglament núm. 650/2012 en el sentit que el certificat de títol successori —com el certificat de títol successori polonès— redactat pel notari de conformitat amb una sol·licitud no contenciosa de tots els intervinents en el seu procediment d'expedició, constitueix un document públic en el sentit d'aquest precepte?

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

El TJUE es planteja, en primer lloc, si la notificació efectuada pels estats membres en compliment del que preveu l'article 79 RES per remissió de l'article 3.2 *in fine* RES —consistent a elaborar una llista de les altres autoritats i els altres professionals del dret, diferents dels òrgans jurisdiccionals, que exercien funcions jurisdiccionals—, té o no un valor merament declaratiu. Recordem que la República de Polònia no havia comunicat l'existència de cap professional del dret que exercís funcions jurisdiccionals equivalents a les dels tribunals o que actués per delegació de poders d'un òrgan jurisdiccional o sota el seu control. Resulta oportú que el TJUE hagi resolt aquesta qüestió primer, ja que si la manca de notificació és determinant, està clar que el notariat polonès no pot ser considerat com a tribunal a l'efecte del RES i no pot, en conseqüència, emetre resolucions, en el sentit que dona a aquest terme el RES.

El TJUE declara respecte a aquesta qüestió que el segon paràgraf de l'article 3.2 RES «s'ha d'interpretar en el sentit que la circumstància que un estat membre no hagi realitzat la notificació relativa a l'exercici per part dels notaris de funcions jurisdiccionals, prevista en aquesta disposició, no resulta determinant a l'efecte de la qualificació d'aquests notaris com “tribunals”». Això no obstant, el TJUE apunta també que el fet que un estat membre hagi comunicat que una determinada professió del dret desplega funcions jurisdiccionals, no significa *per se* que aquesta pugui ésser considerada «tribunal» a l'efecte de l'article 3.2 RES, per bé que es crea una presumpció que actua

com a tal.¹⁴ En efecte, la decisió relativa a les professions del dret que despleguen funcions jurisdiccionals en matèria successòria respon a una interpretació substantiva i autònoma, en el sentit que el que és rellevant no és que la professió del dret en concret d'un determinat estat membre figuri en una llista elaborada en consideració a les comunicacions efectuades pels estats membres, sinó que els professionals del dret actuïn en compliment dels requisits fixats en l'article 3.2 RES perquè puguin ser considerats «tribunals».¹⁵ El TJUE expressa que el fet que no s'hagi efectuat la notificació té un valor merament indicatiu i que el que és rellevant és establir si aquestes professions porten a terme una funció que s'adiu amb la noció de *tribunal* i amb els requisits especificats en l'article 3.2 RES. En cas contrari, dependria de la voluntat dels estats membres establir si una professió del dret actua com a tribunal, cosa que comprometria, segons el TJUE, l'administració correcta de la justícia a la Unió Europea.¹⁶

Pel que fa al concepte de *tribunal*, una vegada establert que el fet que no s'hagi efectuat la notificació no implica necessàriament que una professió del dret no actuï en exercici de les funcions jurisdiccionals, el TJUE va declarar que el paràgraf primer de l'article 3.2 RES «s'ha d'interpretar en el sentit que un notari que redacta un document a sol·licitud de totes les parts del procediment notarial, com el del litigi principal, no constitueix un «tribunal» en el sentit d'aquesta disposició i, per tant, l'article 3.1, lletra g), d'aquest Reglament s'ha d'interpretar en el sentit que tal document no constitueix una «resolució» en el sentit d'aquesta disposició». El TJUE rebutja, doncs, qualificar com a tribunal, a l'efecte de l'article esmentat, els notaris que atorguen un certificat de títol successori en les condicions establertes en la normativa polonesa, d'acord amb la qual el notariat intervé a sol·licitud de totes les parts del procediment notarial. El criteri adoptat es fonamenta, d'una banda, en una interpretació autònoma, desvinculada dels drets dels estats membres, amb la finalitat que sigui uniforme a tota la Unió Europea, i, de l'altra, en la garantia que ofereixen els requisits de l'article 3.2 RES i que parteixen del principi de confiança mútua en l'administració de justícia en els estats membres. El TJUE indica que és sobre aquesta confiança mútua que es poden erigir en el RES dos règims de circulació, en funció de si l'autoritat o professió del dret actua

14. Abans que s'hagués dictat aquesta sentència es mantenia, en canvi, que la qualificació com a tribunal efectuada en la notificació a la Comissió per part d'un estat membre no podia ser qüestionada. Vegeu P. WAUTELET, «Art. 3.2 RES», a A. BONOMI i P. WAUTELET, *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 139.

15. A diferència del Reglament 1215/2012 (Brussel·les I bis); sobre la particular relació entre els notaris i aquest Reglament, vegeu M. MANTOVANI, «Notaries and their debt-collection writs under the Brussels Ia Regulation. A difficult characterisation», *Journal of Private International Law*, vol. 15, núm. 2 (2019), p. 393-417.

16. En realitat i per a ser més precisos, comprometria l'aplicació uniforme del RES, més que no pas «la correcta administració de la justícia», com s'apunta en el par. 44.

en exercici de les funcions jurisdiccionals o no, i adopta, consegüentment i respectivament, una resolució o un document públic.

La clau de volta de la interpretació feta pel TJUE rau en el fet que l'exercici de les funcions jurisdiccionals ha de comportar i reconèixer «la facultat de resoldre un eventual litigi» «en virtut de la seva pròpia potestat», però aquest no és el cas «quan la competència del professional en qüestió depèn exclusivament de la voluntat de les parts».¹⁷ Tant és, però, que el procediment seguit per a l'expedició del certificat de títol successori sigui de naturalesa contenciosa o de jurisdicció voluntària,¹⁸ ja que el que és determinant és que l'actuació del notariat polonès es faci a petició de totes les parts interessades, sense que quedin alterades les prerrogatives del jutge en cas que no hi hagi acord entre les parts. No s'exerceix, en conseqüència, una competència resolutòria,¹⁹ ja que no hi ha un poder de decisió perquè depèn de la voluntat de les parts implicades. Cal afegir, a més, diu el TJUE, que l'activitat notarial té lloc en el marc regulador d'una professió liberal. En efecte, el TJUE considera que el notariat polonès exerceix com una professió liberal i és principalment un proveïdor de serveis per una taxa acordada amb les parts.²⁰

El certificat de títol successori, doncs, no pot ser qualificat com a resolució perquè no ha estat emès per un tribunal en el sentit de l'article 3.2 RES, respon el TJUE a la cinquena qüestió prejudicial,²¹ i arriba a la conclusió que, en interpretació de l'article 3.1*i* RES, aquest certificat «redactat pel notari a sol·licitud de totes les parts del procediment notarial constitueix un “document públic” en el sentit d'aquesta disposició, l'expedició pot anar acompanyada del formulari contemplat en l'article 59, apartat 1, paràgraf segon, de dit Reglament, i que es correspon amb el que figura a l'annex 2 del Reglament d'Execució (UE) no. 1329/2014 de la Comissió, de 9 de desembre de 2014, pel qual s'estableixen els formularis esmentats en el RES».

No resulta estrany que, d'acord amb l'article 3*i* RES, el TJUE acabi conclouent que ens trobem davant d'un document públic segons el dret polonès,²² ja que respon al concepte d'autenticitat que es deriva del considerant 62 RES i que parafraseja gai-

17. Vegeu-ne el par. 55.

18. Qüestió que ja s'havia aclarit en la STJUE de 21 de juny de 2018, assumpte C-20/17, cas Oberle.

19. Vegeu-ne el par. 59.

20. Vegeu-ne el par. 60.

21. La resposta a les qüestions prejudicials segona i tercera comporta que el TJUE no es pronunciï sobre les qüestions primera i quarta.

22. En efecte, el certificat queda registrat formalment i té els mateixos efectes que la sentència ferma de declaració de títol successori, a banda que el notari expedeix el certificat una vegada ha realitzat d'ofici les comprovacions necessàries per les quals es puguin acreditar els elements de fet i jurídics, com ara la competència dels òrgans jurisdiccionals nacionals, el contingut del dret estranger aplicable, si escau, la identitat dels hereus, la determinació de les parts alíquotes de l'herència i si el causant havia disposat un llegat vindicatiu del qual ha d'establir l'objecte i la identitat de la persona a favor de la qual s'havia instituit. Les comprovacions dutes a terme pel notari el poden portar a negar-se a redactar el certificat de títol

rebé literalment el TJUE, atès que respon a «una sèrie d'elements, en particular la veracitat del document, els requisits formals que hagi d'observar, les facultats de l'autoritat que ho formalitza i el procediment seguit per a formalitzar-lo. L'autenticitat també ha d'abastar els fets consignats en el document per l'autoritat de què es tracti, com és el fet que les parts indicades han comparegut davant aquesta autoritat en la data assenyalada i que han formulat les declaracions que en ell s'expressen».²³

4. PROJECCIÓ RESPECTE ALS NOTARIS ESPANYOLS EN RELACIÓ AMB LA DECLARACIÓ D'HEREUS INTTESTATS

4.1. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE 21 DE JUNY DE 2018, ASSUMPT C-20/17, CAS OBERLE, COM A ANTECEDENT

El TJUE proporciona en el cas W.B. una pauta interpretativa sobre l'expedició del certificat nacional de successió que ha de ser completada amb els raonaments i el pronunciament adoptat en el cas Oberle. Ambdues resolucions s'han d'encaixar en un context normatiu que preveu que la sol·licitud del certificat successori europeu és facultativa²⁴ i, per tant, res no impedeix que es pugui sol·licitar el certificat nacional de successió i fer-lo valer més enllà de les fronteres en què va ser expedit.²⁵ La complementarietat de les dues sentències i la continuïtat que se'n deriva en algun àmbit no impedeixen posar en relleu dues diferències significatives. Començarem per apuntar, en primer lloc, la línia de continuïtat existent entre ambdues sentències i després posarem de manifest les diferències existents.

Tenint present d'antuvi que en ambdós casos el TJUE es pronuncia sobre dubtes interpretatius generats en relació amb l'expedició de certificats successoris nacionals, el cas Oberle ens ofereix un criteri interpretatiu que es manté inalterat en el cas W.B. En efecte, el TJUE va apuntar que les normes de competència judicial internacional del RES s'apliquen tant en processos contradictoris com en processos de jurisdicció voluntària. No cal dir que aquesta observació té rellevància pel que fa als processos de declaració d'hereus intestats tramitats a Espanya. No hi ha dubte que el procediment mitjançant el qual es tramita la declaració d'hereus intestats és un procediment de jurisdicció voluntària. En efecte, es tracta d'un procediment iniciat amb absència de con-

successori, de la qual cosa se segueix que l'autenticitat del document es refereix tant a la seva signatura com al seu contingut (vegeu els par. 58 i 70 de la STJUE).

23. Vegeu-ne el par. 68.

24. Vegeu l'art. 62 RES.

25. Motiu pel qual en els art. 59 i seg. RES s'estableix un règim de circulació dels documents públics basat en l'acceptació, que cal diferenciar del règim de circulació de les resolucions judicials, basat en el reconeixement; vegeu art. 39 i seg. RES.

tradició amb la finalitat de declarar un dret. No hi ha més part processal que la sol·licitant del pronunciament o la declaració i, consegüentment, no es pot parlar de part actora o demandant ni de part passiva o demandada. Es pot dir, per tant, que és un procés que es defineix per la seva unilateralitat. No hi ha, doncs, una controvèrsia litigiosa, en el sentit que l'objecte del procés no és dirimir sobre interessos contraposats. Malgrat tot, les normes de competència judicial internacional del RES s'apliquen també als processos de jurisdicció voluntària. El TJUE esvaïa així un dubte que s'havia debatut àmpliament en la doctrina²⁶ i en el cas W.B. es confirma que, malgrat que s'actüi en el marc d'un procediment de jurisdicció voluntària, les regles de competència judicial internacional del RES vinculen una autoritat que exerceix funcions jurisdiccionals quan la successió sigui transfronterera.

Ara bé, com apuntàvem, els casos esmentats presenten dues diferències fàctiques que val la pena subratllar perquè tenen una incidència directa en la comprensió del contingut de sengles pronunciaments. La primera consideració que s'ha de tenir present és que en el cas Oberle se sol·licitava l'emissió d'un certificat successori nacional respecte d'un supòsit transfronterer,²⁷ mentre que en el cas W.B. el supòsit és purament domèstic, únicament vinculat a Polònia. En el moment en el qual se substancia la successió no hi ha cap element que determini el seu caràcter transfronterer, per bé que potencialment pugui ser-ho per l'eventual existència de béns a Alemanya. Altrament dit, les regles de la competència judicial internacional del RES no s'activen ni tenen vocació de ser aplicades, ja que el RES regula les successions amb repercussió transfronterera.²⁸ La segona observació, que també és determinant, fa referència a l'autoritat a la qual s'adreça la sol·licitud. En el cas Oberle, l'autoritat a la qual se sol·licitava l'expedició del certificat successori nacional era un tribunal,²⁹ mentre que en el cas W.B. se sol·licita l'emissió del certificat successori nacional a una notària. En l'epígraf següent intentarem treure l'entrellat de les conseqüències que es deriven d'aquestes dues observacions.

La qüestió que cal dilucidar a continuació és si el notariat davant del qual es tramita un procediment de jurisdicció voluntària, respecte d'una successió que pot tenir repercussions transfrontereres, desplega funcions judicials. Aquesta és, doncs, una qüestió nova que apareix en el cas W.B., si bé es tracta d'un aspecte que està latent

26. Aquesta era una qüestió que s'havia debatut en la doctrina; vegeu J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT), vol. 6, núm. 1 (març 2014), p. 5-44.

27. El causant tenia la nacionalitat francesa i la seva darrera residència habitual era a França, però el patrimoni hereditari estava situat a França i Alemanya. La sol·licitud es cursa a Alemanya.

28. Com es desprèn, en particular, dels considerants 1 i 7 RES.

29. En aquest cas es va declarar que no es podia invocar que la competència per a l'expedició d'un certificat successori (cas Erbschein) a Alemanya reposés en una norma interna de competència judicial internacional que contenia criteris d'atribució contraris al que estableix l'art. 4 RES.

en el cas Oberle. En efecte, el que estableix el TJUE en el cas Oberle és que la determinació de la competència internacional de les autoritats que han de conèixer sobre les declaracions successòries —incloent-hi tant el certificat successori europeu com els certificats nacionals successoris— queda regida pel RES,³⁰ però no s'afirma enlloc que aquestes autoritats despleguin una funció judicial. En realitat, més aviat s'infereix el contrari.³¹ Però l'afirmació no pot ser conclusiva perquè, com recorda el TJUE,³² el considerant 59 del RES obre la porta que en un procediment de jurisdicció voluntària s'adopti una resolució que, com a tal, sigui susceptible de circular d'acord amb el règim de reconeixement i execució.³³

En conseqüència, la sentència que ara comentem afecta un aspecte tan rellevant com és el d'establir quan el notariat desplega funcions jurisdiccionals, fins i tot respecte de successions que no són *per se* transfrontereres. En el cas Oberle, el TJUE va apostar per una interpretació que dona una gran amplitud a l'abast d'aplicació del RES, la qual cosa pot afectar de manera directa les funcions desplegades pel notariat en molts dels estats membres. El cas W.B. ha temperat en bona manera aquella interpretació extensiva, però aquesta atenuació té, com es posarà de manifest, un cost: la incoherència.

30. Vegeu-ne el par. 42. L'argument fou que l'art. 4 RES comprèn una atribució de la competència sobre la totalitat de la successió, per la qual cosa s'hi havia d'incloure els processos tramitats per a l'expedició dels certificats successoris nacionals, a fi d'evitar una fragmentació de la successió i garantir una aplicació uniforme del RES.

31. Vegeu-ne el par. 38, en el qual es declara que «[p]or lo que respecta a la interpretación del verbo “resolver”, que figura en ese mismo artículo, procede examinar si el legislador de la Unión quiso de ese modo referirse únicamente a las disposiciones adoptadas por los tribunales nacionales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales». És a dir, seria possible incloure dins de l'activitat resolutòria també disposicions adoptades al marge de l'exercici de les funcions jurisdiccionals. Així mateix, cal complementar això amb l'incís final del par. 42 STJUE, on s'afirma que l'atribució de competència compresa en l'art. 4 RES, aplicable a les meres declaracions successòries, comprèn, per això mateix, «los procedimientos que no concluyen con la adopción de una resolución judicial» però que es tramiten davant d'un òrgan jurisdiccional. No oblidem que, d'acord amb la informació del tribunal alemany remitent de les qüestions prejudicials, el procediment d'expedició dels certificats successoris és un procediment de jurisdicció voluntària i que les resolucions relatives a la seva expedició contenen únicament constatacions de fet; se n'exclou, doncs, qualsevol element que pugui adquirir força de cosa jutjada. F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STUE de 23 de mayo de 2019», *La Ley UE* (en premsa; agraeixo a l'autor la gentilesa de permetre'm accedir a la seva contribució), apunta també que en la STJUE de 21 de juny de 2018, assumpte C-20/17, cas Oberle, s'hi troba un cert ressò de l'opinió que considera que els expedients de jurisdicció voluntària «no serían verdaderas actuaciones jurisdiccionales».

32. Vegeu-ne el par. 44.

33. «A la luz de su objetivo general, que consiste en el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en los estados miembros en materia de sucesiones, con independencia de si tales resoluciones se han dictado en un procedimiento contencioso o no contencioso, el presente Reglamento ha de prever normas en materia de reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones similares a las de otros instrumentos de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil.»

4.2. FUNCIO JUDICIAL

Com s'ha advertit anteriorment, cal examinar si l'activitat del notariat espanyol en l'expedient de jurisdicció voluntària que dona lloc a l'acta de notorietat de la declaració d'hereus intestats desplega una funció judicial en consideració al pronunciament efectuat pel TJUE en el cas W.B. La importància del tema a Espanya és evident perquè les declaracions d'hereus intestats, amb independència del grau de parentesc mantingut amb el finat, només es poden obtenir davant de notari d'acord amb la disposició final 11.1 de la Llei 15/2015, de jurisdicció voluntària,³⁴ per la qual es modifica la Llei del notariat,³⁵ i cal preguntar-se si l'activitat notarial en la tramitació d'aquest expedient pot ser qualificada com a jurisdiccional d'acord amb el concepte considerat en l'article 3.2 RES i la jurisprudència del TJUE que l'interpreta.

Val la pena recordar que, a diferència de la República de Polònia, Espanya va efectuar la comunicació a què fa referència l'article 3.2 *in fine* RES, amb remissió a l'article 79 RES, tot indicant que el notariat és una de les autoritats i un dels professionals del dret que actuen en exercici de les funcions jurisdiccionals en relació amb les declaracions d'hereus intestats, entre altres actuacions.³⁶ Com s'ha apuntat prèviament, es desprèn de la STJUE del cas W.B. que aquesta comunicació estableix una presumpció d'acord amb la qual les autoritats mencionades despleguen una funció jurisdiccional respecte de les actuacions assenyalades. Aquesta presumpció se sosté quan la comunicació s'ha efectuat després que els estats membres notificants han comprovat que es compleixen els requisits de l'article 3.2 RES.³⁷ No obstant això, aquesta presumpció no és conclusiva *iuris et de iure*, sinó que s'hi pot presentar una prova en contra.³⁸ Per això caldria examinar si es compleixen els requisits de l'article 3.2 RES d'acord amb una interpretació autònoma de la norma. El problema és que el TJUE es limita a examinar només un aspecte per arribar a la conclusió que els notaris polonesos no exerceixen funcions jurisdiccionals, sense analitzar la resta de requisits previstos en l'article 3.2 RES. El punt fonamental de la seva argumentació és que el notariat polonès no exerceix una «competència resolutòria».

34. Llei 15/2015, de 2 de juliol (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 158, 3 de juliol de 2015) (LJV).

35. Llei del notariat, de 28 de maig de 1862 (*BOE-A-1862-4073*) (LN).

36. Així es pot constatar en l'enllaç d'European Justice, <https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-es.do?member=1>, on es publica el següent: «Artículo 79. Establecimiento y modificación posterior de la lista con la información a que se refiere el artículo 3, apartado 2 || Los notarios, en relación a las declaraciones de herederos abintestato, a los procedimientos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales y a la formación de inventario. || Arts. 55 y 56; 57 a 65 y 67 a 68 de la Ley del notariado, en redacción dada por la disposición final 11ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria».

37. La presumpció es fonamenta, doncs, en el principi de confiança mútua.

38. Vegeu-ne el par. 43.

En aquest sentit, d'aquesta expressió se segueixen dos aspectes que esdevenen crucials per al pronunciament del TJUE: d'una banda, que l'autoritat o professional del dret està investida d'autoritat i per això mateix se li atribueix competència, una competència reglada; de l'altra, que l'òrgan competent pot resoldre sobre un assumpte successori en cas que hi hagi una controvèrsia.³⁹

4.2.1. Competència reglada

L'activitat que desplega el notariat espanyol, com el polonès, queda regida amb caràcter general pel principi de lliure elecció. En efecte, òbviament en la seva funció assessora, però també en la seva activitat «documentadora d'actes i negocis jurídics»,⁴⁰ en la qual el notariat porta a terme una funció fedatària i se li reconeix el caràcter d'autoritat pública, les parts elegeixen lliurement el notari a qui volen adreçar-se. Això no obstant, en els expedients de declaració d'hereus, el legislador espanyol ha establert unes regles de competència notarial que es configuren com una excepció al principi de lliure elecció.⁴¹ El motiu que determina aquesta restricció no pot ser altre que la naturalesa de l'actuació que ha de dur a terme el notariat. La missió encomanada en la tramitació d'aquest expedient de jurisdicció voluntària comporta l'exercici d'una funció distintiva que obliga a un regulació diferenciada i més restrictiva; tant és així que la rellevància de les regles de competència notarial es posa de manifest perquè el seu compliment està subjecte a un control d'ofici⁴² i determina la validesa de l'actuació

39. Vegeu P. WAUTELET, «Art. 3.2 RES», p. 139, que desglossa també aquestes dues vessants.

40. Vegeu F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias».

41. Vegeu l'art. 55 LN:

1. Quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, podrán instar la declaración de herederos abintestato. Esta se tramitará en acta de notoriedad autorizada por notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el notario del lugar del domicilio del requirente. || 2. El acta se iniciará a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo, a juicio del notario, y su tramitación se efectuará con arreglo a lo previsto en la presente Ley y a la normativa notarial.

42. Vegeu J. M. FUGARDO ESTIVILL, «De la declaración de herederos abintestato (arts. 55 a 56 LN)», a P. IZQUIERDO BLANCO i J. PICÓ i JUNOY (coord.), *Jurisdicción voluntaria*, Barcelona, Bosch, 2016, p. 802.

notarial.⁴³ Es dedueix de tot això que la intervenció notarial com a autoritat pública està subjecta a una competència reglada.

La regulació d'aquesta competència està prevista en el vigent article 55 LN,⁴⁴ si bé cal apuntar que el mateix precepte també preveia, amb anterioritat a la LJV, una atribució de competència igualment restringida per a l'expedient de declaració d'hereus intestats del qual era competent el notariat, això és, només quan hi havia un grau de parentesc pròxim amb el finat. Es discutia l'abast d'aquests criteris de competència notarial, ja sigui en qualitat de mera competència territorial, de manera que la competència internacional en successions venia establerta *prima facie* per les normes de competència judicial internacional, ja sigui en la seva doble condició de regles de competència territorial que s'apliquen també per a regular la competència internacional. No obstant això, el debat pot estar vigent encara perquè la remissió de l'article 9.1 LJV a les regles de competència judicial internacional fa referència als òrgans judicials i a les actuacions considerades en la LJV.⁴⁵ En conseqüència, l'element que determina si aplicarem o no les regles de competència judicial internacional rau a dilucidar si el notariat espanyol desplega o no una funció jurisdiccional subjecta al RES.⁴⁶

Així, no hi ha dubte que la competència del notariat espanyol està reglada, però no per això hem de concloure que es tracta d'una actuació en exercici de la funció jurisdiccional. Cal establir si l'actuació és expressió de la potestat jurisdiccional; en altres paraules i seguint la interpretació del TJUE, si hi ha una competència *resolutòria*.

43. Vegeu F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias».

44. Que constitueixen els anomenats furs notariais en matèria de declaració d'hereus intestats i, en general, d'expedients de jurisdicció voluntària; vegeu A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «La jurisdicción voluntaria notarial en el contexto del Reglamento (UE) n° 650/2012», a A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ I F. J. GARCÍA MÁS (coord.), *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 118, on ja posava de manifest que la competència de l'actuació notarial era un element rellevant per a la configuració de la naturalesa de l'actuació efectuada pel notariat.

45. Com posa de manifest P. A. de MIGUEL ASENSIO, «Ley de jurisdicción voluntaria y derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 16 (2016), p. 147-197, esp. p. 164-166.

46. Els considerants 20, 21 i 22 RES són clars en aquest sentit: «Todos los tribunales tal como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo» (considerant 20); «La vinculación de los notarios de un estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento depende de si están incluidos en la definición de "tribunal" contenida en el mismo» (considerant 21); «Cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, están vinculados por las normas de competencia, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones» (considerant 22). D'altra banda, no hem d'oblidar que els criteris de competència judicial internacional del RES són exhaustius i esgoten el volum de competència atribuït a la jurisdicció espanyola respecte de supòsits internacionals, de manera que no és possible acudir residualment a les normes internes de competència judicial internacional.

4.2.2. Competència resolutòria

En emprar aquesta noció, el TJUE es mou en un terreny pantanós, ja que el verb *resoldre*, el mot *resolució* i l'expressió *competència resolutòria* són difícils de conjugar en un expedient que es tramita en l'àmbit de la jurisdicció voluntària. La qüestió que es pot plantejar és si la potestat jurisdiccional queda desvirtuada en el marc d'un procés de jurisdicció voluntària. Aquest interrogant té, al seu torn, una doble variable. En efecte, si això fos així: *a)* les autoritats judicials no exercirien una funció que els és pròpia —la funció jurisdiccional— en el marc d'aquests processos; *b)* les autoritats i els professionals del dret no podrien exercir funcions jurisdiccionals en el marc d'aquests processos.

Això no obstant i com hem vist en tots dos casos, Oberle i W.B., la funció jurisdiccional s'exerceix amb independència que es tracti de procediments contenciosos o de jurisdicció voluntària. Així, en consideració a la primera variable, no es qüestiona en el cas Oberle que els tribunals alemanys tinguessin potestat jurisdiccional, com és obvi, però tampoc que aquesta potestat quedés desvirtuada en un expedient tramitat en un procés de jurisdicció voluntària en virtut del qual s'emet un certificat successori nacional. D'altra banda, atenen la segona variable, les autoritats i els professionals del dret amb competències en matèria de successions —singularment, el notariat—, malgrat que no tenen potestat jurisdiccional amb caràcter general, podrien tenir assignada la funció jurisdiccional fins i tot en un procés de jurisdicció voluntària en virtut del qual s'emet un certificat successori nacional, com s'apunta en el considerant 56 del cas W.B..

Ara bé, en el cas W.B. s'afegeix un requisit que no s'imposa a un tribunal: que la competència jurisdiccional assignada sigui resolutòria,⁴⁷ que comporti una competència susceptible de ser exercida si hi ha «una controversia en materia de sucesiones».⁴⁸ Per tant, la línia distintiva no és la naturalesa del procediment, ni només la naturalesa de la intervenció efectuada per l'autoritat, sinó també la naturalesa de l'autoritat que intervé. Així, es constata un matís que és fonamental: quan aquesta autoritat és judicial, es dona per feta la seva vinculació a les normes de competència del RES, cosa que comprèn també «los procedimientos que no concluyen con la adopción de una resolución judicial»;⁴⁹ mentre que, quan aquesta autoritat no és judicial i es tracta d'una autoritat o un professional del dret, hi ha un test de contrast i control. La distinció troba el seu origen en la dicció literal de l'article 3.2 RES, que considera tribunal «todo órgano judicial», sense més. Per contra, les autoritats i els professionals del dret amb competències en matèria de successions «que ejerzan funciones jurisdiccio-

47. Vegeu el considerant 59.

48. Vegeu el considerant 56.

49. Vegeu el considerant 42 en la STJUE de 21 de juny de 2018, assumpte C-20/17, cas Oberle.

nales [...], siempre que tales autoridades y profesionales del derecho», han d'exercir funcions jurisdiccionals, primer requisit, i es desglossen a continuació altres requisits que han de complir per a considerar la seva intervenció com a jurisdiccional.⁵⁰ La novetat del cas W.B. rau, doncs, que la potestat jurisdiccional, quan és exercida per una autoritat o professional que no té la condició d'òrgan judicial, és en si mateixa una funció que té capacitat resolutòria, a banda dels requisits que detalla l'article 3.2 RES. En aquest sentit, com hem vist, el notariat polonès no desplega aquesta «competència resolutòria», ja que el certificat successori s'expedeix com a conseqüència d'una sol·licitud no contenciosa i de la conformitat que hi donen les persones interessades.⁵¹ En conseqüència, el notariat polonès no està sotmès a les regles de competència del RES.⁵²

La qüestió que s'imposa aleshores és establir si el notariat espanyol, que té competència reglada per a instruir expedients de declaració d'hereus intestats i atorgar les actes de notorietat conseqüents, exerceix una competència que es pugui qualificar com a *resolutòria*. No és fàcil respondre a aquesta pregunta. La doctrina mateixa està dividida.

Segons un sector doctrinal,⁵³ el notariat espanyol desplega una funció jurisdiccional en relació amb la tramitació de les actes de notorietat de declaració d'hereu intestat. S'al·lega en particular que el notariat espanyol efectua un judici autònom, imparcial i independent, ja que no està vinculat a les manifestacions o els requeriments

50. Vegeu P. WAUTELET, «Art. 3.2 RES», p. 138-139.

51. Vegeu F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias», que destaca la rellevància que té aquesta conformitat.

52. Vegeu C. NOURISSAT, «Le certificat successoral national est un acte authentique au sens du règlement Successions», *Defrénois*, núm. 36 (2019), p. 34; d'abans de la Sentència, vegeu P. WAUTELET, «Art. 3.2 RES», p. 137.

53. Vegeu A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «La jurisdicción voluntaria notarial», p. 120 i 121; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «Aplicación notarial del reglamento comunitario sobre sucesiones mortis causa», *Escritura Pública*, núm. 77 (2012), p. 40-41; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo», *La Ley*, núm. 4913 (2015), ap. III.1 i 2; I. ESPÍNEIRA SOTO, «Competencia internacional del notariado español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE», *Notarios y Registradores* (en línia), 9 de juliol de 2018 (consultat a: <www.notariosy-registradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-enexpedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/>); J. FUGARDO ESTIVILL, *La declaración de herederos abintestato en la jurisdicción voluntaria. Sucesiones internas y transfronterizas*, Barcelona, Bosch, 2016, p. 202-206; P. A. de MIGUEL ASENSIO, «Ley de jurisdicción voluntaria», p. 147-197, esp. p. 164-166. En aquest cas, doncs, no correspon determinar la competència internacional dels notaris espanyols d'acord amb les normes de competència territorial interna previstes en l'art. 55.1 LN, ja que s'han d'aplicar els art. 4 i seg. RS; en aquest sentit, vegeu M. A. FERNÁNDEZ EGEA, *La jurisdicción voluntaria notarial en el ámbito sucesorio*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 73-74. En particular, cal mencionar la posició de F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias», que ha desenvolupat el seu argumentari i ha ofert unes reflexions elaborades després que s'hagués dictat la STJUE de 23 de maig de 2019, assumpte C-658/17, cas W.B.

de les persones interessades ni està subjecte a la seva conformitat. La declaració emesa té una eficàcia probatòria i legitimadora de l'exercici dels drets successoris declarats que no depèn dels interessos i la voluntat de les parts, fins al punt, com detalla Mariño Pardo, que, d'acord amb els apartats tercer i quart de l'article 56 LN, la declaració pot ser positiva o, i aquest és l'aspecte rellevant, negativa, parcialment o totalment. D'aquest precepte es deriva que el notariat espanyol actua també si hi ha controvèrsia entre les parts.⁵⁴ En conseqüència, es pot considerar que el notariat espanyol, en aquest primer filtre que es desprèn del cas W.B., exerceix funcions jurisdiccionals.

No obstant això, hi ha un altre sector, minoritari,⁵⁵ que considera que el notariat espanyol realitza en la tramitació de les actes de notorietat de declaració d'hereus intestats una tasca probatòria, ja que constata fets i emet una qualificació jurídica notarial,⁵⁶ més que no pas judicial.⁵⁷

Dit això, sembla que hom podria inclinar-se per considerar que el notariat espanyol actua en exercici de la funció jurisdiccional, ja que fonamenta la seva autoritat en una competència resolutòria i l'estat membre en el territori del qual actua així ho ha considerat en la notificació efectuada a la Comissió. No obstant això, hi ha altres requisits sobre els quals el TJUE no s'ha pronunciat. Per consegüent, l'afirmació no pot ser conclouent.

54. Tant és així que l'existència d'oposició no determina que no es pugui continuar tramitant l'expedient de jurisdicció voluntària, llevat que s'hagués iniciat una demanda en un judici declaratiu. Vegeu F. M. MARIÑO PARDO, «Doctrina y algunas consecuencias», que cita els art. 17.3.II LJV i 209.5 RN.

55. Vegeu J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial», p. 42; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, «La jurisdicción voluntaria notarial», p. 114 i seg., que expressa dubtes; J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «Disposición final segunda en cuanto incorpora la disposición final vigésima sexta de la LEC. Implementación del Reglamento (UE) 650/2012: apartado 14», a A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Barcelona, Wolters Kluwer, 2017, p. 759 i seg.; tots aquests llibres s'havien pronunciat abans que s'hagés dictat la STJUE de 23 de maig de 2019, assumpte C-658/17, cas W.B.

56. Aquesta és l'opinió d'I. EPIÑEIRA SOTO, «Competencia internacional del notariado español», que afirma que «tras la recepción de manifestaciones y alegaciones, pruebas documentales y testificales, citaciones, publicaciones y demás actuaciones previstas legalmente junto a otras que el notario juzgue oportunas y mediante la oportuna calificación o juicio notarial declara que determinadas personas son las que tienen derechos a la sucesión, fijando los derechos que les correspondan como tales según la ley aplicable y su extensión, siendo la declaración de herederos título sucesorio que les habilita para ejercitar y probar sus derechos».

57. Malgrat tot, I. EPIÑEIRA SOTO, «Competencia internacional del notariado español», considera que la competència del notariat espanyol en les successions transfrontereres queda fixada per les regles del RES, sempre que el supòsit caigui dins de l'àmbit temporal d'aplicació (recordem que l'escrit és posterior al cas Oberle, però anterior al pronunciament del TJUE que comentem, cas W.B.).

5. CONCLUSIONS

La jurisprudència del TJUE s'ha de moure en un marc institucional plural en matèria successòria. La intervenció de les autoritats judicials, d'altres autoritats públiques i de professionals del dret per a substanciar i resoldre controvèrsies, és regulada de manera molt diversa en els diferents estats membres. El legislador europeu va intentar fixar una línia divisòria amb l'article 3.2 RES, però, malgrat l'intent, és inevitable la intervenció del TJUE per a establir criteris interpretatius. El TJUE ha dictat en aquest àmbit una sentència rellevant però insuficient, ja que no ha cobert la interpretació de tots els aspectes i requisits que preveu l'article 3.2 RES en relació amb les autoritats i els professionals del dret que exerceixen funcions jurisdiccionals en matèria successòria. La subjecció a les regles de competència del RES per a l'expedició de certificats successoris nacionals varia en funció de la naturalesa de l'òrgan emissor. Si és un òrgan judicial, hi queda subjecte, amb independència que el certificat successori nacional no es pugui considerar una resolució. Si és una autoritat o un professional del dret, ha d'exercir una funció jurisdiccional per a poder ser considerada com a tribunal d'acord amb el RES i quedar sotmesa a les regles de competència que hi estan contingudes. El fet que aquesta autoritat o professional del dret no hagi estat consignada a la Comissió com a tribunal als efectes de l'article 3.2 RES per un estat membre, no és determinant. Pot no haver estat notificada a la Comissió i exercir funcions jurisdiccionals. I, a la inversa, pot haver estat notificada a la Comissió i no exercir funcions jurisdiccionals, per bé que la comunicació consagra una presumpció.

No obstant això, el punt fonamental sobre el qual es pronuncia el TJUE és el relatiu a la competència per a expedir el certificat successori nacional, i després de les dues sentències arriba a la conclusió que quan qui expedeix el certificat és un òrgan judicial, ha d'estar subjecte a les regles de competència del RES, mentre que si qui expedeix és un professional del dret, s'haurà d'examinar si exerceix una funció jurisdiccional, entesa com a competència resolutòria, i si no és així no quedarà subjecte a les regles de competència del RES. Així, a Alemanya, com que qui expedeix el certificat nacional és un òrgan judicial, caldrà aplicar les regles de competència del RES i rebutjar les regles de competència nacionals (cas Oberle); a Polònia, com que qui expedeix el certificat nacional és un professional del dret que no exerceix la funció jurisdiccional, podrem aplicar les regles nacionals de competència, i a Espanya el criteri encara no és prou clar, malgrat que tot sembla indicar que el notariat ha d'estar subjecte a les normes de competència del RES.⁵⁸ Per consegüent, ens trobem davant d'un panorama en el qual la naturalesa de l'òrgan emissor i la qualitat en què actua, si

58. Vegeu J. L. VAN BOXTAEL, «Successions internationales: trois questions de pratique notariale», *Notamus*, vol. 2018, núm. 2, p. 31-37, esp. p. 32, publicat abans que es dictés la Sentència i que posa de manifest aquesta disfuncionalitat en cas que el TJUE es pronunciés en el sentit en què s'ha pronunciat.

no és un òrgan judicial, seran determinants per a establir una competència dissímil, ja que no es donarà una aplicació uniforme de les regles de competència del RES i hi haurà una coexistència de les regles nacionals i del RES en el si de la UE, amb el risc que això comporta respecte a la circulació de documents contradictoris entre si respecte a una mateixa successió, cosa que compromet també la unitat de la successió i la recta administració de la justícia en el si de la UE,⁵⁹ per més que totes les autoritats o els professionals implicats hagin d'aplicar el mateix dret.

59. Principis que cal preservar, com apunta el TJUE en el par. 57 de la STJUE de 21 de juny de 2018, assumpte C-20/17, cas Oberle.

QÜESTIONS PRÀCTIQUES

NOTA DE LA DIRECTORA

Amb aquest volum, la REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT enceta una nova secció intitulada «Qüestions pràctiques». És un espai dirigit especialment als operadors jurídics vinculats més estretament a l'aplicació pràctica del dret. La finalitat de les aportacions és proporcionar una resposta àgil, directa i concreta a alguna qüestió específica derivada de l'exercici diari de la professió jurídica. Ens adrecem a aquests mateixos professionals per tal que, amb les seves contribucions, ajudin a donar contingut i continuïtat a la nova secció.

LA COMMUTACIÓ DE L'USDEFRUIT UNIVERSAL DE L'HERÈNCIA EN SUPÒSITS DE PARTICIÓ

David Casellas Roca

Advocat

Els models de família en una societat moderna són múltiples i variats, fet que comporta relacions jurídiques cada vegada més complexes en la vida dels seus membres i, òbviament, també després de la mort. Per això el testament és la millor fórmula que hom té per a ordenar la successió mitjançant la institució d'un o més hereus, establir llegats i establir altres disposicions per a després de la defunció.

Tota successió s'obre en el moment de la mort del causant i, a falta de testament, es fan les crides legals previstes en l'article 441-2 del Codi civil de Catalunya (en endavant, CCCat), de manera que es converteixen en hereus principalment deferits els fills del causant (art. 442-1 CCCat). Tanmateix, el cònjuge vidu o el convivent en parella estable supervivent, si concorre a la successió amb fills del causant, té dret a l'usdefruit universal de l'herència (art. 442.3 CCCat), que pot commutar per l'atribució d'una part de la mateixa herència. Es tracta de l'opció prevista en l'article 442-5 del mateix cos legal. La commutació, entesa com l'acció de mudar una cosa per una altra, significa canviar l'usdefruit universal per l'atribució d'una quarta part alíquota de l'herència (art. 442-5.1 CCCat) i, a més, l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar.

Roser Berenguer Sabaté¹ afirma en els seus comentaris sobre l'article 442-5 CCCat que es tracta d'una de les principals innovacions del CCCat respecte del Codi de Successions de Catalunya, que millora sensiblement la posició del cònjuge supervivent en la successió intestada.

L'objecte de la commutació és, segons la mateixa autora, una suma de drets: l'atribució de la quarta part alíquota de l'herència més l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar. L'usdefruit no s'imputa a la quarta part alíquota, sinó que es rep «a més» (art. 442-5.1). No obstant això, el valor de l'usdefruit es descompta del valor de l'actiu hereditari líquid per a calcular la quarta part alíquota. Dit en altres paraules, si es rep l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar, es rep menys part alíquota, però el

1. R. BERENGUER SABATÉ, «Artículo 442-5 [CCCat]. Conmutación del usufructo», a Encarnación ROCA TRÍAS (coord. gral.) i Lluís JOU MIRABENT (coord. vol.), *Sucesiones. Libro cuarto del Código civil de Cataluña*, Madrid, Sepín, 2011.

valor de l'usdefruit es resta del valor total de l'herència (si s'imputés a la quarta part alíquota, es restaria del 25 %).

Segons l'article 442-5.3 CCCat, el cònjuge vidu o el convivent en parella estable supervivent només pot demanar l'atribució de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar si aquest bé forma part de l'actiu hereditari i el causant no n'ha disposat en un codicil o en un pacte successori, i acaba aplicant a aquest usdefruit el que estableix l'article 442-4.3 CCCat, que tracta sobre l'extinció del dret d'usdefruit i les causes generals d'extinció dels drets reals (art. 532-1 i seg. CCCat). Una de les causes generals d'extinció dels drets reals és la consolidació. L'article 532-3 CCCat estableix que el dret real s'extingeix quan es produeix la reunió de titularitats entre el propietari i el titular del dret real. La conseqüència que comporta que el cònjuge vidu o el convivent en parella estable supervivent opti per commutar l'usdefruit universal per l'atribució d'una quarta part alíquota de l'herència i, a més, l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar, és que es genera un dret de crèdit contra els hereus, i no un dret real sobre l'herència. Ho confirma la remissió expressa de l'article 442-5.5 CCCat a les normes del llegat d'una part alíquota, contingudes en l'article 427-36 CCCat, el qual comença dient: «El llegat de part alíquota té el caràcter de llegat d'eficàcia obligacional [...]». Això significa que la quarta part alíquota de l'herència pot ser pagada en béns de l'herència o en diners, a lliure elecció dels hereus.

El càlcul d'aquesta quarta part alíquota de l'herència no sempre és senzill, i no només perquè els cridats a succeir puguin tenir divergències en la quantificació i valoració dels béns, sinó perquè pot haver-hi discrepàncies fins i tot en relació amb el procediment de càlcul. Imaginem el supòsit que es dona més habitualment quan entre els béns de l'herència hi ha l'habitatge i aquest s'atribueix al cònjuge vidu o convivent, que opta per commutar l'usdefruit. Roser Berenguer Sabaté considera que, en aquests casos, segons l'article 442-5.4 CCCat, del valor de l'actiu hereditari líquid (actiu menys passiu) es descompta, primer, el valor dels béns disposats en codicil o pacte successori i, segon, el valor de l'usdefruit de l'habitatge, si és atribuït al cònjuge vidu o convivent. En cap cas es descompten del valor de l'actiu líquid les llegítimes (és coherent amb l'article 442-4 CCCat, que disposa que l'usdefruit universal s'estén a les llegítimes). El valor resultant es divideix per quatre i el resultat és el valor de la quarta part alíquota.

A propòsit de l'extinció de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar en el cas que sigui atribuït al convivent a més de la quarta part alíquota de l'herència, la mateixa autora conclou que per remissió a l'art. 442-4.3 [CCCat], l'usdefruit sobre l'habitatge conjugal o familiar s'extingeix per les mateixes causes que l'usdefruit universal intestat: és a dir, per les causes generals d'extinció del dret d'usdefruit (contingudes a l'art. 561-16 [CCCat]). I per la mateixa remissió, no s'extingeix, encara que el vidu o convivent supervivent contregui matrimoni o passi a conviure amb una altra persona. Per tant, l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar (o de la quota que pertanyia al causant) té, com l'usdefruit universal intestat, caràcter vitalici.

En els supòsits de partició de l'herència, les desavinences poden aparèixer quan concorren diversos cohereus legals (fills) a parts iguals, a més del cònjuge vidu o convivent en parella estable del causant, que a la vegada sigui progenitor o progenitora d'un dels fills cridats a l'herència, si bé existeixen altres fills nascuts de relacions matrimonials o de parella anteriors, i quan l'immoble que constituïa l'habitatge habitual del causant, de la seva parella i del fill comú forma part dels béns de l'herència. Potser les parts puguin estar d'acord en la formació de l'inventari de béns i drets que formen el cabal hereditari, en el valor (actiu i passiu) d'aquests béns o en el valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar. Fins i tot poden estar d'acord en l'adjudicació que s'ha de fer de l'immoble que constituïa l'habitatge conjugal o familiar a favor del convivent i el seu fill —cohereu legal—, però el conflicte pot sorgir en com es determina la part alíquota de cada hereu.

Imaginem el cas pràctic següent: en el domicili familiar conviuen una parella i tres menors, els dos primers nascuts d'una anterior relació matrimonial o de parella del pare, i el tercer, fill comú amb la parella actual. L'habitatge és propietat del pare, qui mor en un accident sense haver atorgat testament. La parella convivent opta per commutar el seu dret d'usdefruit per una quarta part alíquota de l'herència, de manera que les persones cridades a l'herència són els tres fills del difunt i la parella, i tots estan d'acord que aquesta quarta part alíquota de l'herència es pagui amb l'atribució de l'habitatge habitual. Hi ha dues possibles maneres d'entendre com s'han de fer els càlculs.

Una primera postura podria ser la següent: s'ha de partir de l'actiu hereditari líquid (actiu menys passiu) (A), sobre el qual s'ha de restar el valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar (B). Del resultat (C), se n'ha de determinar una quarta part (la quarta part alíquota de l'herència) (D), i la diferència (E) s'ha de dividir entre els tres hereus, cosa que donarà la quota del cabal hereditari adjudicable a cada hereu (F). És a dir: $A - B = C \rightarrow C : 4 = D \rightarrow C - D = E \rightarrow E : 3 = F$.

(A = actiu hereditari líquid; B = valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar; C = diferència entre actiu hereditari líquid i valor de l'usdefruit de l'habitatge; D = quarta part alíquota de l'herència; E = diferència entre C i la quarta part alíquota de l'herència; F = quota del cabal hereditari adjudicable a cada hereu)

L'altra postura podria considerar que també s'ha de partir de l'actiu hereditari líquid (actiu menys passiu) (A), al qual s'ha de restar el valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar (B). Del resultat (C), se n'ha de determinar una quarta part (la quarta part alíquota de l'herència) (D), però la diferència (E) encara no es pot dividir entre els tres hereus, ja que abans s'hi ha de tornar a descomptar el valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar (B), cosa que donarà un resultat (F) que, aquest sí, s'haurà de dividir entre els tres hereus, i això donarà la quota del cabal hereditari adjudicable a cada hereu. És a dir: $A - B = C \rightarrow C : 4 = D \rightarrow C - D = E \rightarrow E - B = F \rightarrow F : 3 = G$.

(A = actiu hereditari líquid; B = valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar; C = diferència entre actiu hereditari líquid i valor de l'usdefruit de l'habitatge;

D = quarta part alíquota de l'herència; E = diferència entre C i la quarta part alíquota de l'herència; F = diferència entre E i el valor de l'usdefruit de l'habitatge; G = quota del cabal hereditari adjudicable a cada hereu).

Segons aquesta última postura, el segon descompte del valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar és justificat pel fet que actua com un llegat que es resta a l'herència, atès que cap dels hereus pot gaudir d'aquest usdefruit perquè ja ha estat atorgat a la parella supervivent.

Segons l'opinió d'aquest autor, no escau descomptar dues vegades, de manera sencera, el valor de l'usdefruit de l'habitatge conjugal i familiar, perquè la convivent en unió estable de parella supervivent havia decidit prèviament commutar l'usdefruit universal per l'atribució d'una quarta part alíquota de l'herència; també havia decidit cobrar en béns de l'herència aquest dret de crèdit que la convivent tenia contra els hereus, i havia escollit com a bé de l'herència amb el qual cobraria la quarta part alíquota d'aquesta el que va ser habitatge conjugal i familiar, per a passar a tenir el ple domini sobre una part de l'habitatge. La propietat adquirida legalment atorga als titulars el dret d'usar de manera plena els béns que en constitueixen l'objecte i a gaudir-ne i disposar-ne (art. 541-1 CCCat). Els fruits pertanyen al propietari, llevat que existeixi un dret que n'atribueixi la percepció a una persona diferent (art. 541-3 CCCat). L'usdefruit és el dret real d'usar i gaudir béns aliens tot salvant-ne la forma i la substància (art. 561-2 CCCat). Per tant, la convivent era, per norma, usufructuària universal de l'herència i va optar per commutar aquest dret per un altre, el de propietat sobre una quarta part alíquota de l'herència, que els hereus podien pagar amb diners de l'herència, amb diners propis o amb béns de l'herència.

La llei atorga a la convivent que opta per la commutació de drets, que mantingui l'usdefruit de l'habitatge conjugal o familiar. Significa un reforç de la figura del cònjuge vidu o convivent en parella estable supervivent. Segons el preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, que aprova el llibre quart del CCCat, relatiu a les successions, la pràctica anterior a l'aprovació de la llei posava de manifest que la solució usufructuària, tot i que tenia l'avantatge que atorgava una posició personal i econòmica sòlida al vidu, podia presentar disfuncions en la gestió de patrimonis de base urbana, financera o empresarial, la qual cosa feia aconsellable establir l'opció de commutar el dret d'usdefruit universal per l'usdefruit de l'habitatge familiar, si pertanyia al difunt, i una quarta part alíquota de l'herència, una vegada descomptat el valor de l'usdefruit esmentat.

Segons l'opinió de Vaquer Aloy,² aquesta justificació, basada en les disfuncions en la gestió de patrimonis de base urbana que pot representar l'usdefruit universal,

2. Antoni VAQUER ALOY, «Comentari a l'art. 442-5 CCCat», a Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, volum II, Barcelona, Atelier, 2009, p. 1273.

és insuficient perquè llavors la facultat de commutació hauria de correspondre als hereus gravats. La justificació sembla, doncs, assenyala l'autor esmentat, el reforç de la posició del vidu o convivent supervivent.

El legislador ha tingut en consideració la petició de la doctrina que els drets del cònjuge vidu no siguin atorgats necessàriament en l'usdefruit, sinó que puguin ser-ho en altres titularitats, petició fonamentada en el fet que l'allargament de la vida significa que el desmembrament de la propietat es dilata en el temps en perjudici de tots els interessats. *Commutar*, en sentit estricte i segons la definició de la Real Academia Española, significa canviar una cosa per una altra. En aquest cas, deixar de ser usufructuari i passar a ser titular del ple domini o, el que és el mateix, deixar de tenir un dret limitat a «disfrutar» (usar i gaudir) d'un bé, per a tenir un dret a «disposar» del mateix bé.

La facultat de disposició porta inherent la d'ús i gaudi, la qual cosa no es pot dir a la inversa, ja que els usufructuaris només poden disposar dels béns usufructuats si així ho estableix el títol de constitució (art. 561-21.1 CCCat). Parlem, doncs, que un dret real limitat d'usdefruit (títol VI, capítol I, del llibre cinquè del CCCat) s'extingeix quan es produeix la reunió de titularitats entre el propietari i el titular del dret real (consolidació).

Fins i tot la normativa tributària ens ajuda a entendre que el dret d'usdefruit tributa diferent quan s'adquireix per herència, per llegat o per qualsevol altre títol successori. L'article 26*d* i *e* de la Llei 29/1987, de 18 de desembre, de l'impost sobre successions i donacions, estableix que «sempre que l'adquirent tingui facultat de disposar dels béns, l'impost es liquidarà en ple domini, sens perjudici de la devolució que, en el seu cas, escaigui» i, en canvi, «l'atribució del dret a gaudir de tot o part dels béns de l'herència, temporalment o vitalícia, tindrà a efectes fiscals la consideració d'usdefruit i es valorarà conforme a les regles anteriors».

Al cas pràctic proposat hi podríem afegir encara un altre component condicionant: que, per acord de totes les parts, també s'hagi d'adjudicar al cohereu fill de la parella formada pel causant i la convivent, l'immoble que constituïa l'habitatge conjugal o familiar. Si és així i d'acord amb les operacions divisòries que s'han dit, la convivent tindrà el ple domini (i no l'usdefruit) sobre una part alíquota de l'immoble esmentat, que en funció del seu valor significarà un percentatge del total de la finca, i el coeficient restant serà adjudicat al fill fins a arribar al cent per cent, tot i que respecte d'aquesta darrera proporció sí que haurem de distingir entre nua propietat i usdefruit, perquè la convivent, malgrat la commutació indicada, tindrà un dret afegit a l'usdefruit de tot l'habitatge conjugal i familiar i, per tant, el bé adjudicat a aquest fill, en la proporció corresponent, mantindrà un dret real a favor d'un tercer.

Per a calcular en quina mesura l'usdefruit que grava aquest percentatge que respon al fill redueix la seva quota del cabal hereditari, serà necessari aplicar un 48 % al valor total de l'immoble, operació que donarà un resultat que ens permetrà saber el valor de la nua propietat.

Tampoc no es podrà ometre el valor que tindrà l'usdefruit sobre aquest coeficient de l'habitatge conjugal i familiar que la convivent conservarà per a calcular el valor de l'herència que correspondrà als cohereus, una omisió que no es faria en el cas que sobre algun dels altres béns de l'herència hi hagués un altre tipus de dret real limitat (ús o habitació, aprofitament parcial, superfície, cens, servitud, vol, adquisició o de garantia —retenció, penyora, anticresi o hipoteca—). Per tant, tampoc no es pot fer quan hi ha un usdefruit.

FISCALIDAD DEL CONDOMINIO DESDE UNA ÓPTICA DE LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO CIVIL

Ángel Serrano de Nicolás
Notario de Barcelona
Profesor asociado de derecho
Universidad Pompeu Fabra

1. PRELIMINAR: ALGUNAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DEL DERECHO FISCAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO CIVIL

Desde una visión eminentemente práctica (jurisdiccional y administrativa), se pretende poner de relieve la influencia de las categorías e instituciones del derecho civil en el derecho fiscal, escogiendo para ello una institución —frecuente en la práctica— como es la comunidad de bienes, y más en concreto el condominio, y, al efecto, tratar las consecuencias fiscales que implican sus diferentes vicisitudes desde que nace hasta su extinción.¹

La incidencia conceptual del derecho civil en el ámbito fiscal se manifiesta al ser el derecho común al resto del ordenamiento jurídico y, así, en el específico sistema de fuentes tributario, el artículo 7.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general

1. Para su aspecto civil me remito, si se me permite, pues parto de los conceptos e ideas desarrollados en ellos, a Á. SERRANO DE NICOLÁS, «La personalidad jurídica de la sociedad civil: su posible antecedente en el Código civil argentino», en V. CUÑAT EDO *et al.* (dirs.), *Estudios de derecho mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 701-725; Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Contratos sobre comunidades convencionales», en M. J. REYES LÓPEZ (coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 993-1021; Á. SERRANO DE NICOLÁS, «La organización de un bien tenido por diversas personas», en S. NASARRE AZNAR (dir.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 29-167; Á. SERRANO DE NICOLÁS, «Comunidades de bienes: regulación positiva, situaciones dudosas y pactos convencionales», en V. M. GARRIDO DE PALMA (dir.), *Instituciones de derecho privado*, t. III, *Reales*, vol. 1, 2a ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2017, p. 669-854; en dichos trabajos he pretendido deslindar cuándo hay comunidad —como consecuencia de concurrir diversos sujetos, con derechos de la misma naturaleza y sobre un mismo bien— frente a otros supuestos de titularidad de diversos derechos —de diferente naturaleza—, aunque sea sobre una misma cosa e incluso concurrentes al mismo tiempo, y, desde luego, la posibilidad de organizar la comunidad de bienes al modo societario, aunque sin personalidad jurídica, si bien aquí se trata simplemente de considerar el condominio desde que existe y hasta su extinción.

tributaria (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 302, 18 de diciembre de 2003) (LGT), precisa que «[t]endrán carácter supletorio las disposiciones generales del derecho administrativo y los preceptos del derecho común». Además, conforme al artículo 13 LGT, las «obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez». Así pues, el condominio será lo que determinan los artículos 392 y siguientes del Código civil (CC) español y, a su vez, los artículos 551-1 y siguientes del Código civil de Cataluña (CCCat), a lo que se une, y puede ser relevante para determinar cuándo un acto es o no traslativo, que, conforme a su mismo artículo 12 LGT, «1. Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código civil. || 2. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», por lo que, a falta de concepto propio, que en esta materia no lo hay, se tendrá que estar a la legislación civil.

Por otra parte, queda prohibida la analogía conforme a su artículo 14 LGT, pero solo para los supuestos específicos que menciona: «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales», lo que en sí implica que, dentro de la relación jurídica tributaria, la analogía exclusivamente está excluida, en su posible aplicación, en los tres supuestos mencionados; o sea, no puede aplicarse ni al hecho imponible, ni a las exenciones, ni tampoco a los demás beneficios o incentivos fiscales, pero sí podrá aplicarse al resto del contenido de la relación jurídica tributaria, y así lo admite la jurisprudencia.²

2. Lo confirma la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, 381/2019, de 20 de marzo de 2019, cuando precisa que «el hecho de que el art. 7º.2.B) de la Ley y Reglamento del Impuesto [...] solo exceptúe de la consideración de transmisión, a los efectos de su liquidación y pago, “los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código civil [...]” y entre ellos no se cite precepto alguno regulador de comunidades voluntarias, sino solo de comunidades hereditarias, no constituye argumento en contra de la conclusión precedentemente sentada, habida cuenta que a lo que quiere con ello aludirse es a los excesos de adjudicación verdaderos, esto es, a aquellos en que la compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en la comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que lo supera en perjuicio del resto de los comuneros. No hay, pues, tampoco, con esta interpretación, desconocimiento alguno del art. 24 de la Ley General Tributaria —hoy 23.3 de la misma tras la reforma operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio—, cuando veda la utilización del procedimiento analógico para extender, más allá de sus términos estrictos, el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones tributarias».

2. NACIMIENTO IMPERATIVO Y POSIBLE ALTERACIÓN DE LOS CONDOMINIOS O DE LOS BIENES DEL CONDOMINIO

El condominio conforme al artículo 551-1.1 CCCat —e igual el artículo 392.1 CC— *nace imperativamente*,³ pues hay condominio —o situación de comunidad— desde que se da su supuesto de hecho, que no es otro que la existencia de más de un titular (o condominio) con derechos de idéntica naturaleza, concurrentes al mismo tiempo y respecto al mismo bien. Sin duda, una vez nacido se podrá modificar, en cuanto a los sujetos o condominios, mediante la transmisión de su cuota, que plantea el problema —como se verá— de su tributación, al tener que concretar si se da una transmisión de cuota sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales (ITP) o si hay una extinción parcial,⁴ que —con un tipo impositivo muy inferior— se sujetaría al impuesto de actos jurídicos documentados (IAJD); puede también alterarse constituyéndose como «comunidad societaria» (que ya no sería propiamente un condominio o comunidad de bienes)⁵ o, incluso, si los mismos sujetos adquieren más bienes y, en consecuencia, el condominio se extiende a estos nuevos bienes adquiridos (lo que podría presentar problemas al extinguirse y adjudicarse bienes concretos adquiridos en distintos momentos y por causas o negocios jurídicos distintos).⁶

Frente a ello, lo que *no podrá pactarse es la exclusión de la situación de condominio cuando se dé su supuesto de hecho* (con su consiguiente repercusión fiscal, por ejemplo en imputación de dividendos, rentas de cuentas a plazo en cotitularidad,

3. La aplicación imperativa del art. 392 CC la reconoce el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), Resolución núm. 00/535/1998, de 25 de abril de 2001: «Resulta aplicable al supuesto que aquí se discute la doctrina de este Tribunal Central que en su resolución de 8 de julio de 1999 declaró que la comunidad de bienes existe, sin que sea preciso un acto formal o un reconocimiento por la Administración, desde que la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas, según establece el artículo 392 del Código civil [doctrina perfectamente aplicable al art. 551-1.1 CCCat].

4. Para los casos de salida —por transmisión de su cuota— de uno de los cotitulares de la comunidad, a quien todos los demás compensarán en dinero, debe estarse a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de julio de 2006, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2006 y las consultas de la Dirección General de Tributos de 23 de marzo y 4 de abril de 2006 y de 4 de mayo de 2007, en las que se parte de que la extinción exige que quede *un único condominio o comunero*; cosa distinta, como se verá, es que cabe que se vayan concatenando sucesivas transmisiones como vía para la extinción total.

5. Por todos, para su tributación, véase M. LALAGUNA HOLZWARTH, *La comunidad societaria en el derecho tributario*, Valencia, Universidad de Valencia, 2016, accesible en línea en: <<http://hdl.handle.net/10550/50066>> (consulta: 3 septiembre 2019).

6. La extinción «parcial» también puede darse cuando, estando la comunidad integrada por más de un bien, se disuelve el condominio sólo sobre alguno; aquí lo que hay es extinción total sobre dicho bien en condominio (aunque la comunidad o el condominio siga sobre los demás). Véase, al efecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 4 de abril de 2016 y la RDGRN de 2 de noviembre de 2018.

etc.). Tampoco cabe convenir que nacerá sin darse su supuesto de hecho y, por ello, está excluido un régimen de futuro, dado que cualquier adquisición de otra forma implica una modificación tácita, sin que ello suponga ninguna modificación del condominio, pues, para ese concreto bien, ni siquiera había llegado a nacer, dado que el condominio exige necesariamente la cotitularidad *de presente* del bien sobre el que se pacta.

Cosas diferentes son, al efecto, el condominio como situación de hecho (por darse su supuesto) y el pacto para que funcione como *comunidad societaria*,⁷ o, incluso, que con un solo bien en condominio se obtenga NIF (así, por estar arrendado por los copropietarios, por explotarlo como restaurante, etc.), cuya obtención en modo alguno significa que se adquiera personalidad jurídica. Otra cosa es que sí pueda ser sujeto pasivo de los tributos⁸ e incluso pueda desarrollar una actividad económica;⁹

7. La denominada *comunidad societaria* exige precisar que no es un tipo de sociedad (ni tiene personalidad jurídica) y que, aunque realice una actividad económica, sigue siendo un mero condominio (o comunidad de bienes). Por ello, en la STS de 25 de marzo de 2009 (rec. 4608/2006), si bien se trata de una comunidad de bienes «de carácter societario», pues se compra —por los comuneros— un inmueble para afectarlo a la actividad de la misma, los adquirentes son ellos y no la comunidad de bienes (que carece de personalidad jurídica); otra cosa es que en la escritura pública de adquisición se manifieste que se adquiere —obviamente, por las personas físicas comuneras— para desarrollar una actividad económica concreta y que tiene un CIF concreto, el de la comunidad de bienes.

8. Para la siempre problemática tributación de ciertas operaciones inmobiliarias de las comunidades de bienes en operaciones societarias o en el impuesto de actos jurídicos documentados, en el orden doctrinal véase, por todos, J. CALVO VÉRGEZ, *La tributación de las operaciones inmobiliarias en la cuota gradual del impuesto sobre actos jurídicos documentados*, Madrid, Thomson Reuters Civitas, p. 254-256; y en el derecho positivo, conforme al art. 61 del Real decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (RITPYAJD), estarán sujetas a tributación las que lo estuviesen en su constitución, para lo que deberán realizar «actividades empresariales», de modo que solo tributarán por actos jurídicos documentados cuando no hayan realizado dichas «actividades empresariales» —pues, de hacerlas, se trataría de una operación societaria (OS).

9. Así, la propia Agencia Estatal de la Administración Tributaria informa: «Si un sujeto se persona ante la AEAT manifestándose como ‘comunidad de bienes’, nada obsta a la necesidad de valorar el documento que se presenta ante la AEAT como constitutivo de tal comunidad de bienes y en el que deberá figurar claramente identificada la cuota de participación que corresponde a cada uno de los comuneros sobre el bien poseído en común, la firma del documento por todos los comuneros y el objeto de la comunidad. | En caso de que no figure claramente identificado el bien poseído en común para considerarla comunidad de bienes se le otorgará el NIF “E”, subclave “otras entidades sin personalidad jurídica no comprendidos en el resto de claves”. En estos casos, en la denominación de la entidad no puede aparecer el nombre “Comunidad de bienes.....” o “... CB”. Si el solicitante del NIF quiere describir el tipo de entidad en el nombre podrá hacer constar “Entidad sin personalidad jurídica.....” u otros términos en su denominación, pero no “comunidad de bienes” o sus siglas». Además, en <http://fee.uib.cat/digitalAssets/366/366386_fiscalidad-sc-cb.marzo-2016.pdf> (consulta: 3 septiembre 2019) hay una relación específica de consultas vinculantes, para antes y después del 1 de enero de 2016, sobre las actividades que se pueden considerar «empresariales» por las comunidades de bienes (desde una óptica a un bar, o un despacho de abogados), y las respuestas a dichas consultas vinculantes.

así, podrá ser sujeto pasivo del IVA¹⁰ o dotarse de una estructura —siempre de origen convencional— al modo de las sociedades, por ejemplo nombrando apoderado a un comunero o fijando reglas para la extinción o preferencia en la adjudicación, que en sí no tienen cantidad alguna valuable ni son hechos imponderables.¹¹

3. PACTOS Y DISPOSICIONES UNILATERALES SOBRE LA INDIVISIÓN: POSIBLE RELEVANCIA DEL MOMENTO Y LA CAUSA DE LA INDIVISIÓN

En lo que concierne a la indivisión, se hace necesario distinguir el momento temporal del pacto y la condición del estipulante —de ordinario, el causante— o los estipulantes —los comuneros, sean legatarios, herederos o con otra cualidad jurídica— por ser trascendentales, pues, al imponerse imperativamente el bien indiviso, resulta que cuando pactan ya son comuneros y, por tanto, se les aplicará el artículo 392.2 CC o el 552-10.2 CCCat; cosa distinta es que el constituyente —de ordinario, el causante— constituya la comunidad de bienes y ya nazca como una *comunidad especial con un plazo concreto* (incluso superior a los diez años) de duración. Al efecto, véase la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1201/200, de 21 de diciembre de 2000.¹²

10. En concreto, la STS, Sala Contenciosa Administrativa, de 8 de febrero de 2003 (rec. 651/1998), en un litigio sobre el IVA promovido por una comunidad de bienes, ha reconocido que esta es sujeto pasivo del impuesto y, además, pone el acento en la circunstancia de que no reconocer a la comunidad de bienes el derecho a la deducción comporta desnaturalizar el impuesto, que dejaría así de ser un tributo sobre el valor añadido y se convertiría en una sanción encubierta.

11. Desde luego, puede darse el caso —quizás de tan fácil solución teórica como de difícil identificación práctica— de que estemos ante una sociedad de hecho y no propiamente una comunidad, pues si se da la *affectio societatis*, es el propio CC quien regula todos los demás elementos necesarios para que pueda hablarse de sociedad, sin necesidad de pactarse, y basta ver que su *objeto* resultará de la propia actividad que realice; su *clase o especie* (art. 1676 CC en relación con el art. 1675 CC), como criterio residual, sería la sociedad universal de ganancias (resultantes de la explotación económica del bien objeto de la comunidad o condominio); su *nacimiento* (cfr. art. 1679 CC) se da desde que los integrantes —que antes podrían ser solo condominios y ahora, además, socios— actúen como tal sociedad; su *duración* (art. 1680, con las singularidades de los art. 1700 y 1704 CC), mientras dure el negocio que sirve de base a la sociedad; las *ganancias y pérdidas*, a falta de pacto (conforme al art. 1689.1 CC); y la *facultad para obligar frente a terceros*, como mandato tácito (art. 1697.2 *in fine* CC); en suma, sería posible que lo que era un mero condominio o comunidad de bienes, por la forma de actuar de sus integrantes acabe siendo una sociedad de hecho, pues, como se acaba de ver, no requiere ningún pacto expreso al efecto, pues el propio CC ya contempla su estructura básica.

12. Esta STS 1201/2000 admite que el testador pueda fijar un plazo de indivisión que no sea el de diez años: «[...] aunque el artículo 400 del Código civil determina la validez de un pacto de indivisión limitado a los diez años, con una prórroga convencional del referido plazo, y dentro de esta ampliación, como dentro de tal contra-excepción, ha de permitirse el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto —el óbito de una persona— como es el del presente caso, y sobre todo cuando ello tiende a un fin

En esta misma línea, referida al derecho civil catalán y en el orden fiscal destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC) 29/2019, Sala Civil y Penal, de 11 de abril de 2019, en un supuesto del que resulta que tres hermanos habían aceptado terceras partes indivisas de un piso y habían convenido —conforme al artículo 20.2c de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones (LISyD)— «que seguirán manteniendo dicha vivienda durante los 5 años siguientes al fallecimiento». No obstante, antes de su transcurso, dos de los hermanos inician la acción de división de la cosa común, al amparo del artículo 552-10.1 CCCat, pero el otro hermano se opone por haberse pactado la indivisión. Ante estas alegaciones, el TSJC resuelve que, aunque la causa del pacto de indivisión fue mantener la vivienda habitual del causante en su patrimonio a los efectos de la correspondiente reducción de impuestos, ello supone un pacto de indivisión de la vivienda, por lo que no puede admitirse la alegación de los dos hermanos de que fue «una indivisión causalizada», en los términos de la STS 426/2009, y que, por tanto, desaparecido el motivo que sirvió de base, decae el negocio en su conjunto y ello posibilita la división. Esto se rechaza por haber consentido los tres expresamente y los tres deben consentir su extinción, lo que sienta como criterio jurisprudencial que estos pactos motivados por la búsqueda de un ahorro fiscal son un *pacto de indivisión* que reúne los requisitos del artículo 552-10.2 CCCat, por lo que no cabe el ejercicio de la acción de división.¹³

igualitario para todos los herederos, y para un fin de mejora económica de un rendimiento de una finca rústica, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el artículo 401 de dicho Código civil. || Pero es más, dicha posición está colateralmente admitida y establecida en la sentencia de esta sala de 12 de diciembre de 1958, en la que se plasma la existencia de una comunidad de bienes relictos impuesta por el testador, sin otra limitación que la establecida en el artículo 1051 del Código civil». Al efecto, cabe recordar, con LL. ROCA-SASTRE MONCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. IV, Barcelona, Bosch, 2000, p. 9-27, que la comunidad hereditaria, como comunidad incidental, está sujeta a las reglas de la comunidad ordinaria; en este sentido, véase la RDGRN de 16 de octubre de 1992.

13. En concreto y en lo que se refiere al consentimiento, asevera:

La Sentència d'aquest tribunal 35/2018, de 19 d'abril, es fa ressò de la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 2010, aplicable igualment a l'acció de divisió establerta en l'article 552-10.1 del CCCat, segons la qual la comunitat de béns es caracteritza per «su naturaleza incidental o transitoria, y la inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentran obligados a permanecer en la comunidad». || El pacte que reculli aquesta divisió és un acte de disposició i ha de ser exprés (la STS de 15 d'abril de 2008 admet la validesa d'un pacte d'indivisió convingut de manera verbal) i inequívoc (no és dubtós que el pacte d'indivisió d'un negoci mentre els quatre socis restin en actiu perd vigència quan un d'ells es jubila, segons que estableix la STS de 4 de juliol de 2003), quedant exclosa la seva apreciació per via deductiva a partir de fets de significació dubtosa.

4. NATURALEZA DEL ACTO EXTINTIVO: CARÁCTER DECLARATIVO Y REPERCUSIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO EN LOS DIFERENTES TRIBUTOS

Es hoy ya lugar común en la doctrina y la jurisprudencia,¹⁴ incluida la fiscal, que el acto particional no es un acto traslativo, sino de especificación, pues la transmisión (y la consiguiente tributación) ya se da del causante a los sucesores en el momento de aceptar;¹⁵ otra cosa será lo relativo a la legitimación (para aceptar o partir), subrogación real, momento de adquisición, etc. Así lo reconoce la STS, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, 381/2009, de 20 de marzo de 2019.¹⁶

No es solo en el impuesto sucesorio donde actúa la distinción (entre ser traslativo o meramente especificativo), sino también en el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana («plusvalía municipal»)¹⁷. Así, se ha afirmado que ni

14. Así, la STS 2351/2010, de 30 de abril de 2010 (rec. casación 21/2008), afirma que la división de la cosa común no es una transmisión patrimonial, sino que es, simplemente, una especificación de un derecho preexistente.

15. No conviene olvidar, aunque en este caso a la inversa, que para evitar gravosas consecuencias fiscales —por ejemplo, por razón del parentesco— el art. 427-10.3 *in fine* CCCat contempla que se consideren adquiridos directamente del causante los bienes que el legatario tenga que adquirir para el cumplimiento del legado.

16. Así, afirma:

Con otras palabras: la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comuneiro en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha —ni a efectos civiles ni a efectos fiscales— sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. [...] Tampoco, por eso mismo, esa compensación en dinero puede calificarse de «compra» de la otra cuota, sino, simplemente, de respeto a la obligada equivalencia que ha de guardarse en la división de la cosa común por fuerza de lo dispuesto en los arts. 402 y 1061 del Código civil, en relación este, también, con el 406 del mismo cuerpo legal. [...] Esta forma, pues, de salir de la comunidad es también, por tanto, concreción o materialización de un derecho abstracto en otro concreto, que no impide el efecto de posesión civilísima reconocido en el art. 450 del Código civil y no constituye, conforme ya se ha dicho, transmisión, ni a efectos civiles ni a efectos fiscales. Por lo demás, [...] su doctrina tiene un carácter eminentemente civil, pero no obstante fundamenta la inexistencia de transmisión en el derecho abstracto preexistente de los condóminos y afirma que por tanto no se producen efectos civiles ni fiscales. Empero en el orden tributario, la interpretación que debe hacerse de la sentencia, no es la de que no haya existido transmisión, sino que la misma no puede tener efectos fiscales, pues la excepción del 7.2.B del R.D.Leg. 1/1993, ha de interpretarse no como un supuesto de no sujeción, sino de sujeción en la que concurre exención, por lo que no puede gravarse como acto jurídico documentado.

17. Lo trata J. MONTORO PIZARRO, «Plusvalía municipal y extinción de condominio», accesible en: <www.notariosyregistradores.com/ACTUALIDAD%20FISCAL/articulos/2014-plusvalia-municipal-y-disolucion-de-comunidad.htm> (consulta: 4 septiembre 2019).

la «aportación» al constituirse, ni posteriormente, no está sujeta a tributación como transmisión por carecer de personalidad jurídica, y otro tanto cabe decir de su disolución, «siempre que lo percibido coincida con la porción aportada en su día».¹⁸ Ciertamente es que, en puridad, no hay tal aportación cuando nace incidentalmente, ni tampoco cuando el condominio nace convencionalmente, pues, por carecer de personalidad jurídica, no hay posible aportación a un patrimonio distinto del de los propios condominios o comuneros. Esta no sujeción —por no ser traslativa— sí puede tener al cabo del tiempo sus repercusiones fiscales; así, en caso de ruptura del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando el adjudicatario vaya a transmitir, tendrá que pagar toda la plusvalía desde que se adquirió, y no desde que se produjo la especificación o adjudicación a su favor de la mitad del otro.

La distinción es igualmente relevante en el impuesto de la renta de las personas físicas. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJPV), Sala Contenciosa Administrativa, 374/2019, de 30 de enero de 2019, precisa que en la extinción del condominio sobre un bien indivisible que se adjudica un solo comunero, que abona su parte en metálico a los demás, no hay ganancia patrimonial en impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) para estos últimos aunque aumente el valor del bien, solución coherente con la regla de que no hay nueva adquisición, ni adquisición de una cosa distinta a la que ya se ostentaba, sino mera adjudicación para llenar la cuota abstracta que ya se tenía.

5. BASE IMPONIBLE PARA LA TRIBUTACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS: LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

Donde sí se ha producido un vuelco jurisprudencial radical es en la determinación de la base imponible cuando se extingue el condominio o la comunidad de bienes: ahora ya no es el valor total del bien o los bienes sobre los que se extingue la comunidad o el condominio, sino únicamente el valor de la cuota que se adquiere. Al efecto —reafirmando la jurisprudencia previa y que después se vuelve a reiterar—,¹⁹ la

18. Así, F. CASANA MERINO, *El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 93, recoge la STS de 22 de noviembre de 1989 (Aranzadi, núm. 7697) para poner de relieve que «la adjudicación extintiva de la comunidad de bienes no es un acto genuinamente traslativo, ya que no hay verdadera transmisión de un derecho preexistente en que una persona sucede a otra [ya en su caso se habrá sucedido si ha nacido por vía hereditaria, y de ahí que sí esté sujeta ésta], participando más bien de la naturaleza del acto declarativo de fijación, dando certeza o concreción a la situación de cada titular».

19. En concreto, previamente, la STS, Sala Tercera, 1484/2018, de 9 de octubre de 2018 (rec. 4625/2017), y después, la STS, Sala Tercera, de 26 de marzo de 2019 (rec. 5070/2017).

STS, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, 377/2019, de 20 de marzo de 2019 —para una comunidad de origen voluntario y no hereditario—, afirma:

La cuestión cuyo esclarecimiento nos encomienda el auto de admisión es la de «[...] Determinar si, en relación con la extinción del condominio sobre determinado bien inmueble, la base imponible del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, modalidad actos jurídicos documentados, se corresponde con el valor total de dicho bien o si, por el contrario, coincide con el valor del referido inmueble en la parte correspondiente al comunero cuya participación desaparece en virtud de tal operación [...]». || La respuesta que hemos de ofrecer, en atención a todo lo expuesto y, fundamentalmente, en consideración a la jurisprudencia establecida por esta Sala [...], es que la extinción del condominio —en este caso, como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales—, con adjudicación a uno de los cónyuges comuneros de un bien indivisible física o jurídicamente, cuando previamente ya poseía un derecho sobre aquél derivado de la existencia de la comunidad en que participaba, puede ser objeto de gravamen bajo la modalidad de actos jurídicos documentados, cuando se documenta bajo la forma de escritura notarial, siendo su base imponible la parte en el valor del referido inmueble correspondiente al comunero cuya participación desaparece en virtud de tal operación y, en este asunto, del 50 por 100 del valor del bien, como declaró el TEAR de la Comunidad Valenciana, en criterio ratificado por la Sala de instancia.

6. EXTINCIÓN EN UN SOLO ACTO DEL CONDOMINIO (ORIGINADO POR DIVERSOS TÍTULOS ADQUISITIVOS) O MEDIANTE ACTOS DIVERSOS Y SUCESIVOS

Otras cuestiones problemáticas también resueltas son las concernientes a si tiene que haber tantas comunidades como causas —onerosas o gratuitas, *inter vivos* o *mortis causa*, o incluso por razón de la fecha de adquisición— de adquisición haya.²⁰

20. Así y para un supuesto de diversos títulos de adquisición, la STS, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, 735/2019, de 30 de mayo de 2019, precisa que los hermanos no han recibido un exceso de adjudicación, pues cada uno de ellos ostenta «con carácter privativo un 25% pro indiviso de tres fincas urbanas en Madrid, valoradas en 130.143 euros, 159.708 euros y 29.565 euros. Su título de propiedad derivaba de la adjudicación por herencia por fallecimiento de su padre en el año 1996, acuerdo transaccional entre los herederos de 11 de julio de 2013, homologado judicialmente por auto de 16 de julio de 2013. Y por escritura pública de 30 de diciembre de 2014 otorgada por todos ellos, se estipula la permuta de participaciones indivisas de finca, adquiriendo Doña Otilia y Doña Patricia una cuarta parte indivisa de las fincas NUM000 y NUM001, por un importe total de 39.927 euros (de modo que quedan como titulares cada una de la mitad de las fincas NUM000 y NUM001), y Rodolfo y D. Federico adquieren cada uno

Y, por otra parte, concretar si es transmisión de cuota onerosa o extinción parcial de la comunidad. Así, en el orden civil catalán —sobre si hay extinción o transmisión de cuota— interesa la Resolución JUS/1855/2016, de 21 de junio, en la que se suspende la inscripción por la incongruencia de la causa material de adquisición, que no es la de adjudicación por extinción de comunidad, sino la de venta de una cuota indivisa a los otros comuneros, lo que desnaturalizaría la causa onerosa de la adquisición y esto a su vez redundaría en el carácter de tercero hipotecario de un posible subadquirente a los efectos del artículo 34 de la Ley hipotecaria de 8 de febrero de 1946. No obstante, se resuelve, conforme a los artículos 551-1, 552-1 y 552-9 CCCat, que:

[...] la voluntad unánime de los comuneros, unida al principio de libertad civil, posibilita que sea admisible una disolución parcial de la comunidad como la operada en el presente caso. Esta disolución parcial conlleva un cambio interno en la distribución de cuotas por el acrecimiento a favor de los demás copropietarios, del mismo modo que ocurre con la renuncia abdicativa o traslativa o la disposición onerosa o gratuita de cuota a favor de un comunero o de tercera persona. Por ello, estos supuestos pueden calificarse de disoluciones impropias de comunidad, que desde el punto de vista normativo se prevén en el artículo 464-6.3 del Código civil catalán. Aunque estima que hubiera sido más correcto denominar este negocio como «cesión onerosa de cuota» no considera necesario el otorgamiento de nueva escritura por el citado principio de libertad civil y la proporcionalidad en la actuación de los funcionarios públicos. Admitida, pues, la operatividad del negocio jurídico de extinción, la causa del presente caso es onerosa por existir una compensación en metálico, lo que elimina el obstáculo de la aplicabilidad del artículo 34 de la Ley hipotecaria y además habían transcurrido más de los dos años de suspensión de la fe pública establecidos por el artículo 28 de la Ley hipotecaria.

una cuarta parte indivisa de la finca NUM003 por un importe de 39.927 euros (de modo que quedan como titulares cada uno de la mitad de esta finca NUM003). En consecuencia, no existe exceso de adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 7 [Operaciones sujetas] de la Ley del ITP 1. Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. Y de conformidad con su apartado 2 se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código Civil. || De ello se deduce que para que se dé la sujeción al ITP por exceso en la adjudicación es presupuesto ineludible la existencia de ese exceso, esto es que alguno de los adjudicatarios en la extinción de la comunidad haya obtenido una ventaja o exceso de adjudicación sobre la que en principio le correspondía con arreglo a su título. || Y este presupuesto en el presente caso no se da».

7. NECESIDAD DE GUARDAR PROPORCIONALIDAD EN LAS ADJUDICACIONES Y DETERMINACIÓN DEL EXCESO DE ADJUDICACIÓN

Ha sido cuestión constante de discusión doctrinal, y jurisprudencial, si la compensación en metálico cuando se adjudican uno o varios bienes indivisibles con compensación en metálico es o no exceso de adjudicación, y si la solución puede ser o no la misma cuando la compensación no cae en los supuestos amparados por los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 CC, siempre que, además, se aplique a una división de herencia, pues si no fuese así, como no lo es cuando se trata de la disolución de una comunidad *inter vivos*, sí tributaría. Actualmente, tras la STS, Sala Primera, de 28 de junio de 1999, y la STS, Sala Tercera, de 30 de abril de 2009, no puede mantenerse la distinción entre *inter vivos* y *mortis causa*, dado que tanto en el orden fiscal como en el civil la partición no es un acto traslativo, sino una mera especificación del derecho o la cuota abstracta preexistente. Otros argumentos son la propia dicción de los artículos 404 y 406 CC (en su relación con el art. 1062.1 CC) y la aplicabilidad a las comunidades *inter vivos* también del mismo criterio, por lo que la obligación de compensar a los otros en metálico no es un «exceso de adjudicación», sino la mera consecuencia de la indivisibilidad. Por otra parte, no puede rebatirse que no se cite, por el artículo 7.2b del texto refundido del Reglamento del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (TRLITPYAJD), precepto alguno regulador de las comunidades voluntarias, sino solo de las hereditarias.²¹

En todo caso, lo que no cabrá, pues sí implicaría exceso de adjudicación, es que se adjudiquen a uno todos los inmuebles y se compense a los otros en metálico, pues siempre se tiene que guardar la proporcionalidad (*vid.*, al efecto, la STS, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, 382/2019, de 20 de marzo de 2019, y también la STS de 9 de julio de 2019 [Roj. 2490/2019], para considerar que no hay exceso de adjudicación, por lo que tributa por AJD y únicamente como base imponible por el valor de los derechos salientes, cuando al extinguirse el condominio un matrimonio que titulaba una cuota indivisa del 50 % con carácter ganancial compensa con dinero a los otros comuneros y a la usufructuaria).

21. Para mayores precisiones, véase la STS, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Segunda, 381/2019, de 20 de marzo de 2019, y, además, la STS de 26 de marzo de 2019 (Roj. 1058/2019), que resuelve que queda sujeta al IAJD la extinción del condominio de un bien indivisible que pertenece una mitad indivisa a un comunero y la otra mitad indivisa a un matrimonio contraído bajo el régimen ganancial, con adjudicación íntegra del mismo al matrimonio y compensación en metálico al otro comunero; o la STS de 30 de mayo de 2019 (Roj. 1824/2019), que también considera sujeta al IAJD la extinción del condominio de varias fincas en que los condominios se adjudican unos unas fincas por mitades indivisas y otros, a su vez, otras fincas por mitades indivisas, respetándose la proporcionalidad respecto a los haberes en la comunidad inicial.

EL MALTRACTAMENT PSICOLÒGIC COM A CAUSA DE DESHERETAMENT

Joan-Maria Raduà Hostench
Advocat

El maltractament psicològic en l'àmbit familiar, especialment quan afecta la gent gran, és una xacra que afecta greument la salut i la dignitat de les persones que el pateixen. Una de les mesures per a lluitar contra aquesta conducta és privar de drets hereditaris els maltractadors. Amb aquesta finalitat, en la sessió del Govern de la Generalitat del 16 de juliol de 2019 es va aprovar la memòria preliminar de l'Avantprojecte de llei d'actualització del Codi civil de Catalunya (CCCat). Entre altres reformes que es proposen en aquesta memòria, en figura una de relativa a la protecció de les víctimes de maltractament psicològic amb la previsió que puguin desheretar els seus legítimaris que els hagin maltractat psicològicament.

Aquesta memòria preliminar considera que no sempre les interpretacions que s'han fet de la norma actual han inclòs dintre dels maltractaments els que tenen caràcter psicològic. Per a esvair aquests dubtes, proposa modificar la lletra c de l'apartat 2 de l'article 451-17 CCCat per a especificar de manera expressa que el maltractament psicològic també és una causa de desheretament.

Aquesta proposta de reforma legal ha estat recollida per la premsa com si per primera vegada es pogués desheretar en casos de maltractament psicològic,¹ cosa que no és certa perquè els nostres tribunals fa anys que consideren que el maltractament psicològic és motiu per a justificar un desheretament.

De fet —com succeeix moltes vegades—, els tribunals, a l'hora d'aplicar la llei, han hagut de fer-ne una lectura adaptada a les necessitats i sensibilitats del moment.

Recordem que el vigent article 451-17.2 CCCat estableix de manera tancada i taxada les causes de desheretament, entre les quals figura: «c) el maltractament greu al testador, al seu cònjuge o convivent en parella estable, o als ascendents o descendents del testador». El precedent d'aquest article el trobem en l'article 370.3 del Codi

1. Així, per exemple, les notícies publicades, entre d'altres, a *La Vanguardia* el 28 de juny de 2019 amb la capçalera «El maltrato psicológico será motivo para desheredar» o a *El Periódico* el 3 de maig de 2019 amb el títol «Los catalanes que sufran maltrato psicológico de sus hijos podrán desheredarlos», es feien ressò de les propostes de modificació del Codi civil de Catalunya.

de successions (CS), que indicava com a causa de desheretament «haver maltractat d'obra o injuriat, greument en ambdós casos, el testador o el seu cònjuge».

Si comparem els dos textos legals, observem que en la regulació vigent actualment desapareix la menció que el maltractament sigui «d'obra», així com la «injúria», i que ara l'apartat c de l'article 451-17.2 CCCat declara com a motiu del desheretament simplement el maltractament. Un maltractament, això sí, que, igual que en el Codi de successions, ha de ser greu.² D'altra banda, en l'article 451-17.2c CCCat augmenten les persones que són víctimes del maltractament i poden donar lloc al desheretament, ja que ara s'amplien els subjectes passius del maltractament a la parella estable, als ascendents i als descendents del testador.

Ja mentre era vigent el Codi de successions s'havia plantejat si el maltractament emocional o psicològic tenia cabuda dintre del maltractament d'obra o les injúries —ambdós greus— de l'article 370.3 CS per a justificar un desheretament. Algunes veus —si bé minoritàries— defensaven que no era possible subsumir-ho perquè consideraven que les causes de desheretament eren taxades i interpretaven que el maltractament d'obra era sols de tipus físic i no es podia equiparar el maltractament físic amb el psicològic. No obstant això, la doctrina i les sentències de les audiències catalanes —si bé algunes no parlaven de manera expressa de maltractament emocional o psicològic— sí que van anar considerant que el maltractament psicològic era una manifestació del maltractament d'obra. Així, en trobem precedents, entre d'altres, en la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Barcelona de 4 de maig de 2006, que va validar el desheretament en un cas en què una filla no va ensenyar al seu pare el net acabat de néixer, conducta que va ser considerada com un maltractament d'obra.³ Igualment, en el supòsit enjudiciat per la SAP de Barcelona de 4 de febrer de 2013⁴ es va considerar que es produïa maltractament quan el causant va ser expulsat de casa pel legitimari. La SAP de Tarragona, Secció Primera, de 5 de juliol de 2017, també va equiparar l'abandó emocional amb el maltractament de l'article 370.3 CS.⁵

2. L'actual article 451-17.2c CCCat no exigeix tampoc que el maltractament sigui habitual o continuat, sols cal que sigui greu. En aquest sentit s'ha manifestat la jurisprudència, com, per exemple, la SAP de Barcelona, Secció Setzena, de 31 de gener de 2019 (ROJ SAP B 509/2019), que afirma: «g) Finalmente, y en todo caso, el artículo 451-17.2c) se refiere al maltrato grave, y no menciona que, a los efectos de configurar la causa de desheredación, haya de tratarse de un maltrato habitual, continuado o persistente».

3. SAP de Barcelona, Secció Setzena, de 4 de maig de 2006 (ROJ SAP B 5473/2006), que va considerar ajustat el desheretament per insults i maltractaments d'obra, com seria el cas de la filla desheretada que no va ensenyar al seu pare el net acabat de néixer, o l'ús envers el pare d'expressions com «no us estimo» o «no sou família meva».

4. SAP de Barcelona, Secció Dissetena, de 4 de febrer de 2013 (ROJ SAP B 2786/2013).

5. SAP de Tarragona, Secció Primera, de 5 de juliol de 2017 (ROJ SAP T 815/2017), en la qual l'Audiència considera que s'ha produït un abandó emocional quan els fills s'han desentès del pare malalt durant anys i admet que això justifica el desheretament pel motiu tercer de l'article 370 CS. Al meu entendre, el

Finalment, va haver de ser el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya qui amb dues sentències de 28 de maig de 2015 i de 2 de febrer de 2017 —que es feien ressò de la jurisprudència del Tribunal Suprem recollida en les sentències de 3 de juny de 2014 i de 30 de gener de 2015, atesa la identitat entre els articles 370.3 CS i 853.2 del Codi civil espanyol— va fixar la jurisprudència respecte a aquesta qüestió tot proclamant que el maltractament psicològic tenia cabuda dintre del maltractament d'obra de l'article 370.3 CS.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) de 28 de maig de 2015 va afirmar que «[a] los efectos anunciados, estamos de acuerdo con el TS, por un lado, en que los malos tratos o injurias graves de palabra, como causas justificadas de desheredación y de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una “interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”, y, por otro lado, en que en la actualidad, el maltrato psicológico, como “acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación».⁶

També en la Sentència de 2 de febrer de 2017, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya va considerar ajustat al dret el desheretament per maltractament psicològic d'un net en l'herència de l'àvia quan s'havia desentès del seu avi i de la seva àvia malalts.⁷ De fet, aquesta sentència exemplifica algunes conductes que tenen encaix dintre del maltractament d'obra, com ara l'abandonament emocional, la violència verbal, les amenaces o el xantatge afectiu, entre altres actuacions que poden provocar una afectació a la salut mental del testador. Així, afirma que «el maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos, siendo ejemplos de este tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personas del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que

supòsit de fet descrit en l'actualitat tindria millor encaix en el supòsit de manca de relació continuada amb el causant per una causa imputable al legitimari, previst en la lletra e de l'article 451-17.2 CCCat.

6. STSJC de 28 de maig de 2015 (STSJ CAT 5193/2015).

7. En aquesta sentència s'afirma que «la incuria asistencial y emocional, en sus últimos años de vida, en los que precisamente se necesita la comprensión, auxilio y ayuda de los familiares directos, en el entorno de un pueblo pequeño y rural en el que los abuelos y el nieto vivían, es susceptible de causar menoscabo psicológico» (STSJC de 2 de febrer de 2017; ROJ STSJ CAT 494/2017). De fet, en aquest cas la testadora, a l'empara de l'antic article 370 CS, va adduir com a causa de desheretament el maltractament d'obra recollit en el número 3 de l'article citat i avui podria tenir encaix també en el nou supòsit de desheretament basat en l'absència manifesta i continuada de relació familiar amb el causant (en aquest cas, l'àvia testadora) per una causa imputable exclusivament al legitimari.

no sea físico, siempre que los actos tengan suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece».

Aquestes dues sentències apliquen per raons temporals l'article 370.3 CS tot considerant que el maltractament psicològic o emocional encaixa dintre de la conducta d'«[h]aver maltractat d'obra o injuriat» —en ambdós casos, greument— descrita en aquest article. Per a fer-ho, com hem vist, fan una interpretació del concepte de *maltractament d'obra* adaptada als temps actuals.

Arran de la nova legislació successòria introduïda amb l'entrada en vigor del llibre quart del Codi civil de Catalunya i de la desaparició de la lletra *c* de l'article 451-17.2 de la menció que el maltractament sigui «d'obra» o s'hagi injuriat, s'ha plantejat el dubte de si la nova redacció és prou clara sobre la inclusió o no del maltractament psicològic en el maltractament previst en aquest article.

Al nostre entendre, la redacció de la lletra *c* de l'article 451-17.2 CCCat és millor que la de l'anterior article 370.3 CS, ja que ara desapareixen la menció que el maltractament sigui «d'obra» i la de la injúria, i ara n'hi ha prou que s'hagi produït un maltractament (que ha de continuar essent greu). D'aquesta manera, es pot considerar que tota classe de maltractament, o, més ben dit, tota manifestació de maltractament greu, por donar lloc al desheretament.

En aquest sentit, cal tenir present que si la jurisprudència del mateix Tribunal Superior de Justícia de Catalunya considerava que dintre del maltractament d'obra de l'anterior article 370.3 CS ja hi entrava el maltractament de tipus psicològic o emocional, ara amb més motiu té cabuda en l'actual lletra *c* de l'article 451-17.2 CCCat, que simplement parla de maltractament greu. De fet, les dues sentències citades anteriorment del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 28 de maig de 2015 i de 2 de febrer de 2017, tot i resoldre el cas aplicant l'article 370.3 CS, es fan ressò del nou apartat *c* de l'article 451-17.2 CCCat i, concretament, manifesten per a reforçar el seu argument que fins i tot en el nou text legal «se suprime que el maltrato deba ser de obra».

També la posterior STSJC de 8 de gener de 2018 —tot i que resol un tema de desheretament per manca de relació familiar, propi del supòsit de la lletra *e* del mateix article— es fa ressò de la seva anterior Sentència de 2 de febrer de 2017 i considera el maltractament psicològic manifestat en l'abandó assistencial i emocional com a motiu que justifica el desheretament del net per part de la seva àvia testadora. És més, aquesta nova sentència manifesta expressament que el cas enjudiciat per la Sentència de 2 de febrer de 2017 «es mou en una zona fronterera entre la simple manca de relació entre parents i el maltractament psicològic en què pot derivar en determinades circumstàncies l'absència de relació familiar».⁸

8. STSJC de 8 de gener de 2018 (ROJ STSJ CAT 9/2018).

Igualment, les sentències de les audiències catalanes, en aplicar l'actual article 451-17.2c CCCat, hi inclouen el maltractament psicològic o emocional. Així, a tall d'exemple podem esmentar les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona de 19 de juny de 2018⁹ i de 28 de juny de 2018.¹⁰

Per tot el que s'ha exposat, considerem que si sota la vigència de l'article 370.3 CS la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ja havia considerat que dintre del maltractament d'obra tenien cabuda situacions de maltractament psicològic, amb més motiu en la nova redacció continguda en la lletra c de l'article 451-17-2 CCCat —en la qual desapareix la menció que el maltractament sigui d'obra— resulta encara més clar que qualsevol tipus de maltractament és causa de desheretament, i així ho ha entès la jurisprudència esmentada. De fet, la redacció de l'anterior article 370.3 CS era més confusa, amb l'expressió «d'obra». Ara no cal que el maltractament sigui «d'obra», senzillament es dona cabuda a tot tipus de maltractament.

De tota manera, per a apaivagar qualsevol mena de dubte i reforçar la lluita contra el maltractament psicològic, seria positiu que de manera expressa es ratifiqués legalment el que ja fan els tribunals en interpretar i aplicar aquest article i, per tant, seria oportú que dintre de tota la reforma legal que es proposa es fes menció expressa del maltractament de tipus psicològic com a motiu per a desheretar. Una proposta en aquest sentit podria ser donar una nova redacció a l'apartat c de l'article 451-17.2 CCCat que digués que és causa de desheretament: «c) El maltractament físic o psicològic, en ambdós casos greu, al testador, al seu cònjuge o convivent en parella estable, o als ascendents o descendents del testador».

Lògicament, correspondrà als tribunals examinar en cada cas concret si es dona el maltractament —físic o psicològic— greu per a justificar el desheretament adduït pel causant en el supòsit que aquest sigui impugnat pel legitimari.

9. «Los insultos que el Sr. C. con habitualidad dirigía a su madre, tal como denunció y el hijo reconoció, y que obligaron a la madre, de 93 años, a abandonar su propio domicilio, deben considerarse necesariamente integrantes del maltrato grave previsto en el artículo 451-17.2 CCC. Hubo por parte del demandante, un maltrato psíquico reiterado contra su madre y una conducta de menosprecio hacia ella, del todo incompatibles con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación» (SAP de Barcelona, Secció Setzena, de 19 de juny de 2018; ROJ SAP B 6165/2018).

10. En aquesta sentència, l'Audiència, tot i que declara que el desheretament és injust perquè considera que no van existir injúries contra el causant, manifesta que «de lo expuesto resulta que la causa de desheredación es la del maltrato grave al testador, no requiriendo el actual Código civil de Cataluña que se trate de un maltrato de obra», continua afirmant que, segons la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, el maltractament psicològic és una forma de maltractament d'obra (SAP de Barcelona, Secció Dissetena, de 28 de juny de 2018; ROJ SAP B 6724/2018).

MISCEL·LÀNIA

PROCESOS DE EJECUCIÓN DIRECTA DE HIPOTECAS POR CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2019

El pasado 13 de junio de 2019 se dieron cita en el Decanato de los Registradores de Cataluña: Fernando Pantaleón Prieto, catedrático de derecho civil y abogado en Uría Menéndez; José María Fernández Seijo, magistrado de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona; Jesús M. Sánchez García, secretario de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, y Javier Gutiérrez Hidalgo de Caviedes, director del Área Contenciosa de la Asesoría Jurídica de Caixabank. Dicho encuentro se organizó con el fin de analizar e intercambiar opiniones sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 26 de marzo de 2019, relativa a la ejecución judicial directa de hipotecas por cláusulas de vencimiento anticipado, sentencia con la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece abrir un nuevo capítulo en lo que se refiere a la abusividad de este tipo de cláusulas.

1. DESCRIPCIÓN CONTEXTUAL: ¿POR QUÉ LLEGA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL?

En el contexto del derecho español, el problema sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo viene de tiempo atrás. En un primer momento, «el TS [Tribunal Supremo] había entendido, tras una sentencia que declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado del año 1999,¹ que los pactos que preveían el vencimiento anticipado por impago de varias cuotas eran válidos».^{2,3} Lo anterior tuvo lugar en el contexto de un contrato negociado. Pero dicho tribunal entendió que esta misma reflexión debía tener sus matices en el contexto de contratos

1. Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia de 27 de marzo de 1999; resolución número 265/1999; magistrado ponente: José Menéndez Hernández.

2. Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia de 9 de marzo del 2001; resolución número 219/2001; magistrado ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández.

3. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho*, 10 de febrero de 2017. Disponible en línea en: <<https://almacenderecho.org/supremo-plantia-una-cuestion-prejudicial-al-tjue-clausulas-vencimiento-anticipado/>> (consulta: 4 julio 2019).

predispuestos o de adhesión. Fue así como, ante los casos en los que los bancos contemplaban la activación del vencimiento anticipado ante cualquier tipo de incumplimiento, determinó que esas cláusulas, al ser comparadas con el contenido del artículo 1129 del Código civil (CC) español, así como con el artículo 1124 CC, resultaban abusivas y, por lo tanto, nulas.⁴ Como consecuencia del análisis anterior y del mandato expreso del TJUE al juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula predispuesta con independencia del tipo de procedimiento —declarativo, ejecutivo o monitorio—,⁵ «los jueces empezaron a declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado sistemáticamente cuando se incluían en condiciones generales y el adherente era un consumidor».⁶ Ello trajo como consecuencia que el juez tuviera que «tener por no puesta la cláusula de vencimiento anticipado y entender que el prestamista no podía en ningún caso dar por vencido anticipadamente el crédito».⁷ Esto fue acentuado por la imposibilidad del juez de hacer subsistir la cláusula viciada modificándola conforme al derecho.⁸

Lo anterior tenía dos consecuencias: la primera era que el prestamista solo podría ir ejecutando por las cantidades vencidas y no pagadas, pero tanto la garantía como el préstamo se mantendrían en vigor hasta la terminación prevista en el propio contrato; la segunda era que, al declararse la nulidad de la cláusula, el prestamista carecía de un título ejecutivo, por lo que los jueces debían desestimar la demanda de ejecución.

Es en ese marco que se dicta la Sentencia de 23 de diciembre de 2015,⁹ en la que el TS consideró que en el escenario anterior los juzgados entrarían en caos, pues todas las ejecuciones de estos préstamos se tendrían que tramitar como procedimientos declarativos, y llegó a la conclusión de que «los jueces deberían proceder a la ejecución siempre y cuando el ejecutante no hubiera basado su ejecución en la cláusula abusiva, sino que lo hubiera hecho tras haber incumplido el deudor sus obligaciones de pago de manera grave, continuada y significativa».¹⁰

Para llegar a la determinación anterior, el TS tuvo que permitir la aplicación supletoria del derecho español, en particular las normas contenidas en los artículos 681 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) sobre ejecución hipotecaria, y justificó tal aplicación con la facultad excepcional que la jurisprudencia¹¹ del TJUE ha

4. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea».

5. TJUE, Sentencia de 14 de junio de 2012; asunto: C-618/10.

6. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea».

7. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea».

8. TJUE, Sentencia de 14 de junio de 2012.

9. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015; resolución número 705/2015; magistrado ponente: Pedro José Vela Torres.

10. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

11. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014; asunto: C-26/13: «En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la

otorgado al juez de «sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional, [si con ello se logra] restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato» y siempre que «la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».¹²

Específicamente, el TS consideró que en el caso de cláusulas de vencimiento anticipado se está ante esa excepción, puesto que al consumidor se le cierra el acceso al proceso de ejecución hipotecaria «incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor [...]», lo que «puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo [...] de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato».¹³ Además de lo anterior, el TS también resaltó lo «inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual, con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real».¹⁴

Frente a si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado comporta la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, el TS no se refiere a ello de manera directa y su argumento central es la inviabilidad para las partes de que dicho contrato subsista sin esa cláusula en los términos antes descritos.

En síntesis, según lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de diciembre de 2015, los jueces deberán examinar si el consumidor ha dejado de pagar una parte suficientemente grande de la deuda hipotecaria que pueda considerarse un incumplimiento grave y, si es así, deberán seguir adelante con la ejecución aunque la cláusula de vencimiento anticipado sea nula.¹⁵ Por el contrario, si las cuotas impa-

Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas [...]. En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse».

12. Jesús ALFARO, «Consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva», *Almacén de Derecho*, 22 de enero de 2016. Disponible en línea en: <<https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-abusiva/>> (consulta: 4 julio 2019).

13. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

14. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

15. Jesús ALFARO, «Consecuencias de la nulidad».

gadas no pueden considerarse un incumplimiento grave, el juez deberá desestimar la demanda ejecutiva.

Es sobre esa facultad que el TS quiere establecer su compatibilidad con el derecho europeo, pues aparentemente dicha facultad podría ir en contra, por un lado, de la prohibición de integración del contrato por parte del juez nacional decantada por la jurisprudencia del TJUE y, por otro lado, del efecto disuasorio por el que aboga la Directiva 93/13/CEE.

Es en el contexto anterior que llega el Auto de 8 de febrero de 2017, en el que el TS se dirige al TJUE y pone sobre la mesa, a modo de cuestión prejudicial, la problemática antes descrita.

2. CUESTIONES PREJUDICIALES

Se recurrió al TJUE en el marco de la resolución de un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 14 de mayo de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra,¹⁶ en el que el prestatario alegaba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. En particular, el litigio tuvo su origen en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria de cien mil euros a treinta años suscrito el 30 de mayo de 2008; contrato cuya cláusula 6 bis establecía, precisamente, su vencimiento anticipado. Dicha cláusula tenía como particularidades: primero, la facultad de la entidad bancaria de dar por vencido sin previo aviso el contrato de préstamo; segundo, que ese vencimiento se ejercía para la totalidad de la deuda, esto es, cuotas vencidas y cuotas pendientes de vencer, y, tercero, que el vencimiento del préstamo en los términos anteriores procedía ante cualquier incumplimiento, incluso el de una sola cuota.¹⁷

En ese contexto, el TS plantea las dos preguntas prejudiciales siguientes: la primera es si cuando la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario es declarada abusiva, esta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva;¹⁸ la segunda cuestión, en caso de contestarse negativamente a la primera, es si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento

16. Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia de 14 de mayo de 2014; resolución número 175/2014; recurso número 220/2014; magistrado ponente: Manuel Almenar Belenguer.

17. Se aclara que la cuestión que llega al TJUE se acumula con el asunto C-179/79, que no proviene del TS, sino del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona y en el marco de una demanda de ejecución hipotecaria iniciada por el prestamista. En ese proceso, la cláusula motivo de análisis es casi idéntica a la del proceso llevado por el TS.

18. TS, Auto de 8 de febrero de 2017; recurso de casación número 220/2014; magistrado ponente: Pedro José Vela Torres.

anticipado, que «el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de la cláusula anulada puede, en cualquier caso, seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de derecho nacional, bajo la premisa de que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores».¹⁹ Esta última pregunta recoge la regla jurídica establecida en la STS²⁰ de 23 de diciembre de 2015.

3. RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Lo primero que deja claro el TJUE en su respuesta es que «incumbe al juez nacional [...] determinar si dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de la buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por la Directiva 93/13/CEE». A ello añade, haciendo referencia a los hechos del caso, que «las cláusulas controvertidas en los litigios principales [...] deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad», por lo que «los órganos jurisdiccionales remitentes [deben] abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello».²¹

Ahora, frente a los efectos de la ineficacia de la cláusula de vencimiento anticipado, que es sobre lo que en realidad versan las cuestiones prejudiciales, como premisa básica de todo el análisis el TJUE establece que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula».²² Entonces, frente a la primera cuestión prejudicial, la pregunta que se hace el TJUE es si la supresión del apartado de la cláusula que es abusivo implica la modificación de la cláusula, a lo que responde que, en efecto, «[...] la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas [...] equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando su esencia». Y concluye que «no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues [...] se menoscabaría directamente el efecto disuasorio»²³ [...]

19. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 48; asuntos acumulados: C-70/17 y C-179/17. 20. STS.

21. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartados 50, 51 y 52.

22. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 53 y, reiterando la Sentencia de 14 de junio de 2012, apartado 73 y, reiterando la Sentencia de 30 de abril de 2014, apartado 77.

23. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 55.

que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores».²⁴

En lo que respecta a la segunda cuestión, el TJUE empieza diciendo que no es lo mismo suprimir que sustituir, pues esta última facultad se permite «en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad».²⁵ Lo anterior reitera la jurisprudencia de ese mismo tribunal establecida en la Sentencia de 30 de abril de 2014.²⁶ Como complemento, el TJUE menciona que, para el caso de contratos de préstamo hipotecario, «la anulación [del contrato] tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca».²⁷

Sin embargo, el TJUE no llega a afirmar que la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de crédito es esencial, sino que simplemente se dedica a plantear que «[i]ncumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de derecho interno y adoptando un enfoque objetivo,²⁸ si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir».²⁹

Pero, ¿qué es un *enfoque objetivo*? El apartado 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 remite a la Sentencia de 15 de marzo de 2012, en la que ese mismo tribunal menciona que «[p]or lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, [...] tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, [...] 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».³⁰

Lo anterior lleva a la conclusión que el equilibrio contractual por el que propende el análisis de la esencialidad desde el nombrado *enfoque objetivo* debe considerar, además de los intereses del consumidor —prestatario—, los intereses del prestamis-

24. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 54.

25. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 56 y, reiterando la Sentencia de 30 de abril de 2014, apartados 80, 83 y 84.

26. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

27. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

28. TJUE, Sentencia de 15 de marzo de 2012, apartado 32; asunto: C-453/10.

29. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 60.

30. TJUE, Sentencia de 15 de marzo de 2012.

ta.³¹ Entonces, será bajo ese parámetro que el juez español deberá determinar la esencialidad o no de la cláusula y, acto seguido, tomar la decisión de continuar o no con el proceso de ejecución hipotecaria.

4. MESA REDONDA DEL 13 DE JUNIO DE 2019: LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DIRECTA DE HIPOTECAS POR CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2019

El primer ponente en exponer su análisis fue Jesús M. Sánchez García, quien situó la Sentencia en el contexto nacional y señaló los puntos álgidos del debate. Luego lo hizo Javier Gutiérrez Hidalgo de Caviedes, encargado de describir cómo los prestamistas han venido operando frente al incumplimiento de los contratos de préstamo hipotecario por parte de los consumidores. En tercer lugar intervino José María Fernández Seijo, que cuestionó la incidencia real de la STJUE de 26 de marzo de 2019 en los problemas que existen en la actualidad dentro del proceso hipotecario en España. Por último realizó su intervención el catedrático Fernando Pantaleón Prieto, que explicó por qué dicha sentencia significa un cambio en la jurisprudencia del TJUE.

En esta última intervención, Fernando Pantaleón Prieto resaltó que toda la discusión referida a las cláusulas de vencimiento anticipado se hubiera podido superar de haberse permitido la aplicación retroactiva del artículo 24 de la Ley 5/2019, relativa a contratos de crédito inmobiliario. Pero tal solución, que considera que hubiera sido la más sensata y menos traumática para el sistema, no fue permitida por esa misma Ley, que en la segunda parte del número 4 de la disposición transitoria primera la excluyó al establecer que «[p]ara los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. *Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no*» (la cursiva es nuestra).

Menciona el ponente que, de hecho, fueron los efectos en los contratos de préstamo cuyo vencimiento anticipado se produjo antes de la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley 5/2019, el motivo de la cuestión prejudicial del TS en el Auto de 8 de febrero de 2017, por lo que, bajo ese escenario, queda en manos del TJUE y, posteriormente, de la aplicación que de esa regla haga el TS, así como las audiencias provin-

31. TJUE, Sentencia de 15 de marzo de 2012, apartado 33.

ciales y los jueces de primera instancia, la suerte de los contratos que por disposición legal se escapan de la regulación del nombrado artículo 24.

Dicho esto, el ponente empieza delimitando su exposición en tres puntos y señala que será sobre el último que centrará su intervención. En primer lugar, resalta que el TJUE confirma el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado en la que con un solo impago se active dicho vencimiento. En segundo lugar, menciona que el TJUE confirma que el juez nacional no puede modificar una cláusula abusiva para volverla conforme al derecho, pues se estaría alterando el efecto disuasorio que promueve la Directiva 93/13/CEE. Finalmente, califica la STJUE de 26 de marzo de 2019 como un cambio en la jurisprudencia de dicho Tribunal, en particular un cambio en la regla jurídica establecida en la Sentencia de 30 de abril de 2014 —caso Kásler.³²

Pantaleón Prieto menciona que en la sentencia del caso Kásler el TJUE plantea como regla general que «[l]as lagunas contractuales causadas por el hecho de tener por no puestas condiciones generales de la contratación abusivas no pueden ser cubiertas o integradas con disposiciones supletorias del derecho nacional». Y, como excepción a esa regla, los casos en que «el perjudicado por esa falta de integración acabe siendo el propio consumidor; básicamente porque, sin ella, el juez se viese obligado a anular el contrato en su totalidad, quedando así expuesto el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización: por lo que a los préstamos hipotecarios respecta, al hacerse inmediatamente exigible al consumidor prestatario el pago total del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor».^{33,34}

Acto seguido, señala que, de aplicarse la doctrina del caso Kásler al caso que dio lugar a la cuestión prejudicial, la consecuencia sería que la laguna del contrato producto de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no se podría llenar, pues la omisión de esa cláusula, en su criterio, no representa para el consumidor un perjuicio especialmente grave. Menciona el ponente que el vencimiento anticipado, desde un criterio *formal*, no es un elemento esencial del contrato de préstamo, por lo que el contrato podría subsistir sin que dicho vencimiento sea posible, y adiciona que, de hecho, en ese escenario podría argumentarse que con la nulidad de dicha cláusula el consumidor vería exigibles judicialmente solo las cuotas impagas, lo puede llegar a resultarle beneficioso.

Por todo lo anterior, Pantaleón Prieto entiende que, bajo esta línea jurisprudencial, el juez nacional no podría aplicar supletoriamente el artículo 24 de la Ley 5/2019,

32. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

33. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

34. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Almacén de Derecho*, 31 de marzo de 2019, disponible en línea en: <<https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>> (consulta: 7 julio 2019).

ni el artículo 1124 CC: el artículo 1124 CC para abstraer la regla conforme a la cual el incumplimiento grave puede derivar en la terminación del contrato y el artículo 24 de la Ley 5/2019 para que el juez pueda determinar qué entiende el ordenamiento por incumplimiento grave. En consecuencia, el prestamista solo podrá ejecutar las cuotas vencidas impagadas, por lo que se mantendrá en vida el contrato hasta que se haya agotado su vigencia. Esto es así porque, desde su visión, la prohibición de integración del contrato vía norma supletiva también rige para el derecho común, que en el caso concreto conduciría hasta el artículo 1124 CC. Y aclara que el artículo 1124 CC resultaría aplicable en condiciones normales, pues, a diferencia del clásico préstamo, de los contratos de préstamo de larga duración sí puede predicarse su carácter sinalagmático o bilateral; tesis que, añade, ha sido tomada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de julio de 2018.³⁵

Sobre esta última consideración, los demás ponentes no problematizan, de modo que queda como premisa sin discusión en el debate. Sobre la primera cuestión, esto es, la inaplicabilidad del artículo 1124 CC por cuenta de la prohibición de integración del contrato, Gutiérrez Hidalgo de Caviedes manifestó no estar seguro, pues cree que como norma de derecho común no se está ante un caso de integración del contrato en los términos del TJUE.

Continuando con la intervención de Pantaleón Prieto, en su opinión, de haberse aplicado la doctrina Kásler al caso analizado en la STJUE de 26 de marzo de 2019, la consecuencia hubiera sido un absurdo del que se dio cuenta el TJUE, y es de ahí de donde nace el cambio jurisprudencial. Considera el ponente que el giro jurisprudencial se da en los elementos con los que el juez debe analizar la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado para aplicar la excepción, lo que el TJUE llama el *enfoque objetivo*, que aboga por un análisis de esencialidad *material* y no *formal*, que incluya no solo al consumidor, como en el caso Kásler, sino también al prestamista. El TJUE entiende que, además de la posición del consumidor, el juez nacional debe evaluar si suprimir la cláusula de vencimiento anticipado desnaturaliza para el banco el contrato de préstamo hipotecario e implica para este un *sacrificio desproporcionado*.

En todo caso, el ponente menciona que el TJUE no «hace la tarea» al juez español y no llega a establecer si en el caso de la cuestión prejudicial se está o no ante una cláusula esencial, pero considera que dicho Tribunal lo pone todo sobre la mesa para que el análisis llegue a esa conclusión. Más allá de esto, el ponente sí se aventura a hacer el análisis de esencialidad en las nuevas condiciones establecidas por el TJUE. Es así como plantea la cuestión de si un banco podría tolerar un contrato de préstamo hipotecario a treinta años sin vencimiento anticipado, a lo que responde con un no

35. TS, Sala Civil, Sentencia de 11 de julio de 2018; resolución número 432/2018; magistrado ponente: María de los Ángeles Parra Lucán.

categorico y añade que, en su opinión, sí desnaturalizaría dicho contrato no permitir su vencimiento anticipado, pues sería «absurdamente sancionador para el prestamista».

En adición, el ponente enfatiza que la función del derecho privado cuando dispone de mecanismos para detectar y combatir la abusividad de las cláusulas contractuales no es otra que la de reequilibrar el contrato; reequilibrio que incluye la posición de ambas partes, no solo la del consumidor, como inicialmente lo había entendido el TJUE.

Pantaleón Prieto finaliza su intervención estableciendo cuándo, en su opinión, el prestamista puede dar por vencido el contrato anticipadamente, y señala que puede hacerlo en los casos de incumplimiento grave —art. 1124 CC—. Además, a fin de saber cuántas cuotas impagadas significan un incumplimiento grave, el ponente menciona que debe recurrirse al artículo 24 de la Ley 5/2019, al que se remite el apartado 2 del artículo 693 LEC, artículo que contempla como requisitos: primero, que el prestatario esté en mora de una parte del capital del préstamo o de los intereses y, segundo, que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga a un 3 % o a un 7 % del capital, dependiendo del momento de la vida del préstamo en que se produzca la mora.

A continuación, José María Fernández Seijo inicia su intervención preguntándose por el problema que soluciona la STJUE de 26 de marzo de 2019, a lo que responde que lo que *no* se soluciona es el problema de las familias cuyas viviendas son la garantía del préstamo hipotecario que las financió, y con ello anticipa la crítica que será el cuerpo de su ponencia. Lo que sí termina generando dicha Sentencia, continúa el ponente, es «abrir laberintos». Con esta expresión el ponente hace referencia a lo que considera un uso instrumental de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE y a las consecuencias que ese uso llega a tener.

Antes de entrar en el centro de su crítica, lo primero que hace el ponente es señalar, igual como lo mencionó Pantaleón Prieto en su intervención, que el problema en los procesos de ejecución hipotecaria surge con la inclusión de la segunda parte del numeral cuarto de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, pues deja en el limbo jurídico los casos de los contratos de préstamo hipotecario en los que ya se había producido el vencimiento anticipado.

Posteriormente y en lo que respecta a la cuestión prejudicial propiamente dicha, Fernández Seijo considera que el TS no pregunta nada de lo que no sepa la respuesta. En su opinión, lo que logró el TS fue que el TJUE realizara un análisis económico del derecho y, con ello, ratificara la regla jurídica de la STS de 23 de diciembre de 2015. En particular, un análisis de viabilidad económica del contrato en el que se entienda la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado en función del equilibrio económico que genera entre las partes. Esto en tanto que, de haberse realizado un análisis de la cláusula puramente jurídico, la posibilidad de vencimiento anticipado por incumplimiento no podría calificarse como el «motor del préstamo».

Al margen de lo anterior, el magistrado retoma la pregunta de si la STJUE resuelve algún tipo de problema, a lo que responde que, en su opinión, no lo hace. El ponente argumenta que la discusión sobre la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado se dará en los procesos ejecutivos, en los que el TS en sede de casación no se puede pronunciar como *ratio decidendi*; por lo tanto, sus consideraciones interpretando la STJUE de 26 de marzo de 2019 serán *obiter dicta*. Como parece lógico, continua el ponente, el TS abogará por una interpretación de la cláusula desde su viabilidad económica y, por tanto, terminará decantándose por su esencialidad. Pero el TJUE —aunque parece insinuarlo— no se lanza a afirmar que dicha cláusula sea esencial en los contratos de préstamo hipotecario; desde su visión, pues, las audiencias provinciales y los jueces de primera instancia podrían adoptar dos posturas, las únicas dos posibles: que la cláusula es esencial y, por tanto, las lagunas que trae consigo su anulación deben ser llenadas por los artículos 1124 CC y 24 de la Ley 5/2019, o que no es esencial y el préstamo puede mantenerse vivo sin ella.

Téngase en cuenta, reitera, que las decisiones en segunda instancia de las audiencias provinciales no llegan a casación por ser procesos ejecutivos, por lo que el TS no puede unificar jurisprudencia sobre la materia. De ahí la imagen de laberinto, imagen que Fernández Seijo ve materializándose en un futuro próximo en un «choque de trenes» entre el TS, las audiencias provinciales y los jueces de primera instancia.

Solo por nombrar un ejemplo que muestra que lo que el magistrado plantea tiene comprobación en la práctica, el pasado 15 de mayo de 2019, tras la Sentencia del TJUE, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona en el marco del proceso de ejecución hipotecaria número 3045/2017 y mediante un auto con ponencia del magistrado Guillem Soler Solé, que citaba incluso el decantado «enfoque objetivo» en el análisis de la esencialidad de una cláusula de vencimiento anticipado de casi idéntica redacción a la del caso estudiado por el TJUE, determinó que la cláusula no era esencial, así que, además de declarar su abusividad y nulidad, denegó el despacho de la ejecución hipotecaria.³⁶ En efecto, «los trenes ya se empezaron a chocar».

Por su parte, el ponente Javier Gutiérrez Hidalgo de Caviedes inició su ponencia citando la Ley 1/2013, que en su momento tenía la pretensión de «reforzar la protección a los deudores hipotecarios [...]» y que contenía las reglas aplicables a las cláusulas de vencimiento, puesto que en su artículo 7, apartado treceavo, establecía que el incumplimiento se consideraba grave y capaz de generar dicho vencimiento anticipado cuando, de haberse pactado, el impago fuera de «al menos, tres plazos mensuales [...] o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

36. Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, Sección Primera; auto de 15 de mayo de 2019; resolución número 203/2019; recurso número 3045/2017; magistrado ponente: Guillem Soler Solé.

Relata el ponente que, como el banco consideró lógico en ese momento, se unificaron las cláusulas de vencimiento anticipado redactándolas acordes a la norma. No obstante, la expresión *al menos* del artículo fue entendida por los jueces en el sentido de que no bastaba con que la cláusula contemplara el vencimiento anticipado en los estrictos términos de la norma, sino que debía analizarse en el caso concreto si el incumplimiento de tres cuotas podría calificarse como grave. Además, los jueces también consideraron que era irrelevante que el banco no ejerciera la cláusula dentro de ese término, sino mucho después. Es más, enfatiza el ponente que, aun en casos en que el incumplimiento era de más de diez cuotas de un préstamo de treinta cuotas, hubo audiencias provinciales que archivaron el proceso hipotecario.

Lo anterior ponía en una penosa situación al prestamista, al que resultaba imposible imaginar qué consideraría el juez de turno como un *incumplimiento grave*. Ante esta situación, Caixabank desde el año 2016 dejó de iniciar procesos ejecutivos y ventiloó la mayoría de los incumplimientos por créditos hipotecarios a través de procesos declarativos. La estrategia jurídica consistió en que el juez del proceso declarativo en un primer momento analizara la gravedad del incumplimiento y, con ello, decretara la terminación del contrato, lo que implicaba la exigibilidad de las cuotas vencidas y las no vencidas. Jurídicamente, Caixabank sustentó esas demandas en los artículos 1124 y 1129 CC, artículo, este último, que recoge la regla genérica de la pérdida de plazo por incumplimiento. Además, solo se acudía al proceso cuando había más de nueve o diez cuotas vencidas.

El ponente valora la experiencia como positiva, pues casi en la totalidad de los casos los jueces del proceso declarativo decretaron la terminación del contrato de préstamo hipotecario, así como la exigibilidad de la totalidad de las cuotas. Resalta que esta estrategia no fue solo del banco que él representa, sino de todo el gremio, razón por la cual se avecinaron una multitud de procesos ordinarios para ejecutar hipotecas, desnaturalizando los procesos declarativos y dejando en desuso los procesos ejecutivos para esos mismos fines. Adicionalmente, menciona que acudir al proceso declarativo significó, en realidad, la primera fase de la estrategia judicial de Caixa-bank, pues, una vez con el título judicial en mano, la segunda fase consistió en iniciar el proceso ejecutivo para ejecutar el título judicial.

En la fecha, Caixabank tiene los siguientes procesos por incumplimiento de contrato de préstamo hipotecario: un grupo de casos que se tramitaron en el proceso ejecutivo y que están sin retirar; otro grupo que inicialmente se había presentado por la vía ejecutiva y que el banco ha decidido retirar e, inmediatamente, iniciar un proceso declarativo; otro grupo que fue tramitado desde el inicio mediante procesos declarativos y que siguen en curso, y, finalmente, un grupo de préstamos con cuotas incumplidas de los que no se ha solicitado el vencimiento anticipado, pues se está a la espera de que se cumplan los supuestos del artículo 24 de la Ley 5/2019.

Gutiérrez finaliza su exposición resaltando que a los bancos en realidad les es indiferente cuál es la regla que determina un incumplimiento grave: tres cuotas o más,

un porcentaje de la totalidad del crédito, o bien una combinación de ambas. Lo que en realidad les interesa es que haya reglas claras y, con ello, un marco jurídico que proporcione seguridad jurídica.

La última intervención estuvo a cargo de Jesús M. Sánchez García. La ponencia se inició describiendo el contexto en el que llega la STJUE de 26 de marzo de 2019, esto es, con una ley de crédito inmobiliario *ad portas* de entrar en vigencia y con la jurisprudencia de la STS de 23 de diciembre de 2015.³⁷ El ponente detecta dos problemas en este contexto: el primero, también destacado por los demás ponentes, hace referencia a la excepción a la aplicación retroactiva del artículo 24 de la Ley 5/2019 a los contratos de crédito hipotecario cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma. El segundo, que también comparte con las intervenciones anteriores, es que, por lo menos hasta antes de la STJUE de 26 de marzo de 2019, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no anulaba el contrato y este subsistía sin la posibilidad de reclamar la totalidad de las cuotas del préstamo, de modo que la única salida de los prestamistas era reclamar solo las cuotas vencidas.

Esta situación, desde la visión del expositor, tendría consecuencias nefastas para el consumidor, pues podría verse envuelto en una situación de sobreendeudamiento innecesario, por lo que, al igual que el TS, considera que es más viable para el consumidor que se continúe con la ejecución hipotecaria. No obstante, apunta que, como reitera la STJUE de 26 de marzo de 2019, el consumidor podría manifestar su deseo de mantener la cláusula abusiva y, con esto, impedir que se desestime el proceso de ejecución hipotecaria.

El ponente finaliza diciendo que, en este escenario y como permite el Real decreto ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012, a los consumidores les podría quedar la salida de dar en dación en pago el bien hipotecado, posibilidad de obligatoria aceptación por parte del prestamista, así como un medio de liberación definitiva de la deuda. La duda que quedaría sobre la mesa, y que los demás ponentes sacaron a la luz en sus réplicas, es si el consumidor está dispuesto a perder su vivienda.

Sobre la incidencia de la STJUE analizada, el ponente está de acuerdo en que lo que hace el TJUE es dar un giro a su jurisprudencia, pues permite que la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado se evalúe no solo desde el desequilibrio que puede significar su ausencia para el consumidor, sino también por lo que puede significar para el prestamista; pero, al igual que Fernández Seijo, considera que el alcance de ese pronunciamiento no llega a incidir de manera clara en los procesos ejecutivos en curso, dado que los recursos de casación que lleva el TS no son jurisprudencia vinculante para los jueces del ejecutivo. En consecuencia, habrá juzgados y audiencias provinciales que atiendan la STJUE de 26 de marzo de 2019, así como la STS de 23 de

37. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

diciembre de 2015, y den continuidad al proceso de ejecución, y habrá otros, como en el caso del juzgado de primera instancia de Barcelona que fue puesto como ejemplo antes, que opten por desestimar dicho proceso.

5. REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final de la jornada, puede señalarse que lo que en un primer momento pareció ser una confrontación de criterios, en realidad terminó siendo una muy nutrida retroalimentación de posiciones, cada una fundamentada en el rol que los expositores ocupan en la esfera jurídica.

Además de esto, todos llegan a una conclusión común: para poder saber la magnitud de la incidencia de la STJUE de 26 de marzo de 2019 se debe esperar a la aplicación que de ella haga el TS, en particular en el proceso que motivó la cuestión prejudicial ante el TJUE, así como a la aplicación que las audiencias provinciales y los jueces de primera instancia realicen en los procesos ejecutivos hipotecarios cuyo vencimiento anticipado se haya producido antes de la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley 5/2019. Por último, la tarea ahora es de los jueces: ¿qué van a hacer con la STJUE de 26 de marzo de 2019? Seguro que tal aplicación suscitará muchas más opiniones que las aquí escritas.

María Eugenia Gutiérrez Darwich

*Estudiante del Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios
Universidad de Barcelona*

RECENSIONS

CASI CONTROVERSI IN MATERIA DI DIRITTO DELLE SUCCESSIONI,
A CURA DE SARA SCOLA I MAURO TESCARO, 2 V., NÀPOLS,
EDIZIONE SCIENTIFICHE ITALIANE, 2019, 996 P.

El llibre que es recensionia conté les ponències presentades en el congrés celebrat amb el mateix nom a la Universitat de Verona el desembre del 2018 i respon a l'acte final d'un projecte de recerca. Tenint en compte l'extensió del volum i el nombre de ponents, sens dubte cal començar felicitant els responsables que aquest llibre hagi sortit a la llum amb tanta celeritat.

El llibre no constitueix un estudi sistemàtic del dret de successions. Ans al contrari i com el seu nom indica, constitueix un estudi de determinades institucions successòries. En particular, es posa l'accent en les tensions entre la llibertat de testar, sobretot pel que fa al poder sobre la propietat més enllà de la mort, i les mutacions que ha experimentat el grup especialment protegit pel dret de successions, que són arreu els fills i descendents i, en la major part d'ordenaments jurídics, el cònjuge —la qual cosa no es pot predicar del dret civil català, ja que el cònjuge no és legitimari i només gaudeix del limitat dret a la quarta vidual—. En efecte, els models familiars són molt variats i el dret vigent no dona resposta a totes aquestes realitats; en el nostre dret, és prou vistent l'omissió de la família reconstituïda en el dret de successions. En general, es tracta d'un conjunt heterogeni de materials, com sol passar en els llibres que responen a un projecte de recerca amb tants participants, però amb una excel·lent selecció dels temes tractats.

Es presenta dividit en dos volums, el primer dedicat al dret italià i el segon, a les experiències comparades.

El primer volum (coordinat per Sara Scola i Mauro Tescaro) es divideix en vint capítols, amb aportacions majoritàriament de professors universitaris, però també de tres magistrats. La multiplicitat de temes abordats resulta prou evident: des dels inevitables capítols que estudien aspectes del Reglament europeu de successions (a càrrec d'Ilaria Riva i Mauro Tescaro) fins a la interpretació d'una clàusula testamentària (Alessio Zaccaria), passant per aspectes que només són successoris d'esquitllada, com ara el rescabament *iure hereditario* pel dany derivat de la mort d'un ésser estimat (a càrrec de Mirko Faccioli) o l'aplicació de la regla *compensatio lucri cum damno* en els danys causats per la mort (a càrrec de Stefano Gatti). Atès l'espai de què es disposa en aquesta recensió, l'atenció se centra en els capítols que poden resultar de major interès per al lector català.

Umberto Roma estudia els problemes que planteja la institució de l'*amministrazione di sostegno* en l'acceptació de l'herència, en particular pel que fa a l'acceptació

a benefici d'inventari; aquesta institució és l'equivalent de l'assistència que es regula en els articles 226-1 i següents del Codi civil de Catalunya (CCCat). Els problemes resulten del fet que el *Codice civile* no conté cap regla específica que reguli l'acceptació de l'herència per la persona amb assistent, ni cap que fixi si té dret a limitar la seva responsabilitat en els deutes hereditaris mercès al benefici d'inventari. Es podria pensar que a Catalunya aquesta qüestió és irrellevant des del moment que el sol fet de practicar l'inventari a temps implica l'acceptació beneficiària, d'acord amb l'article 461-14 CCCat. Certament, aquesta decisió del legislador aplanar el camí, però no és una solució definitiva. Perquè a Catalunya hi ha persones que accepten de manera beneficiària per disposició legal (art. 461-16 CCCat), és a dir, veuen limitada la seva responsabilitat en els deutes i les càrregues de l'herència sense necessitat de practicar inventari; i entre aquestes persones figuren les posades en tutela o curatela, però no les que estan en assistència. Pot succeir que l'assistent desconegui que la persona assistida ha estat cridada a una herència, o simplement que l'assistent pensí que no es troba entre les seves funcions practicar inventaris, si la resolució judicial de nomenament (art. 226-2 CCCat) no ha estat prou explícita. Aquesta és, doncs, una qüestió que el legislador podria millorar el dia, que hauria de ser més aviat que tard, que clarifiqui els aspectes més controvertits d'aquesta institució tan útil en la vida quotidiana de moltes persones ancianes.

Abigail Owusu dedica el seu capítol a una causa de desheretament introduïda a Itàlia el 2012 en l'article 448 bis del *Codice civile*. La causa de desheretament en qüestió descansa en la privació de la responsabilitat parental. L'autora tracta en profunditat les contradiccions que genera la redacció de l'article. Des del punt de vista del legislador català, és important tenir en compte que el desheretament és una situació excepcional en el dret italià codificat, igual que a França, i que aquesta nova causa italiana va lligada al comportament d'uns legitimaris concrets: els progenitors. A Catalunya disposem de l'article 451-17.2e CCCat, que vincula el desheretament a la manca de relació familiar imputable al legitimari, amb una redacció que ha donat lloc a pronunciaments judicials no sempre convergents, la qual cosa advoca, també, per una revisió del nostre precepte, com proposa Esther Arroyo en la ponència del segon volum que fa de contrapunt a aquesta.

El capítol que escriu Tereza Pertot sobre el dret d'ús i habitació del cònjuge supervivent de l'article 540.2 del *Codice civile* constitueix una oportunitat magnífica per a continuar reflexionant sobre la utilitat de drets successoris que creen drets reals vitalicis a favor del consort o convivent, ateses les dificultats que es creen perquè o bé limiten l'adquisició dels hereus o bé redueixen la llibertat del testador —en el cas italià, aquell dret s'imputa a la part de l'herència de lliure disposició—; tot això, sense que drets d'aquesta mena, en els temps actuals, ofereixin una veritable protecció en situacions de necessitat econòmica.

Umberto Stefini dedica el seu capítol als patrimonis fiduciaris i el testament, en particular al *trust*. No cal insistir aquí en el fet que el dret de successions català conté

un seguit d'institucions de caràcter fiduciari, paradigmàticament l'herència de confiança, però, tanmateix, la regulació del *trust* continua essent una assignatura pendent. Les idees que es contenen en aquest capítol mereixen ser llegides amb atenció. El mateix es pot dir del capítol que Alberto Ventinelli dedica a la impugnació del testament per vicis de la voluntat: la realitat social de l'ancianitat que viu sola, sia en el seu domicili, sia sobretot en residències i centres geriàtrics, requereix un ajustament de la regulació tradicional dels vicis de la voluntat testamentària.

El dret civil català està basat en una llegítima curta i creditícia, però el dret a la llegítima està fortament protegit; en realitat, no és fins al llibre quart del Codi civil de Catalunya que s'introdueix, i, tot i així, amb moltes cauteles, una causa de desheretament d'enunciat més obert. Per contra, la sobrevinença de fills només dona lloc a una preterició errònia, és a dir, la ineficàcia del testament no és automàtica, sinó que el testament s'ha d'impugnar sempre que no concorri alguna de les causes que impedeix la declaració de nul·litat del testament. L'aportació de Riccardo Omodei Salè sobre la revocació —en realitat, ineficàcia *ex lege*— del testament per la sobrevinença de fills permet aproximar-se a una manera distinta de resoldre un mateix problema i a sospesar-ne els hipotètics avantatges.

La resta de capítols del primer volum tracten qüestions de dogmàtica romànica del dret de successions (Massimo Miglietta i Riccardo Cardilli), els comptes corrents bancaris indistints en la successió (Stefano Troiano i Sara Scola), l'herència jacent (Ernesto d'Amico), els drets successoris dels convivents (Romana Pacia), la successió de l'estat (Mauro Tescaro), el llegat de posició contractual (Pierpaolo Lanni), la successió en la relació obligatòria (Lorenza Bullo) i l'acció de simulació del futur legitimari (Mauro Criscuolo).

El segon volum (coordinat per Esther Arroyo, Christian Baldus, Elena de Carvalho, Anne-Marie Leroyer, Quing Lu i Johannes Michael Rainer) es dedica a les *esperienze straniere*. Conté aproximacions, de contingut igualment divers, a cinc ordenaments jurídics: Espanya, la Xina, Alemanya, Àustria i el Brasil. Alguns capítols tenen un propòsit introductori al sistema respectiu (Anne-Marie Leroyer sobre el dret francès, Quing Lu i Stefano Porcelli sobre el dret de successions xinès, Vivianne Ferreira sobre el dret brasiler, Christian Baldus sobre el dret alemany, Gorka Galicia sobre les reformes que proposa a Espanya el projecte de Codi civil de l'Associació de Professors de Dret Civil). Altres, i amb independència de l'ordenació sistemàtica dins del volum, tracten de la llegítima: Esther Arroyo aborda la relació entre llegítima, llibertat de testar i solidaritat dins de la família; Johannes Michael Rainer, la llegítima i els legitimaris en el dret austríac, i Nicolaus Krausler, qüestions de computació i imputació legitimària a la vista de la reforma del dret de successions del 2015 a Àustria. De la successió del cònjuge i, en especial, dels convivents tracten les ponències d'Elena de Carvalho Gomes, Naiara Posenato (ambdues en relació amb el dret del Brasil) i Daniele Mattiangeli (amb l'austríac). Jaume Tarabal s'ocupa de qüestions generals de la successió intestada; Thomas Raff, dels pactes successoris i el testament

mancomunat; Roberta Marini, de la revocació del testament, i Maïte Saulier, de la reversió legal en dret francès. Míriam Anderson analitza el tractament de les donacions en la successió i Leandro Martins Zatinelli tracta de la dispensa de la col·lació de determinades donacions realitzades al descendent que té cura del causant. Novament, apareix un dels reptes que ha d'afrontar el dret de successions actual com a conseqüència de l'envelliment progressiu de la població: la llibertat de testar del causant vulnerable, qüestió polièdrica que, evidentment, també té a veure amb la llegítima i les causes de desheretament (i novament cal fer referència a la ponència d'Esther Arroyo). El dret català disposa de l'article 412-5.2 CCCat, que ofereix una solució ponderada i racional a la possible captació de la voluntat pels cuidadors professionals i titulars de residències geriàtriques. Altres drets cerquen també les seves solucions i és força interessant el capítol que escriu Jérémy Houssier amb l'anàlisi, per exemple, de la inhabilitat de succeir que afecta el metge i fins el farmacèutic que atenen el causant en la seva darrera malaltia.

Una menció especial mereix l'aportació de Giorgio Resta sobre la successió en l'herència digital i la protecció *post mortem* de les dades personals, perquè és un capítol de caire comparatiu que valora les solucions que a aquest problema, que també ha regulat el legislador català, malgrat el reny en forma de declaració parcial d'inconstitucionalitat en la Sentència del Tribunal Constitucional 7/2019, de 17 de gener, proporcionen els drets alemany i italià (per bé que l'autor esmenta també altres drets, com ara l'estatunidenc). Aquest capítol es complementa amb el de Martin Schmidt-Kessel i Tereza Pertot sobre la «donació» de dades personals, amb la incidència successòria de la seva repercussió en la llegítima o els llegats i, per tant, en la possible reducció o supressió de la «donació».

Les gairebé mil pàgines d'aquests dos volums no només inviten a reflexionar pausadament sobre el dret de successions dels nostres dies i les reformes que eventualment calgui introduir-hi tenint en compte la societat envellida, multicultural, plurifamiliar i digital en què s'ha d'aplicar, sinó que també forneixen materials i idees molt valuoses amb els quals podrem preparar-nos per als anys que han de venir.

Antoni Vaquer
Catedràtic de dret civil
Universitat de Lleida

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.

