

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

Volum 18, 2018

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



Institut
d'Estudis
Catalans

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

COMITÈ EDITORIAL

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

COMITÈ CIENTÍFIC

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

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

Volum 18, 2018

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2018

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: juliol de 2018

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

Nota de la directora	7
----------------------	---

ESTUDIS

El contracte de mandat en el Codi civil de Catalunya, <i>per Pedro del Pozo Carrascosa</i>	11
---	----

Els fills no comuns en les famílies reconstituïdes segons el Codi civil de Catalunya, <i>per Carmen María Lázaro Palau</i>	47
--	----

El censal com a contracte de finançament en el Codi civil de Catalunya, <i>per Lluís Jou i Mirabent</i>	67
--	----

El interés superior del menor como criterio de resolución de las nuevas realidades legales que enfrentan la infancia y la adolescencia en Cataluña: la identidad (de género) a escena, <i>per Isaac Ravetllat Ballesté</i>	89
---	----

JURISPRUDÈNCIA I RESOLUCIONS

Recull de sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, <i>per Rosa Barceló Compte</i>	133
--	-----

Recull de sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, <i>per Adrian Di Pizzo Chiacchio</i>	151
---	-----

L'exclusió del supòsit d'adjudicació directa d'immobles en l'aplicació de la rescissió per lesió <i>ultra dimidium</i> . Comentari de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 12/2017, de 13 de març de 2017, <i>per Rosa Barceló Compte</i>	157
--	-----

Nous escenaris del dret a l'oblit: poden les persones físiques exercir-lo respecte d'informació existent en el Registre Mercantil? Comentari de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 9 de març de 2017, <i>per Adrian Di Pizzo Chiacchio</i>	179
--	-----

A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de abril de 2017. Nota en materia de viviendas de protección oficial. Una vez más: el sobreprecio y la discutida validez del contrato de venta y otros negocios jurídicos, 193
per Ángel Serrano de Nicolás

MISCEL·LÀNIA

Crònica sobre la jornada internacional «Contratación y consumo colaborativo: el nuevo reto del mercado en la economía digital», 209
per Rosa Barceló Compte

Crònica sobre les Jornades de Dret Civil Català
«El llibre sisè del Codi civil de Catalunya», celebrades a Cervera
els dies 17 i 18 de novembre de 2017, 216
per Jordi Pané Foix

RECENSIONS

Societat Catalana d'Estudis Jurídics (coord. i ed.), *Francesc Maspons i Anglasell. Homenatge. Jornada d'estudi*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 2017, 168 p., 225
per Lúdia Arnau Raventós

NOTA DE LA DIRECTORA

Aquest volum representa un punt i seguit dins la trajectòria de la REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT. Amb tot, no voldria desaprofitar l'avinentesa per a expressar el meu més sincer agraïment a la Societat Catalana d'Estudis Jurídics per haver-me encomanat la direcció de la publicació; encàrrec que vaig acceptar, entusiasmada, des de la més ferma convicció que la REVISTA és i ha de continuar sent un referent, al nostre territori, de les publicacions periòdiques adreçades a l'estudi del dret privat. Aquest agraïment també el voldria fer extensiu als directors que m'han precedit, el professor doctor Pere del Pozo i la doctora Susana Navas, tot esperant saber preservar el llegat forjat per ells durant aquests anys.

La REVISTA manté la seva estructura habitual, per bé que dins l'apartat «Jurisprudència i resolucions» s'inclourà en cada volum un recull comentat de les sentències més rellevants del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

Lídia Arnau Raventós
Directora del Comitè Científic

ESTUDIS

EL CONTRACTE DE MANDAT EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Pedro del Pozo Carrascosa
Catedràtic de Dret Civil
Universitat de Barcelona

Resum

Aquest treball és un estudi complet del mandat, contracte en el qual una persona, anomenada *mandatari*, s'obliga a gestionar en nom i per compte d'una altra, anomenada *mandant*, els afers jurídics que aquest li encarrega, d'acord amb les seves instruccions. L'estudi es fa a partir de la regulació dels articles 622-21 a 622-39 del Codi civil de Catalunya (CCCat), aprovats per la Llei 3/2017, de 15 de febrer, que va aprovar el llibre sisè d'aquest codi. En el text es tracten qüestions com ara el concepte de *mandat*, la seva relació amb la figura de la representació, l'àmbit, l'extensió i la durada del mandat, les instruccions que el mandant dona al mandatari, l'actuació extralimitada del mandatari, els conflictes d'interessos entre les parts, la remuneració, la cessió de l'execució del mandat, el deure de diligència del mandatari, el deure de cooperació del mandant, l'extinció del mandat i la rendició de comptes.

Paraules clau: mandat, representació, Codi civil de Catalunya.

EL CONTRATO DE MANDATO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Resumen

Este trabajo es un estudio completo del mandato, contrato por el que una persona, llamada *mandatario*, se obliga a gestionar en nombre y por cuenta de otra, llamada *mandante*, los asuntos jurídicos que esta le encarga, de acuerdo con sus instrucciones. El estudio se lleva a cabo a partir de la regulación de los artículos 622-21 a 622-39 del Código civil de Cataluña, aprobados por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, de aprobación del libro sexto de este código. En el comentario se abordan cuestiones como el concepto de *mandato*, su relación con la figura de la representación, el ámbito, la extensión y la duración del mandato, las instrucciones que el mandante dirige al mandatario, la actuación extralimitada de este, los conflictos de intereses entre las partes, la remuneración, la cesión de la ejecución del mandato, el deber de diligencia del mandatario, el deber de cooperación del mandante, la extinción del mandato y la rendición de cuentas.

Palabras clave: mandato, representación, Código civil de Cataluña.

THE CONTRACT OF MANDATE IN THE CIVIL CODE OF CATALONIA

Abstract

This comment is a complete study of the mandate, a contract in which a person undertakes to manage on behalf of another person the legal affairs that this person entrusts to him, in accordance with his instructions. The study is based on the regulation of articles 622-21 to 622-39 of the Civil Code of Catalonia, approved by Law 3/2017, of February 15, which approved the sixth book of this code. The article deals with questions such as the concept of *mandate*, its relationship with the figure of the representation, the scope, the extension and the duration of the mandate, the instructions that the commander gives to the agent chief executive, the extra-limited action of this, the conflicts of interests between the parties, the remuneration, the transfer of the execution of the mandate, the duty of diligence of the agent chief executive, the duty of cooperation of the commander, the extinction of the mandate and the accountability.

Keywords: mandate, representation, Civil Code of Catalonia.

1. CONCEPTE I ASPECTES GENERALS DE LA REGULACIÓ

El mandat és el contracte en el qual una persona, anomenada *mandatari*, s'obliga a gestionar, en nom i per compte d'una altra, anomenada *mandant*, els afers jurídics que aquest li encarrega, d'acord amb les seves instruccions (art. 622-21 CCCat).

El mandat està regulat en els articles 622-21 a 622-39 CCCat, que formen part del capítol II («Contractes sobre activitat aliena») del títol II («Tipus contractuals») del llibre VI del CCCat, relatiu a les obligacions i els contractes i aprovat per la Llei 3/2017, de 15 de febrer. Es tracta d'una regulació moderna, útil i operativa, inspirada en els projectes recents que persegueixen l'harmonització del dret civil europeu, fonamentalment el Draft Common Frame of Reference (DCFR), i que globalment mereix una valoració positiva.

Hem de recordar que la regulació dels esmentats articles 622-21 a 622-39 CCCat s'aplica com a dret supletori de la regulació de la comissió mercantil (art. 244-302 del Codi de comerç [Ccom]), d'acord amb la consideració del dret civil de Catalunya com a «dret comú» (art. 111-4 CCCat; vegeu també els art. 2 i 50 Ccom). Pel seu interès argumental, en aquest treball farem també referència, a vegades, a la Llei 12/1992, de 27 de maig, sobre el contracte d'agència (LCA), i a la regulació del mandat en el Codi civil espanyol (CC) (art. 1709-1739 CC).

El CCCat regula únicament l'anomenat *mandat representatiu*, o mandat en sentit estricte (expressions que utilitza el preàmbul de la Llei 3/2017), és a dir, aquell contracte en el qual el mandatari no solament actua per *compte* del mandant, sinó, a més a més, *en nom* del mandant. En el CCCat, el mandatari és sempre un represen-

tant del mandant, com posa en relleu l'article 622-21.2 CCCat quan diu que «els actes del mandatari, en l'àmbit del mandat, vinculen el mandant com si els hagués fet ell mateix».

El CCCat ha optat per no incloure en la regulació del mandat, en benefici d'una major simplicitat i claredat, la figura conceptualment difusa del mandat no representatiu, o mandat amb representació indirecta, en el qual el mandatari no actua en nom del mandant (per tant, no hi ha representació), tot i que sí que ho fa per compte d'ell. El preàmbul de la Llei 3/2017 deixa clar per què:

No es regula el mandat no representatiu o simple ni la representació o la situació, dita imprecisament *de representació indirecta*, que en realitat no és tal representació. Aquestes matèries s'han de regular o bé en disposicions generals relatives al contracte, en el títol primer del llibre sisè, o bé en el llibre primer, com a institució jurídica transversal.

Estic d'acord que la Llei 3/2017 no reguli la representació, que caldria tractar en el llibre primer del CCCat; en canvi, no em sembla correcte afegir l'afirmació que la representació indirecta «en realitat no és tal representació», ja que això suposa una presa de posició que ara per ara resulta innecessària en un tema que no és pacífic en la doctrina. D'altra banda, entenc que hauria estat útil regular el mandat no representatiu, com a contracte que és, ni que només fos per a deixar clar i intel·ligible quin és el seu contingut.

En el mandat no representatiu, o mandat amb representació indirecta, que el CCCat encara no regula, el mandatari actua en nom propi, de manera que la part contractual, o el titular de l'acte jurídic, és ell, i no el mandant. És el mandatari qui contracta amb el tercer, o realitza un acte jurídic que afecta el tercer, sense indicar ni donar a conèixer que aquesta actuació acabarà revertint en benefici o en perjudici del mandant. En la seva actuació amb el tercer, el mandatari ha d'actuar de manera tal que no indiqui la intenció d'afectar la posició jurídica del mandant. Un cop celebrat el negoci amb el tercer, la relació de mandat farà que el mandatari transmeti els efectes d'aquest negoci al mandant.

En canvi, la comissió mercantil i el contracte d'agència sí que admeten, junt amb el mandat representatiu, el mandat sense representació (art. 246 i 287 Ccom i 6 LCA, respectivament). En aquests casos serà aplicable, com a dret supletori («dret comú»), allò que estableix l'article 1717 CC, que regula el mandat sense representació, o amb representació indirecta. De manera concisa, l'article descriu aquest mandat com aquell en el qual «el mandatario obra en su propio nombre», de manera que «el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante» (apartat 1r); és per això que, en el cas del mandat amb representació indirecta, «el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo» (apartat 2n

del mateix art. 1717 CC).¹ Així mateix, el DCFR, que és un dels models de la regulació del mandat en el CCCat, admet i regula el mandat amb representació indirecta (art. IV.D.-1:101(b) i IV.D.-1:102(e)).

El contracte de mandat no està sotmès a cap requisit especial de forma, a la qual el CCCat no fa referència en cap moment. En aquest sentit, regeix el principi de llibertat de forma de l'article 1278 CC, que l'article 1710 CC especifica per al mandat indicant que pot ser exprés o tàcit, i que l'exprés es pot fer tant en un instrument públic com en un de privat, i fins i tot verbalment. No obstant això, com que en el CCCat el mandat sempre és representatiu, és a dir, sempre inclou un poder de representació, qualsevulla de les parts pot compel·lir l'altra a atorgar el poder —i, per tant, el mandat en el qual s'inclou— en un document públic, d'acord amb l'article 1280.1.6 CC.

2. L'ENCÀRREC: ÀMBIT, EXTENSIÓ I DURADA DEL MANDAT

L'element identificador de cada contracte de mandat és l'encàrrec² que el mandant demana al mandatari que faci, i que aquest accepta. L'encàrrec consisteix en l'obligació que assumeix el mandatari de gestionar un o més afers jurídics —àmbit del mandat— en nom i per compte del mandant, seguint les seves instruccions —el que determina l'extensió del mandat— durant un determinat període. Precisem aquestes notes a continuació.

2.1. L'ÀMBIT DEL MANDAT

L'àmbit del mandat —expressió dels art. 622-21.2 i 622-22.1 CCCat— està constituït pels afers *jurídics* la gestió dels quals el mandant encarrega al mandatari. Es pot tractar de la celebració d'un contracte amb un tercer —com ara l'encàrrec de comprar una casa per al mandant— o bé de la realització d'un acte jurídic, com ara acceptar una donació feta al mandant o elevar a document públic un contracte celebrat prèviament.

L'àmbit del mandat no es pot referir, en canvi, a afers *materials*, ja que aquests són l'objecte d'altres contractes, com ara l'arrendament d'obra o l'arrendament de serveis. A més a més, en sentit estricte, solament en relació amb els actes jurídics pot una persona actuar en nom d'una altra, com és essencial en el mandat.

1. Totes les traduccions del Codi civil espanyol són de l'autor.

2. El terme *encàrrec* s'utilitza, amb variants, en els art. 622-21.1, 622-25.1, 622-27.1a, 622-31.1, 622-33.1a i 622-38.1 CCCat.

En relació amb el seu àmbit, el mandat pot ser general o especial. El *mandat general* és el que comprèn tots els negocis del mandant, mentre que l'*especial* es refereix a un o més afers concrets. Aquesta distinció no està considerada explícitament en el CCCat, a diferència d'altres codis (art. 1712 CC; vegeu també l'art. 281 Ccom), però li és evidentment aplicable pels arguments següents:

1r) En definir el mandat, l'article 622-21.1 CCCat es refereix a l'obligació del mandatari de gestionar els *afers jurídics* —en plural— que el mandant li encarrega; per tant, es pot tractar d'un o de múltiples afers.

2n) L'article 569-29.3 CCCat, en relació amb la constitució de la hipoteca, es refereix tant al poder general com al poder especial, distinció que és perfectament extrapolable al mandat, que és un dels possibles vectors jurídics del poder de representació.

Una altra distinció amb base en l'àmbit del mandat és la que l'article 622-23.2 CCCat fa entre el «mandat concebut en termes generals» i el «mandat exprés», amb terminologia manllevada de l'article 1713 CC. En concret, l'article 622-23.2 CCCat estableix que «el mandatari només pot fer els actes d'administració ordinària, llevat que estigui facultat expressament per a fer-ne d'altres». D'aquest precepte podem deduir que un mandat concebut en termes generals solament comprèn els actes d'administració, mentre que per a realitzar actes de disposició cal un mandat exprés (en aquest sentit, l'article 569-29.3 CCCat exigeix que, si una hipoteca es constitueix per mitjà d'un apoderat, el poder ha de contenir expressament la facultat d'hipotecar, i això tant si es tracta d'un poder general com d'un d'especial; amb caràcter general, és molt clara l'expressió de l'article 1713.2 CC, que es refereix específicament a «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de rigoroso dominio»).

2.2. L'EXTENSIÓ DEL MANDAT

El concepte d'*àmbit del mandat*, que hem descrit en l'apartat anterior, pot de vegades resultar inconcret o difús. És per això que el CCCat permet delimitar-lo, fixant la seva *extensió* per mitjà de les instruccions que dona el mandant i que el mandatari accepta, i tenint en compte la naturalesa de la gestió encarregada. En aquest sentit, a l'«àmbit i extensió» del mandat es refereix l'article 622-23 CCCat, precisament amb aquest títol, per a assenyalar que «són fixats per l'acord de les parts i, en allò que no s'hi oposi, per la naturalesa de la gestió encomanada». Per exemple, la venda de la casa s'ha de fer en un termini màxim de dos mesos i, tot i que no es digui explícitament, el mandatari està autoritzat a demanar les certificacions registrals que consideri necessàries, ja que així es deriva de la naturalesa d'una compravenda immobiliària. En relació amb les instruccions, vegeu l'apartat 3.1.

2.3. DURADA DEL MANDAT

De l'article 622-37 CCCat, que regula el desistiment del mandatari, es desprèn que el mandat es pot haver conferit per a un afer concret, per un temps determinat o per un temps indeterminat.³

En el primer cas, el mandat s'estableix amb la finalitat que el mandatari realitzi una determinada activitat, perfectament identificada pel que fa al seu àmbit, la seva extensió i el seu hipotètic resultat; per exemple, és quan el mandatari té l'encàrrec de vendre un pis del mandant, o el de comprar una partida de materials per a l'empresa d'aquest. La durada d'aquest tipus de mandat no és indefinida, però sí que resulta *incerta*, ja que depèn de les vicissituds que pugui experimentar la tasca encarregada mentre es duu a terme. Així, amb independència dels supòsits en què sigui possible la revocació, el mandat s'extingeix quan la tasca encarregada s'ha acomplert o bé quan es demostra la impossibilitat de dur-la a terme.

El mandat també es pot haver concertat amb una durada fixada d'antuvi, és a dir, amb un terme final determinat, arribat el qual el mandat s'extingeix; per exemple, és quan el mandatari s'obliga a dur a terme les negociacions precontractuals amb un tercer, però solament durant dos mesos, ja que, un cop transcorregut aquest termini, el negoci ja no interessa al mandant. Que el mandat s'hagi establert per a un termini determinat no exclou la possibilitat de pròrroga, que pot ser expressa o tàcita. La pròrroga tàcita, que té lloc, per exemple, quan el mandatari continua la seva gestió amb l'aquiescència del mandant, pot acabar desembocant, de fet, en un mandat amb termini incert.

Finalment, el mandat pot no estar sotmès a cap termini. Això té lloc no solament quan així s'ha pactat expressament, sinó també quan en el negoci constitutiu del mandat no s'ha fet cap referència a la seva durada o quan s'ha sotmès a una condició resolutòria, atès el caràcter incert del compliment o no de la condició. En qualsevol cas, la indefinició del període de durada del mandat no és sinònima de perpetuïtat, per la possibilitat d'extinció del mandat per revocació del mandant o desistiment del mandatari (art. 622-33b CCCat; vegeu els apartats 4.1.4 i 4.1.5 d'aquest text).

3. En aquest mateix sentit es pronuncia de manera explícita l'art. IV.D.-1:103 DCFR.

3. EL DESENVOLUPAMENT DE L'ENCÀRREC

3.1. LA CONCRECIÓ DE L'ÀMBIT DEL MANDAT: LES INSTRUCCIONS

3.1.1. *Concepte de mandat*

En la relació de mandat, l'interès principal és el del mandant. El mandatari també pot tenir un interès, especialment si es va pactar una remuneració, i fins i tot pot existir un interès compartit; però l'interès imprescindible i que tipifica el mandat és el del mandant. Això fa que el mandant pugui donar instruccions al mandatari, és a dir, indicacions sobre com s'ha de desenvolupar la relació de mandat i l'encàrrec que en constitueix l'objecte (art. 622-21.1 i 622-27.1a CCCat).

El mandatari està obligat a seguir les instruccions del mandant. Això no exclou que el mandatari les pugui interpretar i aplicar amb flexibilitat dins del marge de maniobra que raonablement permetin i el deure de diligència que correspon a tot mandatari (art. 622-27.2 CCCat). En definitiva, el mandatari, per a ser qualificat com a tal, ha de tenir un cert marge d'*autonomia en la decisió*, fet que el diferencia del simple *nuntius*, que opera com un mer instrument humà de la persona que li encarrega una determinada actuació.

3.1.2. *L'ampliació i l'adaptació d'unes instruccions poc raonables*

Com acabem de veure, el mandatari ha de seguir les instruccions del mandant, ja que les ha acceptades; i ho ha de fer així fins i tot en el cas que les consideri poc eficaces, arriscades, desfasades tècnicament o, en general, poc raonables (qualificatiu que, en relació amb les instruccions, utilitza l'art. 9.2c LCA). És a dir, el mandatari ha de complir l'encàrrec que ha assumit, encara que no estigui d'acord amb les instruccions que li indiquen el camí que ha de seguir.

Malgrat això, el mandatari ha d'avisar el mandant que, segons el seu criteri, les instruccions que li ha donat no són raonables i poden fins i tot ser contràries als seus interessos; això forma part del deure de diligència de l'article 622-27.2 CCCat (vegeu també l'art. 255 Ccom). L'apreciació de quan es dona aquesta situació és, evidentment, subjectiva, de manera que la valoració de si les instruccions poden ser perjudicials pot dependre de múltiples circumstàncies i de la valoració que en faci el mandatari o, si escau, el jutge. Per exemple, un mandatari és autoritzat inicialment a vendre una casa del mandant per 300.000 € o més; posteriorment, el mandant canvia el límit a 350.000 €, import que està per sobre del preu de mercat i que pot fer que el mandatari trigui més a vendre la casa, i fins i tot hi ha un risc seriós de no trobar comprador i que no es pugui arribar a celebrar el contracte projectat. Això no solament perjudicarà el mandant, sinó també el mandatari, que veurà perillar la seva remuneració, si es va fixar en un percentatge del preu de la venda.

Així mateix, el mandatari ha de sol·licitar instruccions al mandant quan arriba al seu coneixement alguna informació que pot afectar el contingut essencial de la relació de mandat; en concret, quan aquesta informació fa que el mandant hagi de prendre una decisió referent al compliment de les obligacions derivades del contracte de mandat, o bé al contingut mateix de l'encàrrec. Per exemple, arriba a coneixement del mandatari la intenció de l'ajuntament on està ubicada la finca que ha d'adquirir per al mandant, de declarar-la no edificable; encara que aquesta decisió no sigui ferma o que la seva possibilitat sigui molt remota, és obvi que el mandatari ha d'informar-ne el mandant i ha de demanar-li noves instruccions, ja que les circumstàncies que van donar lloc al mandat han variat de manera substancial.

El mandant està obligat a respondre a la sol·licitud del mandatari i ha de donar-li les instruccions que aquest li demani, d'acord amb el deure general de cooperació que li imposa l'article 622-28 CCCat. En aquesta línia, l'article IV.D.-2:101 DCFR considera aquest deure de manera explícita. La resposta del mandant ha de ser tan completa, clara i ràpida com sigui possible d'acord amb les circumstàncies del cas concret.

3.2. L'ACTUACIÓ EXTRALIMITADA

3.2.1. *No vinculació i responsabilitat*

No sempre el mandatari s'ha ajustat a l'àmbit i l'extensió de l'encàrrec que li va fer el mandant, de manera que la seva actuació pot ser qualificada d'extralimitada. Sota el títol «Actuació extralimitada», l'article 622-22 CCCat estableix que els actes que el mandatari faci fora de l'àmbit del mandat o que no s'ajustin a les instruccions rebudes, «no vinculen» el mandant, i afegeix que si el mandatari s'extralimita en la seva gestió, «respon» tant davant el mandant com davant el tercer de bona fe dels perjudicis que el fet de no atendre al contingut del mandat els hagi pogut causar. D'altra banda, el tercer de bona fe té acció contra el mandant si aquest s'ha aprofitat de l'actuació extralimitada.

3.2.2. *Excepcions: casos en què el mandant sí que està vinculat, tot i l'extralimitació*

L'article 622-22.1 CCCat estableix una sèrie d'excepcions al que s'ha indicat en l'apartat anterior, en les quals el mandant sí que queda vinculat per l'actuació del mandatari, tot i l'extralimitació. En concret, quan el mandant ratifica els actes del mandatari, quan la gestió es fa d'una forma més avantatjosa per al mandant i quan sobreve una determinada alteració de les circumstàncies. Les estudiem a continuació.

3.2.2.1. La ratificació

L'article 622-22.1a CCCat permet al mandant ratificar l'acte que el mandatari, excedint-se en la seva funció, va realitzar amb el tercer; vegeu el mateix argument en l'article 1259.2 CC.

La ratificació té dues conseqüències fonamentals.

La primera és que *el mandant assumeix els efectes d'un acte que, en principi, no el vinculava*. En efecte, l'acte que el mandatari celebrà amb el tercer, com que excedia l'àmbit del mandat, no vinculava el mandant, que no té per què assumir una conducta totalment aliena a la seva voluntat i als seus interessos. En aquest cas, el mandatari és qui queda vinculat amb el tercer i és l'únic responsable de l'incompliment.

No obstant això, és possible que el mandant pugui arribar a considerar interessant o avantatjós l'acte que va fer el mandatari i, per tant, decideixi assumir-ne els efectes, ratificant-lo. Els motius que poden impulsar el mandant a ratificar una actuació que en principi no el vinculava poden ser múltiples. Pensem, per exemple, en el mandatari —una galeria d'art— que compra, per a un client seu, unes litografies que no s'ajusten al ventall de característiques descrit en el mandat; tot i això, queda fora de tota discussió que, des del punt de vista objectiu, pel preu i la qualitat de les obres, l'operació duta a terme pel mandatari és molt bona. No obstant això, com que qui ha actuat més enllà dels límits del mandat és el mandatari, és ell qui queda vinculat amb el tercer, i no el mandant, i per tant és el mandatari qui ha d'assumir com a pròpia aquesta operació comercial. Ara bé, el mandant pot acabar ratificant el que ha fet el mandatari i pot assumir la posició contractual en el negoci celebrat amb el tercer. Els motius d'aquesta ratificació poden ser molt variats; per exemple:

a) L'interès directe del mateix mandant, que veu una bona oportunitat de negoci a partir de les obres adquirides.

b) L'interès compartit del mandant i el tercer, que fa molts anys que tenen una relació comercial profitosa que el mandant s'estima més no enterbolir ara amb l'excusa de l'actuació deficient del mandatari.

c) L'interès compartit del mandant i el mandatari, ja que el primer no vol perdre un agent amb qui ha col·laborat durant anys, en qui confia plenament i que, sens dubte, ha actuat amb la millor de les intencions.

Encara que l'article 622-22.1a CCCat no ho digui explícitament, hom pot entendre que la ratificació té efectes retroactius, pel que fa a tots els efectes que el mandant coneixia en relació amb el negoci realitzat pel mandatari. Per exemple, el mandant assumeix la posició de comprador en la compravenda que va formalitzar el mandatari en la mateixa data en què el contracte es va celebrar; per tant, pot reclamar al mandatari els interessos de demora i la multa meritats per l'impagament d'un impost, si desconeixia aquesta circumstància. Lògicament, l'eficàcia retroactiva de la ratificació no afecta els drets adquirits per tercers de bona fe.

La segona conseqüència de la ratificació és que, en principi, *el mandatari queda exonerat de responsabilitat* pel no compliment inicial del mandat. No obstant això, és possible que el mandatari sigui, a més, responsable davant el tercer pels perjudicis causats. En aquest sentit, l'article 622-22.4 CCCat estableix que «els actes ratificats s'entenen fets dins dels límits del mandat, sens perjudici dels drets de tercers de bona fe». Tot i això, en aquest cas també cal valorar la diligència del tercer, que sempre ha d'exigir l'exhibició del poder de representació per tal de poder valorar si l'actuació del mandatari s'ajusta, com a mínim en les seves línies generals, a l'àmbit del mandat.

Així mateix, amb la finalitat de deixar clara quina és la seva situació, «el tercer pot requerir al mandant que ratifiqui l'actuació en un termini raonable que li ha d'assenyalar, transcorregut el qual sense declaració del mandant s'entén que no hi ha ratificació» (art. 622-22.2 CCCat).

3.2.2.2. Gestió més avantatjosa per al mandant

El segon cas en què, per excepció, el mandant queda vinculat malgrat l'extralimitació en què va incórrer el mandatari, és aquell en el qual la gestió es fa d'una manera més avantatjosa per al mandant (art. 622-22.1a CCCat).

En efecte, el més habitual és que si l'actuació del mandatari, encara que sigui extralimitada, beneficia el mandant, aquest la ratifiqui, de manera expressa o tàcita, i assumeixi com a propi allò fet pel mandatari. Si aquesta ratificació no es produeix, l'article 622-22.1b CCCat trasllada la qüestió al terreny dels fets per tal que el jutge, si escau i d'acord amb els arguments aportats per les parts, valori si l'actuació del mandatari ha estat realment beneficiosa per al mandant; si aquest és el cas, el mandatari queda exonerat de responsabilitat i el mandant queda obligat per allò fet pel mandatari. La posició del jutge és delicada, ja que haurà de valorar no solament l'àmbit objectiu (en l'exemple anterior, si comprar les litografies era realment un bon negoci), sinó també l'aspecte subjectiu, és a dir, si en les mateixes circumstàncies (temps, lloc, disponibilitat econòmica) el mandant també hauria celebrat el mateix negoci. Així, és possible que, malgrat que objectivament es tractés d'un bon negoci, el mandant no hagués comprat les litografies perquè no gaire temps abans s'hagués gastat molts diners en una altra obra per a la seva col·lecció, perquè hagués d'estalviar per al casament d'un fill o bé per qualsevol altre motiu digne d'atenció.

3.2.2.3. Alteració de les circumstàncies

Finalment, el tercer cas en què, per excepció, el mandant queda vinculat malgrat l'extralimitació en què va incórrer el mandatari, és aquell en què sobrevé una alte-

ració de les circumstàncies ignorada pel mandant i que el mandatari no li ha pogut comunicar, i sempre que el mandatari actuï d'acord amb el que raonablement hauria autoritzat el mandant (art. 622-22.1c CCCat). La valoració que el mandatari fa d'una hipotètica voluntat del mandant està directament vinculada al deure de diligència del mandatari (art. 622-27.1 CCCat). És per això que el mandatari, sobre la base de les instruccions rebudes, de la naturalesa de l'encàrrec i de l'alteració sobrevinguda, ha de valorar si la seva actuació extralimitada hauria merescut el vistiplau del mandant. La dificultat d'aquesta valoració fa que la decisió del mandatari s'hagi de jutjar amb benevolència; és a dir, en cas de dubte ha de prevaler la bona intenció que va demostrar el mandatari.

3.3. L'EVITACIÓ DEL CONFLICTE D'INTERESSOS

El desenvolupament de l'encàrrec pot donar lloc a un conflicte d'interessos entre el mandatari i el mandant. Sota el títol «Autocontractació i conflicte d'interessos», l'article 622-25 CCCat planteja aquesta situació i apunta alguns criteris per a evitar-la o corregir-la. Hem de precisar que el títol de l'article és erroni, ja que inclou el tot (el conflicte d'interessos) i una part del tot (l'autocontractació), però deixa fora una altra part d'aquest tot: el doble mandat. El títol correcte de l'article hauria de ser, simplement, «Conflicte d'interessos».

3.3.1. L'autocontractació

L'article 622-25.1 CCCat prohibeix, com a principi, l'anomenada *autocontractació*, de manera que «el mandatari no pot ésser part contractual respecte al mandant amb relació als afers jurídics objecte de l'encàrrec». Aquest mateix criteri s'aplica a qualsevol altre supòsit de conflicte d'interessos entre el mandant i el mandatari (art. 622-25.4 CCCat).

La prohibició de l'autocontractació constitueix un argument clàssic de la teoria general dels contractes, la qual rebutja que una mateixa persona ocupi les dues posicions d'una relació contractual, una en nom propi i una altra en nom aliè, ja que d'aquesta situació es poden derivar perjudicis per a les persones en nom de les quals està actuant. En el cas del mandat, això es concreta en la impossibilitat que el mandatari assumeixi la posició de part contractual en el contracte projectat, ja que la seva actuació tendria, sens dubte, a fer prevaler els seus propis interessos per damunt dels del mandant.

Vegem-ne un exemple. Pensem en el cas en què el mandatari té l'encàrrec de vendre una pintura que pertany al mandant per un preu no inferior a 100.000 €. Un mandatari diligent buscarà un comprador que li pagui un preu molt superior, cosa

que, d'altra banda, redundarà en el seu propi benefici si la remuneració es va fixar en un percentatge del preu de venda de l'obra. En canvi, si el mandatari pogués adquirir l'obra per a si mateix, ho faria, lògicament, pel preu mínim de 100.000 €. És cert que, en sentit estricte, els interessos del mandant s'haurien respectat, ja que ingressaria el preu mínim previst, però també és cert que si el mandatari hagués buscat un altre comprador, el benefici per al mandant hauria sigut, sens dubte, molt superior.

La prohibició de l'autocontractació pretén evitar una actitud del mandatari que, sense ser necessàriament il·lícita o reprobable, sí que pot, segons els casos, ser qualificada de poc honorable. És per això que el mateix article 622-25.1 CCCat admet l'autocontractació en una sèrie de casos en els quals no hi ha risc que el mandatari abusi de la seva posició, o en què aquest risc queda minimitzat. En concret:

a) *Quan consti l'autorització expressa del mandant.* Aquesta autorització es pot donar inicialment, en el mateix contracte de mandat, o posteriorment. En el primer cas, el mandant i el mandatari pacten, com una clàusula més del contracte de mandat, que el mandatari podrà contractar per a si mateix allò que el mandant li ha encarregat. En aquesta mateixa línia, vegeu també els articles 621-4e CCCat, 96.4 i 267.1 Ccom, i IV.D.-5:101.2(a) DCFR.

L'acord que permet l'autocontractació pot també tenir lloc amb posterioritat al contracte de mandat, és a dir, quan el mandatari ha manifestat la seva intenció de convertir-se en part contractant i, posteriorment, el mandant expressa el seu consentiment.

b) *Quan la determinació del contingut del contracte és tan precisa que evita el risc de lesió dels interessos del mandant;* en el mateix sentit, vegeu l'article IV.D.-5:101.2(d) DCFR. Es tracta d'un criteri objectiu: absència de risc per als interessos del mandant. Per exemple, si el mandant encarrega al mandatari que vengui mil quilos d'arròs al preu que aquest producte tingui en el moment del tancament d'un determinat mercat el dia 15 de juny, no hi ha cap inconvenient que el mandatari els compri per a si mateix, ja que, com que el preu està determinat de manera totalment objectiva, no hi ha cap risc per al patrimoni del mandant.

Lògicament, en aquests casos en què el mandatari es converteix en part contractual respecte a un únic mandant, no té el dret a la remuneració com a mandatari, llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari (art. 622-25.2 CCCat). Aquest article no fa referència a les despeses ocasionades pel mandat, de manera que no hi ha dubte que el mandatari podrà reclamar-ne el reembossament.

3.3.2. *Doble mandat*

L'article 622-25.3 CCCat admet la figura del doble mandat, pel qual un mandatari accepta gestionar un afer determinat per encàrrec de dos o més mandants amb interessos contraposats. És per això que el mandatari ha d'informar les parts d'aquest

fet i ha d'actuar de forma neutral; en cas contrari, haurà de respondre dels danys causats i perdrà el dret a la remuneració. Paradoxalment, la denominació *dobles mandats* s'utilitza en el preàmbul de la Llei 3/2017, però no en l'articulat relatiu al contracte de mandat.

En principi, l'admissió del doble mandat constitueix una paradoxa, ja que aquesta figura pot propiciar un conflicte d'interessos.⁴ En efecte, en el cas del doble mandat, el mandatari assumeix les dues posicions d'una mateixa relació contractual, en ambdós casos en nom aliè i amb idèntic risc de no mantenir l'equilibri contractual, en prevaler els interessos d'una de les parts en perjudici de l'altra.

Pensem, per exemple, en el cas en què el mandatari té l'encàrrec de vendre una pintura propietat del mandant per un preu no inferior a 100.000 €; posteriorment, el mateix mandatari rep, d'una altra persona, l'encàrrec de comprar aquest mateix quadre per un preu màxim de 150.000 €, però, si és possible, per una quantitat inferior. Sens dubte, el mandatari, com que la seva remuneració es va fixar en un percentatge del preu de venda de l'obra, celebrarà el contracte per un preu de 150.000 €, de manera que, tot i mantenir-se dins l'àmbit de les instruccions rebudes, està beneficiant el venedor i perjudicant el comprador. En sentit estricte, el mandatari ha seguit les instruccions i ha respectat els interessos d'ambdós mandants, però, dins d'aquest marc, és clar que l'equilibri contractual està esbiaixat en benefici del venedor.

És per això que la justificació de l'admissió del doble mandat està, d'entrada, en la informació que el mandatari ha de donar a ambdós mandants per tal que tinguin la possibilitat de revocar els seus mandats. Durant el seu exercici, el doble mandat es justifica amb el deure del mandatari d'actuar de forma neutral: si no ho fa així, haurà de respondre dels perjudicis causats i perdrà el dret a la remuneració.

Lògicament, la possibilitat de doble mandat es pot pactar, d'acord amb el principi d'autonomia de la voluntat, en els contractes que els mandants celebrin amb el mandatari. D'altra banda, l'article IV.D.-5:102.2(a) DCFR considera explícitament aquesta possibilitat. Així mateix, el doble mandat també s'ha d'admetre encara que no s'hagi pactat, si no hi ha risc de lesió dels interessos de cap dels mandants, per aplicació analògica de l'article 622-25.1b CCCat i per l'argument d'autoritat que, en aquest sentit, brinda l'admissió explícita que en fa l'article IV.D.-5:102.2(d) DCFR.

4. No obstant això, el doble mandat està admès en diferents textos legals o projectes, com ara l'art. IV.D.-5:102 DCFR. Així mateix, si bé sense donar-li aquest nom, també el Codi de comerç admet el doble mandat, si el comitent o mandant ho accepta; en aquest sentit, l'art. 267 Ccom estableix que «ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente». Lògicament, l'«otro» a què fa referència aquest precepte és un altre comitent o mandant, a més a més del primer. Així mateix, la possibilitat d'un doble mandat es pot donar també en l'àmbit del contracte d'agència, ja que si l'empresari ho consenteix, l'agent pot dur a terme la mateixa activitat per compte d'altres empresaris (art. 7 LCA), de manera que res no impedeix que allò que, com a agent, ven per a un, ho compri per a un altre.

3.4. REMUNERACIÓ

Que el mandatari percebi o no una remuneració no és un element tipificador del mandat, com es desprèn de l'article 622-24.1 CCCat, precepte que deixa a l'àrbitri de les parts la fixació o no d'una retribució al mandatari. En conseqüència, el mandat tant pot ser oneros com gratuït. Sobre aquesta base, el precepte esmentat estableix que «el mandat es presumeix gratuït, llevat que s'hagi pactat una altra cosa o que el mandatari exerceixi professionalment l'activitat encomanada».

La neutralitat causal del mandat fa que l'existència o no d'una remuneració s'hagi de deduir de la interpretació del negoci creador del mandat.⁵ Si la interpretació no resol el dubte, el criteri més sensat i que, a més a més, es fonamenta en la nostra tradició jurídica és mantenir la gratuïtat del mandat, tret que el mandatari ho sigui precisament perquè això forma part de la seva activitat professional. Amb això, l'article 622-24.1 CCCat reconeix que, en la realitat social, és habitual que el mandatari professional percebi una remuneració o preu; per tant, en aquest cas la remuneració es deu encara que no se n'hagi fet esment en el contracte. Lògicament, la presumpció no opera quan s'ha establert explícitament el contrari, o quan la gratuïtat es pot deduir raonablement del context del mandat (per exemple, de l'actitud del mandatari o de la seva amistat amb el mandant).

L'article 622-24 CCCat no es refereix al moment en què la remuneració és *exigible*. És per això que hom pot entendre que, si no s'ha pactat una altra cosa, la remuneració és exigible no solament quan el mandatari ha complert la tasca encomanada, sinó quan, a més, *ha donat compte* de la seva actuació al mandant. En relació amb la rendició de comptes, vegeu especialment l'article 622-31 CCCat.

L'import de la remuneració es determina, tret que el mandant i el mandatari hagin pactat una altra cosa, «per mitjà de les regles professionals aplicables i, subsidiàriament, dels usos del lloc d'acord amb la naturalesa de l'afer» (art. 622-24.2 CCCat).

L'article 622-24 CCCat no es planteja si, en el cas en què sigui el mandant qui acabi fent la gestió que en principi havia de realitzar el mandatari, aquell deu o no a aquest la remuneració pactada. Sobre aquesta qüestió, l'article IV.D.-2:102(4) DCFR assenyala:

Cuando el mandato es para la conclusión de un contrato proyectado y el mandante lo ha celebrado directamente, o bien por otra persona designada por él

5. En realitat, aquest també és el criteri que es dedueix de la tortuosa redacció de l'article IV.D.-2:102.1 DCFR: «El mandante debe pagar una retribución si el mandatario cumple las obligaciones derivadas del mandato en el ámbito de su profesión o actividad económica habitual, salvo que el mandante esperase o pudiese razonablemente haber esperado que el mandatario cumpliera sus obligaciones por un motivo distinto al de la remuneración».

y que actúa por cuenta de éste, el mandatario tiene derecho a la retribución o a una parte de la misma si la celebración del contrato proyectado puede ser atribuida en todo o en parte al cumplimiento por el mandatario de las obligaciones derivadas del mandato.

En qualsevol cas, la solució s'ha d'obtenir a partir de la interpretació dels termes del negoci, especialment si es va pactar l'exclusivitat del mandatari per a dur a terme la gestió, de manera que aquest tenia una sòlida expectativa d'obtenir la remuneració pactada. Així mateix, és difícil determinar la retribució del mandatari quan no es va pactar l'exclusivitat d'aquest per a dur a terme la gestió i el mandant acaba fent una part de la gestió, ja que poden concórrer moltes circumstàncies que permetin afirmar que el mandatari ha tingut un paper, si no decisiu, sí important en la celebració del contracte projectat en l'encàrrec del mandat. Aquest és el cas, per exemple, en què el comprador veu l'anunci de la venda d'un pis a l'aparador d'una agència, però decideix investigar i localitzar pel seu compte el propietari de l'apartament i formalitzar directament el contracte amb ell; ara bé, aquest cas és molt diferent del cas en què el propietari del pis proposa vendre'l a un nebot seu que viu en una altra ciutat i que difícilment hauria tingut coneixement de l'anunci de venda que feia l'agència immobiliària.

Un problema similar és el que es planteja quan el contracte projectat se celebra un cop extingida la relació de mandat, si bé gràcies a l'esforç que el mandatari hi ha esmerçat. L'article IV.D.-2:102(5) DCFR exposa els requisits que han de concórrer per tal que el mandant estigui obligat al pagament de la remuneració. En essència, cal que la conclusió del contracte projectat sigui *fonamentalment* el resultat dels esforços del mandatari i que hagi tingut lloc dins d'un *termini raonable* des de la finalització del mandat. Tornem a l'exemple anterior: la venda d'un pis a través d'una agència immobiliària que actua com a mandatària. Així, el treballador de l'agència insisteix en la bondat del pis i de les condicions de finançament a un possible comprador que s'atura a l'estand que l'agència instal·la al carrer durant les festes del poble; fins i tot van a visitar el pis, que no és gaire lluny. El client, malgrat la insistència, decideix no comprar el pis; no obstant això, al cap d'uns mesos s'ho repensa i torna a l'agència, on té la decepció de saber que el pis ja no és a la seva cartera perquè ha expirat el termini que tenia per a vendre'l. El client decideix informar-se de qui és el propietari de l'apartament i negocia la compra amb ell. Observem que en aquest cas també hi ha molts elements per valorar per tal de decidir si el mandatari (l'agència immobiliària) té dret a la remuneració, sobre la base de si la venda es deu *fonamentalment* als esforços del mandatari i si ha tingut lloc dins d'un *termini raonable* des de la finalització del mandat. La prudència i el sentit comú resultaran fonamentals per a decidir si el client ha de pagar o no una remuneració al mandatari, o si ha de pagar tan sols una part de la que es va pactar.

En qualsevol cas, encara que el mandant hagi fet la gestió ell mateix, haurà d'abonar al mandatari les despeses que hagi tingut i haurà d'indemnitzar-lo pels perjudicis que el compliment del mandat li hagi ocasionat. Vegeu també els articles 12 i 13 LCA.

3.5. LA NO EXCLUSIVITAT

3.5.1. *El mandat no es presumeix exclusiu*

El Codi civil de Catalunya no considera explícitament si el mandat es pacta amb caràcter d'exclusiu o no. Tampoc no hi fa referència el CC, però sí el DCFR, en concret l'article IV.D.-3:301, que sota el títol «La exclusividad no se presume» estableix que «el mandante es libre de celebrar, negociar o facilitar el contrato proyectado directamente o de encargar a otro mandatario que lo haga». Davant del silenci del CCCat, no hi ha cap inconvenient conceptual a admetre que en el dret civil de Catalunya ha de regir el mateix criteri del DCFR, de manera que l'exclusivitat del mandatari no es presumeix. Lògicament, no hi ha cap inconvenient que es pacti l'exclusivitat del mandatari, però si no s'ha pactat, el mandant és lliure de celebrar, negociar o facilitar ell directament el contracte projectat, i també d'encarregar a un altre mandatari que ho faci. Cal precisar que el nomenament d'un nou mandatari no comporta, tret que es digui expressament, la revocació del mandat anterior (art. 622-35.1 CCCat).⁶

3.5.2. *El règim de l'exclusivitat, pactada, del mandat*

Que hi hagi només un mandatari designat no significa que ell sigui l'únic mandatari possible; és a dir, no li dona la nota d'exclusivitat. L'article IV.D.-3:301 DCFR és clar en aquest sentit quan diu que el mandant és lliure d'encarregar a un altre mandatari el desenvolupament de l'encàrrec. Això és lògic perquè no es pot prohibir al mandant encarregar la defensa i la gestió dels seus interessos a una altra persona que, per exemple, li inspira més confiança que el primer mandatari, o perquè creu que, d'aquesta manera, les possibilitats d'èxit es multipliquen.

Ara bé, com ja hem indicat, res no impedeix que es pacti l'exclusivitat del mandatari, sobretot si el mandat té una durada acotada. Per exemple, es pacta que l'agència immobiliària (mandatària) té l'exclusiva de la venda del pis del mandant durant sis mesos, passats els quals el mandat subsisteix però ja sense el caràcter exclusiu, de manera que el mandant és lliure d'encarregar la venda, a més a més, a una altra o a altres agències.

6. Aquest criteri és diferent del que segueix el CC, l'art. 1735 del qual precisa que el nomenament d'un nou mandatari per al mateix negoci produeix la revocació del mandat anterior des del dia que el segon nomenament es fa saber al primer mandatari. Es tracta d'una revocació tàcita del mandat, és a dir, una revocació que no es produeix per una declaració expressa de la voluntat del mandant, sinó que es dedueix de fets que, de manera concloent, resulten contraris a la continuació o subsistència del mandat.

L'exclusivitat no s'ha d'entendre, lògicament, com una vinculació personal i inviolable, sinó en el seu sentit contractual, de manera que la infracció de l'exclusivitat comporta l'incompliment contractual i, amb aquest, la indemnització corresponent.

3.5.3. *L'exclusivitat no impedeix que el mandant faci ell mateix la gestió*

L'article IV.D.-3:301 DCFR es basa en el principi rector de la relació de mandat, que diu que l'interès fonamental que cal tenir en compte és el del mandant. Aquesta idea és compatible amb l'interès del mandatari en la remuneració i amb la possibilitat, que el DCFR considera marginal (vegeu l'art. IV.D.-1:105(1) DCFR) que hi pugui haver un interès compartit entre el mandant i el mandatari.

L'article IV.D.-3:301 DCFR és una clara manifestació del principi esmentat, ja que permet al mandant, en qualsevol circumstància, dur a terme ell mateix el contingut del mandat o bé encarregar-lo a una altra persona. Això significa que en cap cas el mandatari pot exigir al mandant que no actuï; el mandatari té l'obligació de fer allò que se li va encarregar, però no pot exigir al mandant que no ho faci ell mateix o que no ho encarregui a una altra persona. Lògicament, el mandatari podrà cobrar la remuneració deguda i exigir el reembossament de les despeses i la indemnització pels perjudicis que se li hagin ocasionat com a conseqüència de no haver pogut realitzar ell mateix la gestió.

3.6. CESSIÓ DE L'EXECUCIÓ DEL MANDAT

El mandat és un contracte que es basa en la confiança que el mandant té en el mandatari. És per això que, en principi, és el mandatari qui ha de realitzar l'encàrrec personalment, encara que per a fer-ho hagi d'utilitzar auxiliars que l'ajudin materialment. Això no exclou que, per raons diverses, com ara aconseguir una major operativitat del mandat o no sobrecarregar de feina el mandatari, el mandant autoritzi expressament que sigui una altra persona qui dugui a terme l'encàrrec projectat inicialment.⁷

En aquest sentit, l'article 622-26.1 CCCat, un cop manifestat el principi que el mandatari ha d'actuar personalment, considera la possibilitat que el mateix *cedeixi l'execució* del mandat a una tercera persona, però solament si el mandant li ho ha autoritzat expressament. En conseqüència, el mandatari no té cap autonomia respecte a si és possible o no cedir a una altra persona la seva activitat com a tal. Això no exclou,

7. En l'àmbit de la comissió mercantil, vegeu, en sentit semblant, els art. 261, 262 i 296 Ccom; en el del contracte d'agència, vegeu l'art. 5 LCA.

com hem indicat abans, que el mandatari pugui utilitzar auxiliars i col·laboradors merament instrumentals, però controlant ell tot el desenvolupament i l'execució de l'encàrrec (vegeu, en aquest sentit, l'art. 622-27.3 CCCat). Així, és de sentit comú que el mandatari ha de realitzar, ell personalment, l'encàrrec de vendre la casa del mandant, tot i que la informació registral s'hagi obtingut a través d'un gestor col·legiat.

Si el mandatari, sense estar autoritzat per a fer-ho, cedeix a un tercer l'execució del mandat, haurà de respondre sempre dels actes que faci el cessionari (incís final de l'art. 622-26.1 CCCat).

L'article 622-26.1 CCCat considera dos mecanismes pels quals el mandatari pot cedir l'execució del mandat a una tercera persona: la substitució i la delegació.

a) La *substitució* té lloc quan el mandatari *cedeix la seva posició contractual*, de manera que a partir d'aquest moment queda fora de la relació contractual que havia establert amb el mandant. Des que es produeix la substitució, el contracte de mandat deixa de vincular el mandant amb el mandatari inicial i passa a vincular el mandant amb el substitut, que passa a ser l'únic mandatari.

Això fa que l'única responsabilitat que manté el mandatari inicial respecte al mandant és la que deriva de l'elecció del substitut. En paraules de l'article 622-26.2 CCCat, «el mandatari només respon per la manca d'idoneïtat notòria de la persona escollida». És per això que resulta inadequada la generalització amb la qual els apartats 2 i 3 del mateix article 622-26 i l'article 622-24.3 CCCat tracten les conseqüències de la substitució i la delegació, homogeneïtzant-les. En efecte, en el cas de la substitució, el mandatari *no pot* respondre «per unes instruccions inadequades» (art. 622-26.2 CCCat) per la senzilla raó que ell *no dona* instruccions al nou mandatari; aquest assumeix la mateixa posició contractual que tenia el mandatari inicial, incloent-hi les instruccions que en el seu dia va donar al mandant. Tampoc no és correcta la referència a una «acció directa» del mandant contra el nou mandatari (art. 622-26.3 CCCat) en l'estricta sentit tècnic d'aquesta acció com una legitimació extraordinària que la llei concedeix en determinats casos; en efecte, l'acció del mandant contra el mandatari és l'acció contractual normal que deriva del contracte de mandat que els uneix. Així mateix, tampoc no encaixa en la substitució la puntualització de l'article 622-24.3 CCCat que «el dret a la remuneració, si escau, correspon al mandatari que hagi contractat amb el mandant», referència massa general que apareix després de dir que la cessió de l'execució del mandat no altera el seu caràcter oneros o gratuït. I és que, en realitat, en aquest cas la remuneració correspon al nou mandatari, atès que el mandatari inicial ja no és part en el contracte.

b) En la *delegació*, en canvi, el mandatari conserva la seva qualitat de part contractual i designa una persona per a realitzar l'encàrrec, però sense prendre ell mateix la qualitat de mandatari. Aquesta situació dona lloc al que s'ha anomenat *submandat*, en el qual el mandatari és alhora mandant (submandant) del delegat o submandatari.

En el cas de la delegació, sí que s'apliquen al mandant delegat o submandatari totes les conseqüències a les quals fa referència l'article 622-26 CCCat, algunes de les quals, com hem vist, no tenien raó de ser en el cas de la substitució. Així, el manda-

tari respon no solament per la manca d'ideïtat notòria de la persona elegida com a substituïda, sinó també per les instruccions inadequades que el mandatari hagi donat a aquesta (art. 622-26.2 CCCat). Així mateix, en la delegació el mandant té acció directa contra la persona substituïda (art. 622-26.3 CCCat). És per això que si el mandatari no compleix amb el mandant, aquest es pot adreçar directament a la persona delegada per a exigir-li el compliment de l'encàrrec. En aquest cas sí que és correcta la denominació *acció directa*, ja que la llei legitima el mandant per a actuar directament contra una persona, la delegada, amb la qual no havia contractat.

3.7. EL DEURE DE DILIGÈNCIA DEL MANDATARI

Com sabem, el mandatari ha d'actuar dins l'àmbit del mandat i ha de seguir les instruccions del mandant. Segons l'article 622-27.2 CCCat, la viabilitat de l'encàrrec requereix que el mandatari actuï de manera diligent i respongui davant el mandant de la seva pròpia actuació i de la dels seus auxiliars. Aquest mateix precepte afegeix que si el mandatari exerceix professionalment l'activitat en la qual s'enquadra l'encàrrec, ha d'actuar amb la diligència professional corresponent, tret que hi hagi un pacte exprés en sentit contrari.

La diligència del mandatari s'ha d'adequar a la naturalesa de l'afer, cosa que li permet tenir un marge de decisió o discrecionalitat en el desenvolupament de la seva tasca. En cas que no el tingués, es tractaria no d'un mandatari, sinó d'un mer *nuntius*, que actuaria de manera automàtica com un simple instrument —humà— de l'única voluntat present, que seria la del mandant o principal. És precisament aquesta llibertat d'actuació el que permet al mandatari fins i tot extralimitar-se si la seva gestió resulta avantatjosa per al mandant, com hem vist anteriorment (art. 622-22.1b CCCat).

L'article 622-27.2 CCCat regula el deure de diligència que ha d'assumir el mandatari en el compliment de les obligacions derivades del mandat; en concret, el descriu com «la diligència pròpia d'una persona raonable, d'acord amb la naturalesa de l'afer encarregat». Es tracta, per tant, del nivell de diligència mitjà, normal o, en la terminologia tradicional, del bon pare de família.

Aquest criteri de la diligència mitjana es presenta aquí amb una flexibilitat total i depèn de les circumstàncies concretes que envolten cada relació de mandat. Per exemple:

a) La naturalesa, la magnitud, la freqüència i la previsibilitat dels riscos que comporta el compliment de les obligacions que deriven del contracte de mandat.

b) Si el mandatari és o no un professional («diligència professional corresponent»);⁸

8. En l'àmbit de la comissió mercantil, el nivell de diligència exigible és, tret que en el contracte s'hagi

c) Si el mandat és o no retribuït. El CCCat no planteja explícitament aquesta situació, si bé es pot deduir de la presumpció d'onerositat quan el mandat és dut a terme per un professional. En qualsevol cas, sigui o no professional, és lògic que el mandatari hagi d'assumir una responsabilitat més gran si el mandat és retribuït. En aquest sentit, és encertada la crida a l'equitat del jutge que fa l'article 1726 CC quan diu que la responsabilitat del mandatari per culpa «deberá estimarse con más o menos rigor por los tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido», precepte que s'ha d'entendre perfectament aplicable a Catalunya.

La diligència del mandatari s'estén també al rigorós deure d'informació que té envers el mandant. En concret, d'acord amb l'article 622-27.1a i b CCCat, el mandatari ha d'informar el mandant de les gestions fetes i del seu resultat, així com de qualsevol modificació de les circumstàncies, sempre que això sigui raonablement possible. L'article 622-27 CCCat es refereix al deure d'informació que el mandatari té envers el mandant durant l'exercici del mandat, ja que per «gestions fetes» s'entenen les que s'han realitzat fins al moment en què s'informa (no, per tant, fins al final del mandat). Al final del mandat, el que escau és la rendició de comptes a la qual fa referència l'article 622-31 CCCat.

La informació que ha de donar el mandatari es refereix a l'existència de negociacions, al seu progrés i a qualsevol pas o actuació tendent a concloure o facilitar el contracte projectat. Per exemple, es pot pactar expressament en el contracte de mandat que el mandatari ha d'informar cada setmana del decurs de la gestió, per si el mandant considera necessari donar noves instruccions al mandatari o variar les que ja li va donar.⁹

3.8. EL DEURE DE COOPERACIÓ DEL MANDANT

Com sabem, és essencial en el contracte de mandat que el mandant doni instruccions al mandatari. A més, com a manifestació del principi general de bona fe, l'article 622-28.1 CCCat imposa al mandant el deure de cooperar amb el mandatari per tal de facilitar l'execució del mandat. Per exemple, el mandant ha de donar al mandatari qualsevol informació que li sol·liciti, com ara l'aclariment de les instruccions que ja li va donar.

establert una altra cosa, el del professional en la matèria. En aquest sentit, l'art. 255.2 Ccom assenyalava que el comissionista «hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio»; vegeu també l'art. 9.1 LCA.

9. Aquest és el principi que, en l'àmbit de la comissió mercantil, inspira l'art. 260 Ccom, segons el qual «el comisionista comunicará frecuentemente al comitente las noticias que interesen al buen éxito de la negociación»; en el mateix sentit, vegeu l'art. 9.2b LCA.

Així mateix, el mandant ha d'anticipar al mandatari els mitjans necessaris per a realitzar l'encàrrec (art. 622-28.1 CCCat). Si, pel motiu que sigui, el mandatari ha anticipat diners, el mandant els hi haurà de reembossar juntament amb els interessos legals des de la data de la bestreta (art. 622-32.1 CCCat).

També forma part del deure de cooperació el lliurament que el mandant ha de fer al mandatari del document, si existeix, en què consta el poder, així com l'obligació de formalitzar-lo en escriptura pública en els casos establerts per la llei (art. 1280.1.6 CC).

3.9. LA PLURALITAT DE MANDATARIS

L'article 622-29 CCCat permet que el mandant designi un sol mandatari o bé una pluralitat. Quan són més d'un, l'article deixa en mans de l'autonomia de la voluntat de les parts determinar quin és el règim d'actuació dels mandataris. Si no ho fan, l'article 622-29 CCCat fixa alguns criteris, si bé de manera imprecisa i incompleta. Cal, doncs, fer una interpretació extensiva del precepte que ens duu a distingir les quatre situacions que detallem a continuació:

a) *Actuació totalment independent de cada mandatari: la no exclusivitat.* L'article 622-29.1 CCCat assenyalava que, si no s'ha pactat una altra cosa, cadascun dels mandataris pot actuar pel seu compte.

b) *Els diversos mandataris actuen conjuntament,* cas en el qual responen sempre solidàriament de la gestió (art. 622-29.2 CCCat). Hem d'entendre que *actuació conjunta* és sinònim d'*actuació col·lectiva*, de manera que tots els mandataris necessàriament han de participar en la gestió de l'encàrrec. Aquesta actuació a l'uníson justifica la solidaritat en la responsabilitat.

c) *Els diversos mandataris actuen solidàriament,* cosa que significa que cadascun d'ells pot realitzar, *per si sol*, la totalitat de l'encàrrec, i que cadascun d'ells respon per la totalitat, com a conseqüència de la solidaritat. Aquest règim no està considerat explícitament en l'article 622-29 CCCat, però resulta perfectament admissible i li són d'aplicació les regles generals en matèria d'obligacions solidàries (art. 1137-1148 CC).

d) *Els diversos mandataris actuen mancomunadament,* de manera que cada mandatari realitza exclusivament la part de l'encàrrec que té assignada explícitament o que es dedueix de la seva naturalesa. Aquest règim d'actuació tampoc no està considerat en l'article 622-29 CCCat, però s'ha d'admetre d'acord amb les regles generals dels articles 1137 i 1138 CC.

En qualsevol dels casos esmentats, els mandataris que han fet efectivament la gestió tenen dret a la remuneració (art. 622-29.3 CCCat, en relació amb l'article 622-24 CCCat).

3.10. LA PLURALITAT DE MANDANTS

Si la posició jurídica de mandant està integrada per una pluralitat de persones, l'article 622-30 CCCat estableix, com a criteri subsidiari a allò determinat per l'autonomia de la voluntat, el règim de la solidaritat tant en els crèdits com en els deutes. D'aquesta manera, cadascun dels mandants pot exigir pel seu compte el compliment del mandat i tots els mandants responen sempre solidàriament davant del mandatari.

L'article 622-30 CCCat sembla assenyalar com a requisits d'aquest règim que els diversos mandants conclouguin el contracte de mandat «amb un mateix mandatari» i «per a gestionar un mateix afer o afers d'interès comú». La referència a «un mateix mandatari» s'ha d'entendre en el sentit que la posició de mandatari és única, sens perjudici que estigui integrada per una pluralitat de persones que assumeixen, totes, l'obligació de dur a terme l'encàrrec.

Com reconeix el mateix article 622-30 CCCat, el règim de l'organització de la pluralitat de mandants és, en primer lloc, el que deriva de la voluntat de les parts; és per això que, amb les adaptacions oportunes, és possible aplicar als mandants sistemes d'organització similars als que hem vist en relació amb els mandataris.

4. L'EXTINCIÓ DEL MANDAT

4.1. LES CAUSES D'EXTINCIÓ DEL MANDAT

L'article 622-33.1 CCCat enumera les causes per les quals el mandat s'extingeix, que examinarem en les pàgines següents. En concret, diu:

1. El mandat s'extingeix, a més de per les causes establertes pel títol de constitució o per la llei, per:
 - a) El compliment de l'encàrrec.
 - b) La revocació per part del mandant o el desistiment del mandatari.
 - c) La mort, la declaració de mort o d'absència, la modificació judicial de la capacitat o la prodigalitat, la declaració de concurs del mandant o del mandatari.
 - d) L'extinció de la persona jurídica mandant o mandatària.

Si el mandat va ser atorgat per una pluralitat de mandants, s'extingeix quan la causa els afecta a tots, tret que hi hagi un pacte en sentit contrari o que la causa d'extinció sigui la revocació justificada, cas en el qual el mandat solament s'extingeix per al mandant que revoca (art. 622-34 CCCat).

4.1.1. *Causas establertes en el títol de constitució*

D'acord amb l'article 622-33.1 CCCat, el mandat s'extingeix, entre altres causes, «per les [...] establertes pel títol de constitució». D'aquestes causes, en podem destacar dues que, sens dubte, són molt freqüents: el venciment del termini i el compliment de la condició resolutòria, elements del negoci que solament poden existir si es van incloure explícitament en el títol de constitució.

4.1.2. *Causes establertes per la llei*

L'article 622-33.1 CCCat estableix també que el mandat s'extingeix, entre altres causes, per les «establertes [...] per la llei». De vegades, per tal de no entorpir determinades actuacions jurídiques, la llei imposa l'extinció del poder de representació que una persona havia atorgat a una altra. Si aquest poder s'inseria en un contracte de mandat, l'extinció del poder comporta també la del mandat, ja que no s'admet, com sabem, el mandat no representatiu. Per exemple, en un procediment de nul·litat del matrimoni, de divorci o de separació legal, la sol·licitud de l'adopció de mesures provisionals «implica la revocació dels consentiments i poders que qualsevol dels cònjuges hagi atorgat a favor de l'altre» (art. 233-1.5 CCCat).

Vegeu altres casos en l'article 240-5.3 CCCat, en relació amb les relacions conviencials d'ajuda mútua. En el cas de l'article 222-2.3 CCCat, una vegada constituïda la tutela, l'extinció del poder atorgat en previsió d'una pèrdua sobrevinguda de capacitat no és automàtica, però sí que la pot demanar el tutor.

El mandat s'extingeix també per la impossibilitat de compliment de l'encàrrec projectat. El CCCat no fa una menció explícita d'aquesta causa d'extinció, però pot entendre's inclosa en la remissió a les causes establertes per la llei a què es refereix l'article 622-33.1 CCCat; més concretament, l'extinció del mandat per la impossibilitat de compliment de l'encàrrec es desprèn de l'aplicació de les regles generals en matèria d'extinció de les obligacions.

Possiblement, una bona opció seria incloure en l'article 622-33 CCCat una norma com la de l'article IV.D.-6:103.1 DCFR, segons la qual «el mandante puede terminar la relación de mandato notificando la existencia de una razón extraordinaria y seria». Resulta comprensible que el mandant pugui desvincular-se del mandat quan concorri una causa suficientment greu per a valorar, segons un criteri raonable, que la relació de mandat s'ha convertit en excessivament onerosa o incòmoda per al mandant. L'article IV.D.-6:103 DCFR, amb bon criteri, no defineix què s'ha d'entendre

per «raó extraordinària i seriosa», si bé en dona algun exemple,¹⁰ de manera que la qüestió queda en mans del sentit comú de les parts de la relació de mandat i, en darrera instància, de l'arbitri judicial. El criteri d'aquesta norma és encertat, ja que no té sentit —i segurament és inviable— acotar o encotillar conceptes que per naturalesa són indeterminats a causa de la multiplicitat de situacions a les quals es poden aplicar. En seria un exemple el cas en què l'objecte del mandat ja no té interès per al mandant, com ara si va encarregar al mandatari que li trobés un pis de lloguer a París, ja que l'empresa per la qual treballa l'anava a destinar allí, però després aquesta expectativa es va veure frustrada.

La mateixa causa d'extinció —la concurrència d'una raó extraordinària i seriosa— i els mateixos arguments són aplicables al mandatari quan es produeix un canvi substancial en la relació de mandat (art. IV.D.-6:105.1 i IV.D.-6:105.3(a) DCFR). Vegem-ne un exemple. El mandant, un polític important, encarrega al mandatari la compra d'uns terrenys. Uns dies després, un cas de frau que implica el mandant és tema de portada en tots els diaris. Com passa en aquests casos, amb independència de si les acusacions són certes o no, és evident que la reputació del mandant com a polític es veu afectada. A banda d'això, que és el fet més aparent, podem observar que també el mandatari té motius de preocupació, ja que la seva pròpia reputació es pot veure seriosament perjudicada: no és bo ser el mandatari d'una persona acusada de frau, ja que, encara que l'actuació del mandatari sigui immaculada, és possible que hi hagi sospites de complicitat, les quals, encara que siguin totalment infundades, perjudicaran enormement la seva reputació. El mandatari, per tant, tindrà un interès clar a posar fi a la relació de mandat, i l'article IV.D.-6:105(1) DCFR el legitima a fer-ho: amb independència que el mandant hagi complert perfectament les seves obligacions derivades del mandat, és evident que l'acusació de frau que pesa sobre ell es pot qualificar com una raó extraordinària i greu que ha de permetre al mandatari posar fi a la relació de mandat.

4.1.3. *El compliment de l'encàrrec*

La causa «natural» d'extinció del mandat és el compliment de l'encàrrec que el mandant va fer al mandatari (art. 622-33.1a CCCat i també art. IV.D.-7:101(a) DCFR).

En aquest cas, el mandat ja no té cap finalitat ni interès, de manera que la relació de mandat finalitza. Resulta irrellevant qui realitza efectivament la gestió que s'havia de dur a terme. Així, si el mandatari tenia l'encàrrec de vendre una finca del

10. Art. IV.D.-6:103.3 DCFR: «A los efectos de este artículo, la muerte o la incapacidad de la persona que, al tiempo de la celebración del contrato de mandato, las partes designaron para cumplir las obligaciones del mandatario derivadas del contrato de mandato, constituye una razón extraordinaria y seria».

mandant, el mandat s'extingeix tant si és el mandatari qui, en nom del mandant, celebra el contracte amb el comprador, com si és el mateix mandant qui ho fa.

4.1.4. *La revocació*

D'acord amb l'article 622-33.1*b* CCCat, el mandat també s'extingeix per la revocació per part del mandant. Aquest precepte està desenvolupat en els articles 622-35 i 622-36 CCCat. La revocació del mandat consisteix en la retirada del mandat per part del mandant, de manera que ja no produeix cap efecte.

4.1.4.1. El principi de revocabilitat del mandat per part del mandant

El mandant pot revocar el mandat en qualsevol moment, decisió que ha de notificar al mandatari; això, sens perjudici dels casos d'irrevocabilitat que estableix l'article 622-36 CCCat, als quals ens referirem més endavant.

La revocabilitat per part del mandant apareix així com un dels principis que fonamenten la relació de mandat; en el mateix sentit, vegeu l'article IV.D.-1:104 DCFR. El mandat es basa en l'actuació per compte i en interès del mandant i en la confiança que aquest té en el mandatari, de manera que resulta lògic que el mandant pugui, en qualsevol moment i sense necessitat d'una justificació específica, posar fi a una relació jurídica que ja no troba satisfactòria.

L'únic efecte de la concurrència d'una causa justa i seriosa, d'acord amb les regles generals del dret d'obligacions, és l'exoneració del pagament de la remuneració deguda al mandatari, excepte la part corresponent a l'activitat que, en relació amb l'encàrrec, aquest ja hagi realitzat.

La possibilitat de revocació del mandat té la seva justificació més evident quan el mandat té una duració indefinida, cas en el qual la revocació constitueix el mecanisme «natural» d'extinció de la relació de mandat. No obstant això, el caràcter obert de la redacció dels articles 622-33.1*b* i 622-35 CCCat permet aplicar el principi de revocabilitat a qualsevol tipus de mandat; per tant, també al conclòs per una durada determinada o per a una tasca específica.

D'acord amb l'article 622-35 CCCat, la revocació del mandat ha de ser expressa i ha de notificar-se al mandatari. És per això que el nomenament, per si sol, d'un nou mandatari no revoca el mandat anterior, de manera que coexistiran dos (o més) mandataris, als quals s'ha d'aplicar el règim de l'article 622-29 CCCat. Aquest criteri sembla preferible, ja que s'acomoda més bé a la voluntat presumpta del mandant, al de l'article 1735 CC, segons el qual el nomenament d'un nou mandatari per al mateix negoci posa fi a la relació de mandat anterior, és a dir, revoca el mandat anterior, amb l'únic requisit de la notificació al primer mandatari.

Com que la revocació és un acte unilateral del mandant, és essencial establir un règim de protecció dels tercers que, desconexedors de la revocació del mandat, hagin contractat amb el mandatari. En aquest sentit, d'acord amb l'esperit de l'article 622-35.2 CCCat, la revocació no és mai oposable als tercers de bona fe que hagin contractat amb qui creien que era el mandatari.¹¹

Un cop revocat el mandat, el mandant té interès a impedir que el mandatari pugui, en el futur, seguir actuant com a tal sota una aparença de mandat. És per això que l'article 622-35.3 CCCat permet exigir al mandatari la devolució del document on consta el mandat, si bé el mandatari pot substituir aquesta devolució per la constància de la revocació en les còpies del document.

4.1.4.2. El pacte d'irrevocabilitat

D'acord amb l'article 622-36.1 CCCat, «es pot pactar que el mandat sigui irrevocable si l'atorgament té com a finalitat la salvaguarda d'interessos legítims del mandatari o dels mandants, derivats d'una relació jurídica diferent del mandat».¹²

No queda clar quin és el veritable abast d'aquesta norma, especialment pel que fa a la referència a una «relació jurídica diferent del mandat», que es pot «incomplir» (apartat 2a del mateix art. 622-36 CCCat), sobretot si tenim en compte que, malgrat el pacte d'irrevocabilitat, el mandat sempre es pot revocar «si existeix una causa legítima» (apartat 2b art. 622-36 CCCat).

La referència al mandant no té gaire sentit perquè és evident que a ell la irrevocabilitat no li interessa per tal de tenir sempre el control últim de la gestió que s'ha de realitzar. És per això que si el mandant accepta la irrevocabilitat del mandat és perquè el mandatari l'ha convençut d'això, probablement amb alguna contraprestació.

En el cas del mandatari, la irrevocabilitat té més sentit perquè li permet assegurar-se el cobrament de la remuneració pactada. Moltes vegades aquest és l'únic interès

11. En canvi, el text literal de l'art. 622-35.2 CCCat resulta tortuós, confús i innecessari per a arribar a la mateixa conclusió que hem apuntat. L'article diu:

2. La revocació no es pot oposar a tercers de bona fe que hagin contractat amb el mandatari en els casos següents:

a) Si el mandatari no la coneixia.

b) Si, fins i tot coneixent-la, el mandat s'hagués atorgat per a contractar amb persones determinades i aquestes no tenien coneixement de la revocació.

12. La diferència de nombre entre mandatari (en singular) i mandant (en plural) resulta estranya i no sembla respondre a una finalitat determinada.

del mandatari. No obstant això, no s'exclou que el mandatari pugui tenir altres interessos legítims en el desenvolupament del mandat i, en conseqüència, en el fet que aquest no sigui lliurement revocable pel mandant.

L'article 569-5.4 CCCat ens dona un exemple perfecte de l'interès que el mandatari pot tenir en el mandat. Aquest precepte es refereix al contingut que ha de tenir l'escriptura de reconeixement del dret de retenció, escriptura que el retenidor pot exigir al propietari de la finca retinguda a fi que el dret esmentat pugui ser inscrit en el Registre de la Propietat. L'apartat *e* de l'article permet que en l'escriptura es designi una persona que representi el titular de la finca en l'atorgament de l'escriptura d'adjudicació, en el cas que la finca retinguda sigui adjudicada a una tercera persona com a conseqüència de l'execució del dret de retenció; i el precepte permet que aquesta persona —que és un mandatari— sigui el creditor mateix. Això significa que el mandatari té un interès evident en el desenvolupament i l'execució del mandat, ja que això li permetrà cobrar el crèdit que tenia contra el propietari de la finca retinguda. En conseqüència, resulta perfectament lògic que aquest mandat no pugui ser lliurement revocat pel mandant, en concordança amb l'apartat 1 de l'article 622-36 CCCat.

La irrevocabilitat del mandat té algunes excepcions, que detalla l'apartat 2 del mateix article. La primera és que, malgrat el pacte d'irrevocabilitat, el mandat es pot revocar si s'extingeix la relació jurídica que fonamenta la irrevocabilitat (art. 622-36.2a CCCat). Seguint amb l'exemple anterior, aquest és el cas quan el mandatari simplement no actua, de manera que és el mateix mandant qui acaba atorgant l'escriptura d'adjudicació i, amb això, revocant el mandat. El mateix precepte afegeix que si la irrevocabilitat es va pactar en interès del mandatari, l'extinció del mandat té lloc si aquest incompleix la relació jurídica; aquesta afirmació resulta confusa pel que fa al seu abast i és innecessària, ja que el seu contingut es pot incloure perfectament en la primera part del precepte. En segon lloc, el mandat també és revocable, malgrat el pacte d'irrevocabilitat, quan el mandant està legitimat per a posar-hi fi quan concorri una «causa legítima» (art. 622-36.2b CCCat); per exemple, quan es produeixi la mort o la incapacitació de l'expert que, per acord del mandant i el mandatari, estava encarregat d'executar les obligacions del mandatari.

La imprecisa i deficient regulació de l'article 622-36 CCCat culmina amb dos efectes de la revocació que no s'ajusten en absolut ni a la naturalesa del mandat ni a les regles generals del dret d'obligacions. El primer és que «la revocació produeix efectes si, una vegada notificada al mandatari, aquest no s'hi oposa en el termini de quinze dies» (art. 622-36.3 CCCat). Això significa que si el mandatari s'oposa a la revocació, el mandant queda necessàriament vinculat pel mandat, fet que és totalment contrari a la naturalesa mateixa d'aquest contracte, basat essencialment en la confiança que el mandant té en el mandatari. Ni aquesta norma ni la que conté l'apartat quart del mateix article 622-36 CCCat, segons la qual «la revocació del mandat que contravingui el pacte d'irrevocabilitat és ineficax», encaixen en les regles generals del dret

d'obligacions. En efecte, l'incompliment de l'obligació de no revocar, quan es tracti d'una obligació basada en la confiança, no pot donar lloc al compliment específic de l'obligació —que seria el manteniment del mandat—, sinó només a la indemnització pels perjudicis causats (art. 1098, 1099 i 1101 CC).

4.1.5. *El desistiment del mandatari*

L'article 622-33.1b CCCat considera el desistiment del mandatari com a causa d'extinció del mandat, i l'article 622-37.1 CCCat afegeix que n'hi ha prou amb la comunicació de la decisió que el mandatari faci al mandant; vegeu també l'article 248 Ccom, en relació amb la comissió mercantil. La possibilitat de desistir en qualsevol cas resulta lògica perquè no té sentit obligar una persona a realitzar una activitat que no desitja fer, especialment si tenim en compte que la relació de mandat es basa en la confiança mútua entre el mandant i el mandatari.

Un cop establert aquest principi, és evident que el desistiment del mandatari pot perjudicar molt el mandant, de manera que el mateix article 622-37 CCCat estableix uns criteris de moderació basats en les circumstàncies del mandat.

En primer lloc, si el mandat es va atorgar per un temps determinat o per a un afer concret i el mandatari desisteix sense una causa justificada, ha d'indemnitzar el mandant pels danys i perjudicis que el desistiment li causi (apartat 2n del precepte). Una causa que justifica el desistiment és, per exemple, la malaltia del mandatari que li impedeix poder complir l'encàrrec amb plena eficàcia.

En canvi, si el mandat es va atorgar per un temps indeterminat, el mandatari no ha d'indemnitzar el mandant pels danys i perjudicis que el desistiment li hagi causat (apartat 3r del mateix art. 622-37 CCCat). Sí que haurà d'indemnitzar-lo si comunica la seva decisió de desistir sense donar un marge de temps suficient o prudencial al mandant per tal que pugui fer la gestió ell mateix o perquè pugui contractar un nou mandatari; això, tret que el mandatari acrediti una causa que justifiqui la precipitació de la seva notificació. Aquest és el sentit que, en concordança amb els materials prelegislatius i el dret comparat, cal donar a la segona part de l'esmentat art. 622-37.3 CCCat, la redacció del qual presenta seriosos dubtes d'intel·ligibilitat («llevat que la comunicació de desistir-ne sobrepassi un temps prudencial o que no acrediti l'existència de causa legítima»).

4.1.6. *Causes relacionades amb la capacitat i el poder de disposició del mandant i del mandatari*

L'article 622-33.1c CCCat enumera una sèrie de causes d'extinció del mandat que tenen com a denominador comú la capacitat i el poder de disposició del mandant

i del mandatari; en concret, es refereix a «la mort, la declaració de mort o d'absència, la modificació judicial de la capacitat o la prodigalitat, la declaració de concurs del mandant o del mandatari».

La relació de mandat es basa en la confiança que el mandatari inspira en el mandant. No és que es tracti necessàriament d'una relació personalíssima, en el sentit que només una determinada persona, i ningú més, té les habilitats, els coneixements i la capacitat necessàries per a dur a terme la tasca encomanada pel mandant, però sí que és una relació en la qual la confiança en la persona del mandatari té un paper essencial. Això justifica que la mort o la declaració de mort del mandatari extingeixi automàticament la relació de mandat (art. IV.D.-7:103.1 DCFR), cosa que equival a dir que el mandat no vincula els hereus del mandatari (art. 1257.1 CC). Lògicament, els crèdits que el mandatari tenia contra el mandant —per exemple, per les despeses ocasionades i per la remuneració— no s'extingeixen per la mort del mandatari, sinó que s'integren en la seva herència i segueixen sent plenament exigibles.

Que els hereus del mandatari no estiguin vinculats pel contracte de mandat no significa que se'n puguin desentendre absolutament, ja que això podria ocasionar perjudicis irreparables al mandant. En aquest sentit, l'article 1739 CC, que hom pot considerar aplicable supletòriament a Catalunya, atès que no contradiu els principis generals del dret civil català, estableix que «en el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste». En aquest precepte, el terme *herederos* no s'ha d'entendre en el sentit estricte de les persones que, cridades a una herència, ja l'han acceptada, sinó en el sentit més genèric o vulgar de les persones que, simplement, estan cridades a l'herència, tot i que encara no hagin exercit la seva delació acceptant-la. Aquest és, sens dubte, el sentit de l'article 1739 CC, ja que entre la mort del mandatari i l'acceptació de l'herència per part dels cridats poden passar mesos o fins i tot anys, de manera que si circumscrivíssim el deure que l'article 1739 CC imposa als «herederos» a les persones que ho són en sentit estricte, perquè ja han acceptat l'herència, els interessos del mandant quedarien absolutament desprotegits. Per exemple, el fill del mandatari —que normalment té la delació testada i sempre la intestada— ha de «proveer a lo que las circunstancias exijan en interés del mandante», fins i tot abans d'haver acceptat l'herència.

El que acabem d'exposar és el que es desprèn directament del text literal de l'article 622-33.1c CCCat. No obstant això, entenem que l'extinció del mandat com a conseqüència de la mort del mandatari no exclou que en el mateix contracte de mandat es puguin haver previst mecanismes adients que permetin la continuïtat de l'encàrrec, que serà dut a terme per un altre o per altres mandataris directament i sense necessitat d'extingir el mandat —amb la rendició de comptes corresponent— i constituir-ne un de nou. En un cas com aquest, la finalització automàtica de la relació de mandat pot no interessar a cap de les parts, de manera que poden haver convingut explícitament la seva continuïtat. En definitiva, entenem que la formulació del precepte esmentat no s'ha d'entendre com a imperativa.

En aquesta mateixa línia argumental, també la mort del mandant justifica l'extinció del mandat. Aquesta és la norma que deriva del text literal de l'article 622-33.1c CCCat. No obstant això, entenem que la rotunditat d'aquest sentit literal requereix que l'article sigui interpretat de manera flexible i d'acord amb la seva finalitat. Per a fer-ho, els models que cal seguir no falten.

En aquest sentit, l'article IV.D.-7:102 DCFR segueix el criteri oposat, atès que assenyalava que la mort del mandant no extingeix automàticament la relació de mandat, però legitima tant els hereus del mandant com el mandatari per a demanar la seva terminació.¹³ Dos arguments justifiquen que la mort del mandant no extingeixi automàticament la relació de mandat: en primer lloc, l'argument *objectiu* de la seguretat del tràfic jurídic, per tal d'evitar qualsevol dubte sobre la validesa i l'eficàcia dels actes que el mandatari realitzi en compliment del mandat, i la vinculació dels tercers; el segon argument és de tipus *subjectiu* i és que els successors del mandant tindran el mateix interès en l'objecte del mandat que el que en el seu dia va tenir el mateix mandant, per la qual cosa hom pot presumir que voldran mantenir la relació de mandat. Ara bé, el DCFR considera que la mort del mandant pot haver alterat de manera important tot o part del laberint d'interessos que hi ha en joc en la relació jurídica de mandat, de manera que legitima tant els successors del mandant com el mandatari per a extingir-la per mitjà d'una simple notificació. Per exemple, el mandatari pot estar interessat a posar fi al mandat perquè considera que els successors del mandant són incapaços de posar-se d'acord, cosa que dificultarà la fluïdesa i la comoditat de l'actuació del mandatari.

Un criteri intermedi és el que segueix el CC, en el qual, si bé el mandat s'acaba per la mort del mandant (art. 1732.1.3 CC), el mandatari ha d'acabar el negoci que ja estigui començat en morir aquell, si en cas de no fer-ho resultessin perjudicats els interessos dels seus successors (art. 1718.2 CC). D'altra banda, malgrat que la relació de mandat s'hagi extingit per la mort del mandant, l'article 1738 CC assenyalava que allò fet pel mandatari ignorant la mort del mandant és vàlid i produeix tots els seus efectes respecte als tercers que hagin contractat amb ell de bona fe. Lògicament, encara que aquest precepte no ho indica, hom pot entendre que l'actuació del mandatari també vincula plenament els successors del mandant.

L'absència, la prodigalitat i la declaració de concurs del mandant o del mandatari també extingeixen la relació de mandat. En el cas del mandant, això ho justifica la pèrdua de poder de disposició que, en major o menor mesura, tals situacions comporten, de manera que el pròdig i el concursat no poden demanar a una altra persona que actuï en nom seu per a realitzar actes que ells mateixos no poden dur a terme amb eficàcia jurídica. Si qui és declarat pròdig o concursat és el mandatari, l'extinció del mandat es justifica amb la pèrdua de confiança, ja que resulta inacceptable que una persona que

13. Aquest és també el criteri que regeix en el contracte de comissió mercantil.

veu afectada la gestió dels seus propis béns estigui legitimada per a gestionar interessos aliens.

Finalment, l'article 622-33.1c CCCat també considera com a causa d'extinció del mandat la modificació judicial de la capacitat del mandant o del mandatari. Com a principi, el criteri que segueix aquest precepte és correcte, però entenc que el jutge, en la sentència per la qual es determina la modificació de la capacitat del mandant o del mandatari, pot optar pel manteniment de la relació de mandat si ho considera preferible per als interessos de la persona la capacitat de la qual es modifica. Això es justifica també amb l'argument que dona el segon apartat del mateix article 622-33 CCCat, que, en cas de modificació judicial de la capacitat del mandant, dona un ampli marge d'autonomia de la voluntat a les parts; en concret, aquest precepte estableix que «en cas de modificació judicial de la capacitat del mandant, el contracte no s'extingeix si se n'ha establert la continuïtat o s'ha conclòs per al cas de modificació judicial de la capacitat apreciada d'acord amb el que ha determinat el mandant». En aquest sentit, vegeu també l'article 222-2 CCCat.

4.1.7. *L'extinció de la persona jurídica*

L'extinció de la persona jurídica, tant si és la mandant com la mandatària, produeix l'extinció del mandat (art. 622-33.1d CCCat). Com a principi, el criteri és correcte, ja que l'entitat extingida ja no té personalitat jurídica ni capacitat (art. 311-2 i 311-3 CCCat), de manera que no pot ser part contractual. No obstant això, l'esmentat article 622-33.1d CCCat s'ha d'interpretar amb flexibilitat en els casos en què l'extinció de la persona jurídica té lloc com a conseqüència d'un procés de fusió, absorció, escissió o transformació (art. 314-1 a 314-4 CCCat), ja que encara que la persona jurídica s'extingeixi, la seva entitat perviu en la nova persona resultant de l'operació. Entenem que els acords que articulen aquestes operacions poden preveure la continuïtat de la posició jurídica de mandant o mandatari en la nova persona jurídica resultant de l'operació; això es justifica perfectament amb els mateixos arguments que hem vist en el cas de la persona física (vegeu l'apartat anterior). Els contractes de comissió mercantil i d'agència també ens donen arguments en el mateix sentit. En efecte, si bé la mort del comissionista produeix l'extinció del contracte (art. 280 Ccom: «[...] se rescindirá el contrato»), la mort del comitent no produeix l'extinció del mandat mercantil, però els seus successors o representants poden posar-hi fi revocant-lo (art. 280 i 290 Ccom). El mateix passa en el cas del contracte d'agència, que no s'extingeix per la mort de l'empresari, si bé els seus successors en l'empresa el poden denunciar (art. 27 LCA).

4.2. EFECTES DEL MANDAT UN COP EXTINGIT

L'extinció del mandat posa fi a la relació contractual, de manera que, com a principi, el mandatari ja no pot gestionar els afers del mandant ni pot vincular-lo jurídicament amb tercers (art. 622-21 CCCat, *a contrario sensu*). Tot i que el mandat s'hagi extingit i, amb ell, el poder de representació que ostentava el mandatari, moltes vegades l'extinció pot afectar gestions de llarga duració que encara no s'han completat. És per això que l'article 622-38 CCCat estableix una «pròrroga de la legitimació» del mandatari, en benefici del mandant, quan l'extinció del mandat s'ha produït precisament per una causa que afecta el mandant. En aquest cas, el mandatari ha de continuar l'execució ja iniciada de l'encàrrec si la interrupció immediata de l'activitat comporta un risc per als interessos del mandatari o d'un tercer, o si el mandat es va establir amb caràcter irrevocable (art. 622-38.1 CCCat). En el cas que el contracte de mandat s'extingeixi per una causa que afecta el mandatari, els seus hereus o representants ho han de notificar al mandant i han de prendre les mesures pertinents d'acord amb les circumstàncies i en interès del mandant (art. 622-38.2 CCCat).

Si bé el mandat finalitza des que concorre una causa d'extinció, és possible que ni el mandatari ni els tercers amb qui aquest contracta no coneguin encara aquesta circumstància. Això justifica el deure que tant el mandant com el mandatari, els seus hereus o els seus representants legals, tenen de comunicar l'extinció del contracte a l'altra part (art. 622-39.1 CCCat). Si el mandat s'ha extingit per una causa relativa al mandant, els actes que el mandatari faci abans de conèixer l'extinció del contracte són eficaces respecte al mandant i els seus hereus (art. 622-39.2 CCCat). En qualsevol cas, si els tercers de bona fe amb qui el mandatari va contractar no coneixien l'extinció del contracte, aquest fet no els afecta, amb independència de les accions del mandant contra el mandatari (art. 622-39.3 CCCat).

5. LA RENDICIÓ DE COMPTES

Extingit el mandat, el mandatari —o els seus hereus— ha de comunicar sense dilació la finalització de l'encàrrec i ha de retre comptes al mandant (art. 622-31.1 CCCat). Estudiarem ambdues qüestions a continuació.

5.1. EL DEURE D'INFORMACIÓ DE LA REALITZACIÓ DE LA TASCA ENCOMANADA

L'article 622-31.1 CCCat imposa al mandatari el deure d'informar el mandant que la tasca encomanada ha estat completada. El precepte hauria d'haver fet també referència al cas en què el mandatari constata que la realització de l'encàrrec és impossible o d'una dificultat tan gran que desaconsella totalment continuar la relació de mandat.

Aquesta informació al mandant s'ha de fer «sense dilació». Normalment, el mandatari és diligent a l'hora d'informar, ja que això redunda en el seu propi interès, atès que solament quan el mandant hagi pogut constatar el compliment, podrà el mandatari exigir la retribució pactada. No obstant això, aquesta norma està pensada en benefici del mandant, ja que li permet exigir al mandatari la indemnització pels perjudicis que un retard injustificat li pugui haver causat. Pensem, per exemple, en el cas en què el mandatari no té l'exclusiva per a la realització de l'encàrrec. Un retard injustificat en la notificació del compliment pot donar lloc a situacions de doble contractació, amb els perjudicis i les responsabilitats que se'n puguin derivar; per exemple, la doble venda d'una finca, realitzada tant pel mandatari com pel mandant (art. 1473 CC).

5.2. LA RENDICIÓ DE COMPTES I LA LIQUIDACIÓ DEL MANDAT

Una vegada el mandatari ha informat el mandant del compliment de l'encàrrec que comportava el mandat, ha de retre-li comptes. Aquesta obligació pot ser dispensada, si bé tal dispensa és ineficaç si el mandatari ha actuat de mala fe (art. 622-31.2 CCCat).

La rendició de comptes té dos àmbits clarament diferenciats:

a) *Un aspecte material o de fons*, referent a la manera en què han estat complertes les obligacions del mandat. Lògicament, el mandatari ha de detallar com ha realitzat l'encàrrec, si s'han assolit els objectius previstos, si és aconsellable fer altres actuacions, i altres qüestions semblants.

b) *La liquidació econòmica del mandat*. En aquest sentit, el mandatari ha de detallar en què ha gastat els diners que el mandant li va entregar com a provisió de fons, quines quantitats ha ingressat com a conseqüència del mandat, si existeixen conceptes encara pendents de cobrar o de pagar i, en definitiva, tota la informació econòmica referent al mandat. Així mateix, el mandatari ha de restituir el romanent d'aquestes quantitats i ha d'entregar al mandant tot allò obtingut com a conseqüència de l'execució del mandat (art. 622-31.3 CCCat). Aquestes quantitats meriten interessos legals des del dia en què han de ser restituïdes (art. 622-31.4 CCCat).

Per la seva banda, el mandant ha de reembossar al mandatari les quantitats que ha anticipat per a l'execució del mandat, amb els interessos legals a comptar de la data de la bestreta (art. 622-32.1 CCCat). Això significa que el crèdit *neix* des que es produeix el supòsit de fet, que és la despesa que el mandatari ha abonat en compliment de les seves obligacions com a tal; ara bé, aquest crèdit, ja existent, solament és *exigible* al mandant des que el mandatari ha rendit comptes o ha notificat l'existència del crèdit al mandant. Així mateix, el mandant ha d'indemnitzar el mandatari pels danys i perjudicis derivats de l'execució del mandat, tret que li siguin imputables (art. 622-32.2 CCCat). En l'àmbit de la comissió mercantil, vegeu l'article 263 Ccom.

La rendició de comptes i la liquidació del mandat inclouen també el pagament de la remuneració al mandatari, si així es va pactar (art. 622-24 CCCat). En aquest cas, pot ser necessari articular l'existència de la remuneració amb el reembossament de les despeses, ja que es pot haver pactat que aquestes estiguin incloses en aquella.

Sovint el crèdit del mandatari per les despeses ocasionades pel mandat és diferent i independent de la remuneració, perquè el mandat és gratuït —per tant, no hi ha retribució— o bé perquè el mandant i el mandatari han acordat la separació absoluta de les obligacions de retribució i de reembossament de les despeses.

No obstant això, també es pot pactar que la remuneració inclogui el pagament de les despeses que pugui tenir el mandatari. Si no hi ha pacte sobre aquesta matèria, sembla preferible entendre que la remuneració no inclou les despeses fetes pel mandatari.¹⁴ Hi ha dos motius per a incloure les despeses en la remuneració: el primer és la simplificació de la gestió del mandat i de la rendició de comptes, sobretot si tenim en compte que el mandatari pot incórrer en despeses de difícil justificació o quantificació (per exemple, quines despeses pot cobrar el mandatari que va personalment a una delegació d'Hisenda a realitzar una gestió per al mandant, però que aprofita per a fer-ne una altra en interès estrictament seu?); el segon motiu és la recerca de la màxima eficiència en la gestió del mandatari, ja que aquest tindrà interès a fer bé la seva tasca, però amb les mínimes despeses possibles, per tal d'incrementar al màxim el seu benefici.

Lògicament, hom pot entendre que si el mandatari ha de fer despeses imprevistes, però perfectament justificades per al compliment del seu encàrrec, i que resulten superiors a la remuneració que rep en concepte de mandatari, podrà reclamar-les al mandant. Per exemple, si la remuneració pactada, en la qual s'inclouen les despeses, és de 500 euros i posteriorment el mandatari realitza despeses, perfectament justificades, per un valor de 700 euros, podrà reclamar al mandant la diferència de 200 euros, ja que resultaria totalment injustificat que si el mandatari ha actuat correctament, hagués d'assumir pèrdues.¹⁵

14. En canvi, l'art. IV.D.-2:103.1 DCFR presumeix el contrari: «Cuando el mandatario tiene derecho a una remuneración, se presume que ésta incluye el reembolso de los gastos contraídos por el mandatario en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mandato».

15. Els art. 277 i 278 Ccom tracten els temes de la remuneració del mandatari i les despeses reembossables de manera separada, sense establir una relació entre ambdós conceptes. En canvi, en l'àmbit del contracte d'agència es presumeix que la remuneració pactada inclou totes les despeses en què incorri l'agent; en aquest sentit, l'art. 18 LCA estableix que «salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional».

BIBLIOGRAFIA

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de. *Incapacitación y mandato*. Las Rozas: La Ley, 2008.
- ARCOS VIEIRA, M. Luisa. *El mandato de crédito*. Pamplona: Aranzadi, 2006.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «Del mandato “ordinario” al mandato “de protección”». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 49 (2004), p. 9-61.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel. *Apoderamiento y representación voluntaria*. Pamplona: Aranzadi, 1988.
- BUSTO LAGO, José Manuel. «Contrato de mandato». A: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.). *Tratado de contratos*. Tom. III. València: Tirant lo Blanch, 2009, p. 3011-3038.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *El poder irrevocable*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1998.
- DIÉGUEZ OLIVA, Rocío. *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*. València: Tirant lo Blanch, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas, 1992.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz. *La representación indirecta*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2006.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1.716 del Código civil». *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79, núm. 2 (1980), p. 374-445.
- GLAMSDORFF, François. *Mandat et fiducie*. Brussel·les: Bruylant, 2013.
- MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; GAUTIER, Pierre-Yves. *Les contrats spéciaux*. París: Defrénois, 2012.
- POVOCOCI, Adrian. *La couleur du mandat*. Montréal: Thémis, 1995.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del. «Comentario a la regulación del mandato en el Marco Común de Referencia (artículos IV.D.-1:101 a IV.D.-7:103 rsaDCFR)». A: VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (coord.). *Derecho europeo de contratos. Libros III y IV del Marco Común de Referencia*. Tom II. Barcelona: Atelier, 2012, p. 1381-1464.

ELS FILLS NO COMUNS EN LES FAMÍLIES RECONSTITUÏDES SEGONS EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Carmen María Lázaro Palau

*Professora ajudant, doctora en dret civil
Universitat Internacional de Catalunya*

Resum

El segon llibre del Codi civil de Catalunya regula les famílies reconstituïdes. L'element definidor d'aquest tipus de famílies és l'existència de fills no comuns, i no és legalment rellevant si la família es basa en el matrimoni o en la convivència. Com a resultat de la nova legislació, a Catalunya s'ha reforçat l'estatus dels fills no comuns. El legislador ha establert que la tercera persona no només pot participar en les decisions relatives a la vida quotidiana, sinó que també pot prendre les mesures necessàries quan el menor estigui en perill. En cas de desacord entre la tercera persona i el progenitor, preval el criteri d'aquest últim. A més, si hi ha un risc imminent per a la salut o el benestar del menor, la tercera persona pot adoptar mesures i informar-ne sense demora el cònjuge o convivent, i aquest, al seu torn, ha d'informar el progenitor no custodi. Excepcionalment, en cas de defunció del progenitor guardador, la tercera persona pot ostentar la custòdia del menor i, si el progenitor no custodi la recupera, es pot establir un règim de relacions entre la tercera persona i el menor sempre que hagin conviscut durant dos anys. Aquesta possibilitat té per finalitat preservar la relació de la tercera persona amb el menor per a assegurar la cohesió familiar, en particular si hi ha germans. És exponent també de la presència i el reforç del principi de l'interès superior del menor en les famílies reconstituïdes.

Paraules clau: famílies reconstituïdes, tercera persona, fills no comuns, Codi civil de Catalunya.

LOS HIJOS NO COMUNES EN LAS FAMILIAS RECONSTITUIDAS SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Resumen

El libro segundo del Código civil de Cataluña regula las familias reconstituidas. El elemento definidor de este tipo de familias es la existencia de hijos comunes, sin que sea legalmente relevante si la familia se basa en el matrimonio o en la convivencia. Como resultado de la nueva legislación, en Cataluña se ha reforzado el estatus de los hijos no comunes. El legislador ha establecido que la persona no solo puede participar en las decisiones relativas a la vida cotidiana, sino que también puede tomar las medidas necesarias cuando el menor se encuentre en peligro. En caso de desacuerdo entre la tercera persona y el progenitor, prevalece el criterio

de este último. Además, si hay un riesgo inminente para la salud o el bienestar del menor, la tercera persona puede adoptar medidas e informar sin demora al cónyuge o conviviente, y este, a su vez, debe informar al progenitor no custodio. Excepcionalmente, en caso de defunción del progenitor guardador, la tercera persona puede ostentar la custodia y, si el progenitor no custodio la recupera, establecer a su favor un régimen de relaciones entre la tercera persona y el menor siempre que hayan convivido durante dos años. Esta posibilidad tiene por finalidad preservar la relación de la tercera persona con los menores para asegurar la cohesión familiar, en particular si hay hermanos. Es exponente también de la presencia y el refuerzo del principio del interés superior del menor en las familias reconstituidas.

Palabras clave: familias reconstituidas, tercera persona, hijos no comunes, Código civil de Cataluña.

NON-COMMON CHILDREN IN FAMILIES RECONSTITUTED IN CATALAN CIVIL CODE

Abstract

The 2nd book of the Catalan Civil Code regulates stepfamilies. The defining element of stepfamilies is that the spouses do not have children in common. While it is no longer legally relevant if the family is based on marriage, this question of children remains important. As a result of new legislation in Catalonia, the status of stepchildren has been strengthened. The legislature has provided that the third party may not only participate in decisions relating to everyday life but may also take the necessary measures when the child is in danger. In case of disagreement between the parent and the spouse or stable partner of the parent, the will of the parent prevails. If there is an imminent risk to the child, the spouse or stable partner of the parent who has custody of the child can take the necessary measures for the welfare of the child, and he must immediately inform his spouse or stable partner, who must inform the other biological parent. Exceptionally, in case of death of the custodial parent, the third party can have custodial child. If parent no custodial has custodial child, a formal relationship between the third party and the child may be established whenever he has lived with the child for the last two years. This last possibility represents the preservation of the relations against marital breakdown and offers important family cohesion, in particular if there are siblings. It shows that the regulation incorporates and reinforces the principle of the best interests of the child regarding stepfamilies.

Keywords: stepfamilies, the third party, not common children, Catalan Civil Code.

1. INTRODUCCIÓ

El marc social actual ha sobrepassat els límits dels principis tradicionals en els quals es fonamentava el dret de família, restringits bàsicament a l'esfera conjugal i al parentiu consanguini troncal (ascendents i descendents), amb breus referències als parents col·laterals, si bé la societat fa anys que admet unions i relacions convivencials que fins fa poc no tenien empara legal.¹ La regulació de les famílies reconstituïdes del Codi civil català forma part d'aquestes novetats. El preàmbul del Codi les defineix com les «formades per parelles que tenen a càrrec seu fills no comuns» i són regulades en els articles 236-14 i 236-15 del Codi civil de Catalunya (CCCat). Per a fer-ne una millor anàlisi, esbossarem prèviament el context demogràfic i sociològic en el qual es desenvolupen; seran d'utilitat les dades de l'Enquesta demogràfica de Catalunya 2007 i de l'Institut Nacional d'Estadística sobre aquest tipus de famílies.² En l'últim cens, el cens de població i habitatges de l'any 2011 (no tenim dades posteriors ni per comunitats autònomes), a Espanya es van registrar un total d'11.473.534 parelles, de les quals 7.060.230 tenien fills. Entre aquestes últimes, 496.135 eren reconstituïdes, és a dir, amb algun fill no comú a algun dels membres de la parella, fruit d'una relació anterior. En un període de deu anys s'ha passat de 235.385 parelles reconstituïdes el 2001 (3,4 %) a 496.135 el 2011 (7,4 %). S'ha produït, doncs, un augment d'un 110,8 %, ja que l'any 2011 hi havia 260.750 parelles reconstituïdes més que el 2001.³ No hi ha dades posteriors al 2011, però encara que aquesta no sigui la modalitat més estesa, és un tipus de família en creixement constant. No obstant això, aquestes xifres se situen a la franja mitjana-baixa respecte als altres països europeus: Bèlgica, el Regne Unit i França encapçalen la llista.⁴

2. LA CONFIGURACIÓ DE LA FAMÍLIA RECONSTITUÏDA: EL FILL NO COMÚ, ELEMENT DEFINIDOR

Tal com acabem d'indicar, la circumstància que defineix la família reconstituïda és l'existència de fills no comuns. A diferència de la família nuclear, que no necessita fills per a existir, la família reconstituïda, per contra, no pot existir sense la presència de fills no comuns. En la família nuclear el protagonisme recau en la parella; en la família

1. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario art. 236-14 CCCat», en E. ROCA TRIAS i P. ORTUÑO MUÑOZ (coord.), *Persona y familia*, Madrid, Sepín, 2011, p. 1268.

2. www.idescat.cat/pub/?id=ed&lang=es.

3. www.ine.es/prensa/np824.pdf.

4. *Labour Force Survey* (2011), recollida a M. AJENJO-COSP i N. GARCÍA-SALADRIGAS, «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 155 (2016), p. 3-20.

reconstituïda, en els fills no comuns.⁵ La identificació de l'element característic serveix per a indicar l'eix sobre el qual hauran de tractar les mesures que adopti el legislador.

Aquests fills no comuns, anteriors a la constitució mateixa de la nova parella, els aporta a la llar reconstituïda en un 71 % dels casos la dona, en un 25,6 % l'home i en un 3,4 % tots dos.⁶ Aquesta desproporció entre home i dona ha donat lloc a parlar de «feminització de la família reconstituïda», atès que la reconstitució familiar deriva principalment de la dona.

2.1. CONTEXT FAMILIAR PLURAL

El fill no comú no pertany a un únic tipus de família reconstituïda, sinó a una tipologia molt variada de famílies.⁷ El mateix preàmbul del Codi civil català no fa al·lusió a «la» família reconstituïda o recomposta en singular, sinó a «les» famílies en plural. Els diferents tipus de família sorgeixen de diversos components diferenciadors: l'origen (solteria, divorci, viduïtat),⁸ l'element nacional o estranger (immigració),⁹ la composi-

5. Es van identificar dues aproximacions a la família reconstituïda: la primera prenia com a referència la llar on resideixen un dels progenitors, els seus fills producte d'una unió anterior i la parella actual d'aquest, i la segona es basava en la perspectiva del fill comú, ja que és qui manté la cadena familiar unida. Vegeu A. CHERLIN i F. FURSTENBERG, «Stepfamilies in the United States: a reconsideration», *Annual Review of Sociology*, núm. 20 (1994), p. 359-381.

6. A més, en la major part dels nuclis reconstituïts la mare és l'única que aporta fills no comuns, els quals representen fins a un 70 % del total, mentre que en un 25 % els fills són aportats exclusivament pel pare. En últim lloc es troben els nuclis reconstituïts complexos, entre els quals és molt més habitual no tenir fills propis. Veg. M. AJENJO-COSP i N. GARCÍA-SALADRIGAS, «Las parejas reconstituídas en España», p. 9.

7. Molts autors reconeixen aquesta diversitat en les parelles reconstituïdes, amb la qual cosa admeten que no és possible parlar d'elles com un grup homogeni. Veg. L. BUMPASS, R. K. RALEY i J. A. SWEET, «The changing character of stepfamilies: implications of cohabitation and nonmarital childbearing», *Demography*, vol. 32, núm. 3 (1995), p. 425-436.

8. En èpoques d'alta mortalitat, o bé a causa de les guerres o bé per mortalitat en el part o a causa d'altres malalties, era habitual que les persones vídues refessin la seva vida amb un nou matrimoni, al qual aportaven els fills de la seva antiga relació. Que en l'actualitat la reconstitució es trobi vinculada a un divorci dificulta la seva acotació, ja que els fills compartits poden arribar a formar part de dues llars reconstituïdes, una peculiaritat que no es produïa en èpoques anteriors.

9. La primera pregunta que planteja aquest important ascens és si es tracta d'un increment de noves formes familiars, probablement conseqüència del divorci, o bé es tracta d'un canvi en l'estructura de la població produït per l'augment de població estrangera entre els dos períodes. Què hagués succeït amb la reconstitució sense l'augment de la immigració estrangera? Els resultats no admeten dubtes: si entre 2001 i 2011 la composició nacional no hagués canviat, s'hauria passat d'un 4,5 % de parelles reconstituïdes a un 5,8 %, en comptes del 7,4 % observat el 2011. Així doncs, aproximadament la meitat de l'increment és conseqüència directa del comportament diferencial de la població estrangera, mentre que l'altra meitat ha d'atribuir-se a l'evolució ascendent de noves formes familiars. En les parelles reconstituïdes hi ha una presència molt important d'homes i dones de nacionalitat no espanyola. El col·lectiu més propens és el

ció (amb fills aportats per un sol membre de la parella, per tots dos, amb fills comuns —famílies *blended* o també anomenades *reproductores*— o sense fills comuns), la modalitat d'exercici de la potestat parental (guarda exclusiva o custòdia compartida), amb pensió alimentària o sense, etc. Alguns sociòlegs han arribat a identificar fins a quaranta-vuit configuracions possibles,¹⁰ per la qual cosa, atesa l'àmplia heterogeneïtat, podem afirmar que la reconstitució és un fenomen de gran complexitat no només analítica, sinó també jurídica.¹¹

A més, la ruptura de la família reconstituïda pot donar lloc, eventualment, a famílies reconstituïdes posteriorment a partir de les precedents, la qual cosa s'anomena comunament *constel·lació familiar* (perquè els fills circulen a través de diverses llars connectades entre si). Aquest fenomen és nou respecte a èpoques anteriors, en les quals la família reconstituïda sorgia de situacions de viduitat. En l'actualitat, encara que els fills estiguin assignats a una única família reconstituïda, poden mantenir vincles amb un nombre indeterminat d'altres famílies reconstituïdes i dependent de les unions successives dels seus progenitors.

La conseqüència lògica és evident: l'educació dels fills haurà de superar més esculls que en la família nuclear. També existeix, a més, una conseqüència jurídica: la dificultat del legislador, amb un supòsit de fet tan variat, d'imposar una regulació de caràcter unitari (per a tots els tipus de famílies reconstituïdes).¹² Potser per això la regulació mínima del Codi civil català es pot considerar suficient.¹³

2.2. RELACIONS FAMILIARS

La tercera persona i el progenitor custodi poden ser matrimoni o parella estable, però tant en un cas com en l'altre el Codi els considera família, ja que en l'article 231-1.2 CCCat s'indica:

llatinoamericà: el 21,7 % de les dones i el 17,6 % dels homes viuen en famílies reconstituïdes.

10. D. GERMAIN, «La famille reconstituée: le deuil de l'idéal», a P. GAUTHIER (ed.), *Les nouvelles familles*, Montréal, Saint-Martin, 1986.

11. M. GARRIGA GORINA, «Les relacions paterno-filials de fet», *Revista Jurídica de Catalunya*, any 2005, núm. 2, p. 12-15.

12. C. M. LÁZARO PALAU, «Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero en las familias reconstituídas», *Actualidad Civil*, any 2016, núm. 6 (juny), p. 3.

13. Els sociòlegs reconeixen que els reptes que planteja la reconstitució són múltiples. La complexa gestió de les noves realitats familiars deixa per regular un ventall de qüestions tant jurídiques com administratives: quins drets i deures té la tercera persona envers els fills no comuns? Han de ser tractades de forma especial aquestes famílies? Quins són els problemes als quals s'enfronten? S'obre així un debat sobre quin paper ha de tenir l'Administració a l'hora de fer polítiques més inclusives que permetin que totes les tipologies familiars tinguin les mateixes oportunitats. Vegeu M. AJENJO-COSP i N. GARCÍA-SALADRIGAS, «Las parejas reconstituídas en España», p. 17.

Es reconeixen com a membres de la família, amb els efectes que es determinin legalment, els fills de cadascun dels progenitors que convisquin en el mateix nucli familiar, com a conseqüència de la formació de famílies reconstituïdes. Aquest reconeixement no altera els vincles amb l'altre progenitor.¹⁴

2.3. MATRIMONI O CONVIVÈNCIA ESTABLE

En principi, si l'element principal són els fills no comuns, l'estat civil de la parella hauria de constituir un element secundari. El Codi civil català regula conjuntament la convivència estable i el matrimoni (n'exclou el *living apart together*),¹⁵ sense distingir entre l'un i l'altre.

No obstant això, el Codi sembla que desconeix la realitat, ja que en aquest tipus de famílies l'estat civil pot, a vegades, condicionar i adquirir més significat que en altres modalitats de família. Certament, l'existència de fills no comuns no sol constituir un al·licient per a contreure matrimoni, sinó, al contrari, pot ser un element dissuasiu. Les unions convencionals responen moltes vegades no tant a una opció ideològica, sinó a una opció pragmàtica de posar «a prova» els convivents. Quan aquest factor es trasllada a la família reconstituïda, es converteix en una «doble prova», ja que a la prova de la convivència amb la parella s'hi suma la prova de la convivència amb els fills no comuns, la qual cosa produeix, no poques vegades, que recaigui en aquests la responsabilitat del fracàs.¹⁶

Ara bé, de la mateixa manera que existeix en les famílies reconstituïdes una doble prova per als convivents, hi ha també una «doble acceptació» quan l'estat civil és el matrimonial. A través del matrimoni, el cònjuge no progenitor assumeix un doble compromís o un compromís reforçat, perquè no només es compromet amb la seva parella, sinó que compromet també el seu futur amb el bagatge biològic d'aquesta. Amb aquesta «prova», almenys d'una generositat i predisposició més grans al sacrifi-

14. La probabilitat de tenir fills comuns disminueix en funció del nombre de fills no comuns de la parella. La diferència més important es produeix entre tenir un únic fill no comú i tenir-ne dos, ja que, en aquest darrer cas, la relació de probabilitat és tres vegades inferior que quan es té un únic fill no comú. En la resta de casos i malgrat que com més fills no comuns té una parella reconstituïda menys probable és que tinguin fills propis, les diferències ja no són tan importants. Vegeu M. AJENJO-COSP i N. GARCÍA-SALADRIGAS, «Las parejas reconstituídas en España», p. 12.

15. Les relacions conegudes com a *living apart together* són cada dia més freqüents i tenen una importància especial en la reconstitució femenina, en la mesura que un bon nombre de dones amb fills prefereixen aquesta forma de convivència abans que repetir una relació amb els mateixos paràmetres que l'anterior. Vegeu A. M. RIVAS, «Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituídas», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, núm. 1 (2008), p. 179 i seg.

16. C. M. LÁZARO PALAU, *La parentalité dans les familles recomposées en droit catalan. La complémentarité des sexes en droit de la famille*, París, Mare&Martin, 2014, p. 257.

ci, la tercera persona possibilita que els fills no comuns no es considerin a si mateixos una molèstia inicial, no estan sotmesos a un examen constant, sinó que han estat acceptats per endavant i sense condicions.¹⁷

2.4. RELACIONS PATERNOFILIALS

La constitució de la família reconstituïda no altera el vincle de filiació del fill no comú amb el seu progenitor ni tampoc amb el progenitor no guardador, el qual conserva els deures inherents a la potestat parental.

2.5. RELACIONS DE COL·LATERALITAT

Els fills no comuns poden conviure amb fills comuns o amb fills exclusius del convivent o cònjuge del progenitor. En el primer cas, existeix parentiu de col·lateralitat entre aquells i els fills comuns que, després de la constitució de la família recomposta, puguin tenir els cònjuges o convivents. En canvi, en el segon supòsit, els fills aportats per cada membre de la parella són entre si familiars, però no parents. Formen part de la mateixa família, però no són germans, tal com recorda la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Lleida de 31 de maig de 2012.¹⁸

17. C. M. LÁZARO PALAU, «Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero», p. 5-6.

18. En aquesta sentència la demandant pretenia que el jutge alterés el règim de guarda i custòdia del seu fill Òscar per a fer-lo coincidir amb el del fill de la seva parella, Arturo, ja que al·legava que es consideraven germans i al·ludia a la nova concepció de família del CCCat. El Tribunal admet que l'art. 231-1.2 CCCat reconeix com a membres de la família els fills de cadascun dels progenitors que visquin en el mateix nucli familiar com a conseqüència de la formació d'una família reconstituïda. Per tant, aquest reconeixement ho és com a «membre de la família» i «amb els efectes que es determinin legalment», sense que pugui compartir-se la tesi de l'apel·lant quan es refereix a l'ampli concepte de *germà* i quan invoca l'art. 233-11 CCCat, segons el qual no pot separar-se els germans tret que les circumstàncies ho justifiquin. L'Òscar i l'Arturo no són germans encara que tots dos formin part de la família reconstituïda i l'art. 233-11 CCCat no resulta d'aplicació al cas, ni tan sols analògicament o com a criteri orientador, perquè aquest precepte s'està referint als supòsits en què a causa de la crisi conjugal s'ha de decidir sobre l'atribució de la guarda de dos o més germans a un dels seus progenitors. En el supòsit que ens ocupa, però, només s'està plantejant el règim i la manera d'exercir la guarda del fill comú dels litigants, l'Òscar, i no la de l'Arturo, que ja va quedar fixada en la sentència de divorci que va aprovar el conveni regulador subscrit pels seus progenitors, sense que aquesta decisió pugui determinar que el règim d'alternances per a l'exercici de la guarda compartida de l'Òscar hagi de ser el mateix que l'establert per a aquell. Si se seguís l'interessat criteri que propugna la recurrent, s'arribaria a la insòlita situació que en el cas que s'extingís la parella estable constituïda per la seva mare i Juan Luis, la guarda de l'Òscar també es veuria afectada per tal circumstància, perquè no podria separar-se del seu «germà» Arturo. Els efectes jurídics de l'extinció de la parella estable també estan previstos en la nova regulació i, entre ells, l'art. 234-7 CCCat es refereix als art. 233-8 a 233-12

3. FUNCIONAMENT DE LA FAMÍLIA RECONSTITUÏDA: L'ARTICLE 236-14.1 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

3.1. SITUACIÓ DE LA TERCERA PERSONA

Aquest nucli familiar, de familiars que no són parents de sang, dona lloc a un nou tipus de relacions, perquè el llibre segon faculta a intervenir en la funció parental a qui no deixa de ser un estrany.¹⁹ Per tant, el fill no comú s'haurà de sotmetre a algú amb qui no té cap vincle de parentiu, pel simple fet de cohabitar o estar casat amb el seu progenitor. Com observa encertadament Ysàs, «es dota de facultats el padrastre o la madrastra quan, en realitat, al menor no li falta cap dels progenitors, perquè la titularitat de la potestat parental segueix recaient en cadascun d'ells».²⁰ Quant a la guarda, és indiferent que sigui plena o compartida perquè el Codi només es refereix a qui l'ostenta a cada moment (art. 236-14 CCCat). No obstant això, el fet és que la tercera persona substitueix moltes vegades el progenitor absent.²¹

El contingut de les funcions parentals de la tercera persona no és de lliure configuració, sinó que s'ha d'ajustar a un marc concret, el traçat per l'article 236-14 CCCat, i s'ha d'harmonitzar amb dos articles més, que actuen com a límits d'aquest: l'article 233-8 CCCat, que declara que la ruptura del matrimoni no altera les responsabilitats dels progenitors respecte dels seus fills, es manté amb caràcter compartit i s'exerceix conjuntament en la mesura que es pugui; i l'article 233-9 CCCat, que concreta les responsabilitats de guarda, cura i educació dels fills en el pla de parentalitat.

3.1.1. *L'adopció de decisions quotidianes*

El fill no comú ha d'obeir les decisions que adopti la tercera persona, juntament amb el seu progenitor, que tinguin a veure amb els aspectes de la vida diària, ja que el Codi disposa que el cònjuge o convivent estable del progenitor que té la guarda del fill té dret a participar en la presa de decisions sobre els assumptes relatius a la vida

CCCat pel que fa a l'exercici de la guarda dels fills i les relacions personals. Insistim: «guarda dels fills»; òbviament, dels fills comuns, nascuts d'aquesta parella estable. SAP de Lleida de 31 de maig de 2012 (núm. Resolució: 228/2012).

19. Els articles 236-14 i 236-15 CCCat es troben en la secció segona del capítol sisè, sobre l'exercici de la potestat parental, seguint la mateixa ubicació sistemàtica del *Code français* (art. 376 a 377-4 CCCat).

20. M. YSÀS SOLANES, *Derecho de familia vigente en Cataluña*, València, Tirant lo Blanch, 2010, p. 277.

21. C. M. LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia de los hijos*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2008, p. 73.

diària (art. 236-14.1 CCCat).²² Correspon a la tercera persona la decisió d'abstenir-se o intervenir de manera prudent, perquè aquest dret no té per finalitat salvaguardar interessos propis, sinó que és un dels anomenats *drets funció* o *drets deures* que en les relacions paternofilials s'han d'exercir amb finalitat educativa.

Si la tercera persona està casada amb el progenitor, s'indica, a més, que l'adreça de la família correspon a tots dos cònjuges de comú acord, segons l'article 231-4.1 CCCat. Per tant, les facultats del cònjuge són més àmplies perquè no només participa en la presa de decisions quotidianes, sinó que ostenta, a més, la codirecció de la família, i aquesta codirecció no se cenyeix a la presa de decisions quotidianes, sinó que abraça altres acords de més importància, com ara canvis de domicili, vacances, despeses, inversions de recursos, etcètera.

En cas de desacord entre el progenitor i el cònjuge o convivent sobre les decisions que s'han d'adoptar, el Codi no opta per una solució salomònica, sinó que indica directament que és el progenitor qui ha de decidir. Es dona preferència, doncs, al vincle de parentiu sobre, en un cas hipotètic, la coincidència o afinitat d'interessos de la tercera persona amb el menor. L'article 236-14.2 CCCat disposa que preval el criteri del progenitor, sense atendre el contingut de la disputa o qui pugui tenir la raó. El legislador s'ha deixat guiar per la naturalesa de la filiació i per qui ostenta la titularitat de la potestat parental, i ha concedit més autoritat i responsabilitat al progenitor que a la tercera persona.

3.1.2. *Facultats dispositives sobre la salut del menor*

En cas de risc imminent per al menor, la tercera persona queda autoritzada per l'article 236-14.3 CCCat a adoptar les mesures necessàries per al seu benestar, per la qual cosa té dret a ser informada i a prestar el consentiment informat en cas que assumi intervenir.

En primer lloc, si la tercera persona ha d'adoptar les mesures necessàries per al benestar del menor, ha de ser informada prèviament de la seva situació i de les possibilitats d'elecció. Aquest dret no s'especifica expressament, però es dedueix de l'article 236-14.3 CCCat que neix quan el fill no comú no es trobi en un estat físic o psíquic adequat que li permeti ser informat sobre el seu estat de salut i el progenitor guardador estigui absent. A més, per aplicació de l'article 212-1.4 CCCat, que enu-

22. L'esmena número 447, presentada pel Grup Mixt, proposava inserir en la redacció de l'articulat «pot participar en la presa de decisions». Es passava del dret a la facultat. No sembla, però, que hi hagi una gran diferència perquè, com que es tracta d'un dret funció, sempre haurà de temperar-se amb les necessitats educatives del fill no comú. S'afegia que aquesta facultat s'hauria d'exercir «mentre visqui amb el progenitor i amb el seu fill o filla». Tampoc no crec que això sigui necessari perquè queda sobreentesa la seva admissió encara que no s'especifiqui.

mera les persones que han de rebre la informació si el pacient no pot fer-se càrrec de la seva situació, s'assenyala entre aquestes a qui tingui la guarda de fet, els familiars o les persones que hi estiguin vinculades. Per tant, s'hi inclou el cònjuge o convivent del progenitor, ja que forma part integrant de la família reconstituïda.

La tercera persona, una vegada informada i en absència del progenitor guardador, si ho creu convenient pot prestar el consentiment informat, sempre que el fill no comú sigui menor de setze anys o no tingui la maduresa intel·lectual o emocional suficient per a prestar-lo (art. 212-1.2 CCCat).

La finalitat de la seva actuació és evitar un risc imminent per al benestar del menor. A simple vista, sembla que el terme *risc* no es correspon amb la protecció d'un benestar. La paraula *risc* s'associa amb l'existència d'un perill per a la vida de caràcter físic o psicològic. En canvi, el benestar no posa en dubte la vida, sinó la «qualitat de vida».²³ Per tant, cal interpretar que s'amplien les possibilitats d'actuació de la tercera persona quan no sigui possible tenir el consentiment dels progenitors: tant en situacions de caràcter urgent i extraordinari de risc per a la salut (operació d'urgència) com quan el benestar del menor pugui quedar afectat de qualsevol altra manera (qualsevol tractament ambulatori: per exemple, uns punts de sutura, el subministrament d'un antibiòtic, etc.).

Independentment de si la situació és d'urgència o no, l'article 236-14.3 CCCat imposa al cònjuge o convivent, amb posterioritat a la seva actuació, una obligació d'informació. La tercera persona està obligada a comunicar «sense demora» al seu cònjuge o convivent la mesura que ha adoptat, però no a l'altre progenitor no guardador. El legislador, conscient que la tercera persona supleix l'exercici de les funcions parentals i que posteriorment es jutjarà l'oportunitat de la seva intervenció, considera més prudent que informi únicament la seva parella. Lògicament, té, si vol, la facultat d'informar l'altre progenitor no guardador, però no l'obligació.²⁴

Una vegada el guardador té coneixement del fet, ha d'informar-ne l'altre progenitor. El Codi omet la puntualització «sense demora», però convé que no ho dilati perquè no se l'acusi de mala fe. Aquest deure suposa la concreció d'un deure general d'informació recíproca que tenen entre si els progenitors. El pla de parentalitat conté una clàusula en la qual s'han de reflectir els acords sobre la manera de compartir la informació sobre educació, salut i benestar dels fills (art. 233-9.2g CCCat). Amb bona lògica, Vidal afegeix que «res ha d'obstaculitzar una informació directa a tots dos progenitors si això reporta més agilitat i eficàcia o el guardador està absent o és difícil de localitzar».²⁵

23. C. M. LÁZARO PALAU, «Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero», p. 7.

24. L'esmena número 450, presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió, incloïa també l'obligació d'informar sense demora el progenitor no custodi, però finalment va ser rebutjada.

25. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario art. 236-14 CCCat», p. 1269.

3.1.3. *Falta de delegació de la custòdia*

En l'iter legislatiu es va preveure la possibilitat que els progenitors, tant per decisió conjunta com per qui tingués atribuït l'exercici de la potestat parental, poguessin delegar la custòdia del menor a la tercera persona sempre que hi hagués un motiu suficient i no perjudiqués l'interès del menor. L'exercici de la custòdia per la persona delegada s'havia de sotmetre al control del progenitor o progenitors delegants, però finalment l'esmena es va rebutjar.²⁶

A França, per contra, l'article 376 del *Code* recull la delegació de la custòdia del menor a la tercera persona a iniciativa no només d'un o de tots dos progenitors, sinó fins i tot de la tercera persona, però per a merèixer aquesta delegació la tercera persona s'ha de considerar «persona propera digna de confiança» (art. 377, par. 1, *Code*).²⁷ El jutge decideix en funció de l'interès del menor i res no s'oposa que aquesta delegació es pugui fer en favor d'una persona del mateix sexe amb la qual conviu el progenitor en unió estable, sempre que les circumstàncies indiquin que es té en compte l'interès superior del menor.²⁸ En la pràctica jurisprudencial, aquesta delegació s'ha acordat a petició del pare en favor de la companya de la mare i amb preferència a la germana de la mare.²⁹ Un altre òrgan jurisdiccional va autoritzar dividir les funcions de la potestat parental entre la mare i la seva companya, encara que no hi hagués cap impediment per a l'exercici d'aquestes íntegrament per la mare, a fi que «la situació jurídica del nen fos conforme amb la seva situació afectiva i material».³⁰ També s'ha acceptat, a petició de tots dos progenitors, la delegació de la potestat parental del pare en favor de la companya de la mare.³¹

La delegació pot tenir caràcter temporal i pot finalitzar en qualsevol moment si el cessament està justificat per «noves circumstàncies», però la separació de la parella no comporta necessàriament la supressió de la mesura de delegació. En alguna ocasió s'ha admès fins i tot la delegació després de la separació.

26. L'esmena número 455, presentada pels grups parlamentaris Socialistes-Ciutadans pel Canvi, Esquerra Republicana de Catalunya, Iniciativa per Catalunya-Verds, Esquerra Unida i Alternativa, deia que la delegació havia de formalitzar-se en una escriptura pública i podia ser revocada en qualsevol moment.

27. «El pare o la mare, junts o per separat, poden, quan les circumstàncies ho exigeixen, acudir al jutge amb vista a delegar tot o part de l'exercici de l'autoritat parental a una tercera persona, un membre de la família, una persona propera digna de confiança, un establiment autoritzat per a menors o un servei departamental d'ajuda social a la infància» (art. 377.1 *Code*).

28. Civ. 1ra, 24 de gener de 2006, *Dalloz*, ref. 2006.897, nota de D. Vigneau; *Droit de la Famille*, 2006, núm. 89, obs. de P. Murat; *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 2006, núm. 297, obs. de J. Hausser.

29. Civ. 1ra, 16 d'abril de 2008; *Bulletin Civil*, vol. I, núm. 106.

30. Tribunal de Grande Instance de Paris, 21 de setembre de 2012; *Actualité Juridique de la Famille*, 2012, núm. 550, obs. de C. Siffrein-Blanc.

31. Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 de febrer de 2013; *Actualité Juridique de la Famille*, 2012, núm. 146, obs. de C. Siffrein-Blanc.

3.2. SITUACIÓ DELS FILLS COMUNS

3.2.1. *Deure d'obediència*

Es crea una «nova» obediència dels fills no comuns a la tercera persona, ja que fins ara només estaven obligats a obeir els seus progenitors, cosa que, d'altra banda, és coherent amb l'organització familiar. La gestió quotidiana requereix autoritat i coneixement de la realitat, circumstàncies que reuneix la tercera persona. La llei, en atribuir a la tercera persona la codirecció de la vida familiar, li reconeix autoritat de manera directa. Potser al principi haurà d'actuar de manera discreta, des d'una posició secundària, però de mica en mica haurà d'anar ocupant el seu lloc de cogestor de la vida familiar. D'altra banda, és evident que la tercera persona es troba en millor posició que el progenitor absent per a la presa de decisions quotidianes, simplement pel fet de ser-hi present.³² Aquesta presència posa la tercera persona en contacte permanent amb la realitat i, a més, de manera immediata, propera, de primera mà, la convivència li confereix proximitat per a detectar els problemes, valorar les circumstàncies i mesurar l'abast i la conseqüència de cada decisió.³³

L'actuació de la tercera persona no és merament tècnica o de gestió, sinó que també té una dimensió educativa també. Per tant, resulta lògic que el fill no comú obeeixi les ordres de la tercera persona respecte a la televisió, l'ús del mòbil o els dispositius electrònics, els horaris de menjars, d'entrada i de sortida, les normes d'higiene, les activitats culturals i altres normes de la llar, etcètera.

3.2.2. *Dret a ser escoltat*

El menor conserva els seus drets a ser informat i ser escoltat. L'exercici d'aquests drets ha de tenir en compte el que disposa l'article 211-6.2 CCCat:

El menor d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si ha complert dotze anys, té dret a ésser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que afecti directament la seva esfera personal o patrimonial.

32 . A. SÉRIAUX, «La responsabilité dans la transmission des valeurs», a F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ i CH. CHOAIN, *Les enjeux de la transmission entre générations. Du dont pesant au dû vindicatif*, Lille, Septentrion, 2005, p. 43-63.

33 . L'esmena número 449, presentada pel Grup Mixt, assenyalava que el tercer podia participar en la presa de decisions «sempre que no interferís en l'exercici de la potestat que correspon al pare o mare no custodi».

S'ha de vetllar pel respecte dels drets dels menors amb més atenció, si cal, que en les famílies tradicionals, perquè, malgrat el que disposa el Codi, l'autoritat de la tercera persona no és una autoritat conferida per la naturalesa. La tercera persona, quan intervé en les responsabilitats parentals respecte a qui no és fill seu, està «usurpant», en certa manera, el paper que correspondria al progenitor absent. La seva actuació queda autoritzada simplement per la mera convivència o pel matrimoni, però no per la procreació o l'adopció, els lligams a través dels quals s'assumeixen de manera ordinària aquestes responsabilitats. Per tant, la seva intervenció requereix «molt diàleg», com recomanen constantment els experts de la Unió de Asociaciones Familiares (UNAF) en el seu servei d'atenció a les famílies reconstituïdes, sobretot a partir de l'adolescència.³⁴ En la infància els missatges són curts i l'obediència és ràpida, però a mesura que el nen creix l'explicació ha de substituir l'ordre, perquè el coneixement de les raons i la lògica dels arguments l'ajudaran, si no a compartir, a comprendre almenys les decisions que es prenguin sobre la seva persona.

3.2.3. *Dret que es cobreixin les seves despeses*

L'obediència que s'exigeix al fill no deriva únicament del vincle de la tercera persona amb el seu progenitor, sinó també de la relació de la tercera persona amb el menor, ja que, com bé recorda el preàmbul del Codi civil català, aquella «sovint es troba involucrada materialment en l'atenció de les seves necessitats». Aquestes necessitats estan previstes en l'article 231-5.2 CCCat, que indica:

Són despeses familiars els aliments a què fa referència l'article 237-1 CCCat dels fills no comuns que visquin amb els cònjuges [...] llevat [...] que no ho necessitin.

Aquesta última previsió atorga un caràcter residual a la intervenció de la tercera persona, encara que algun autor, com Vidal, insisteix que l'expressió és una mica confusa i condueix que la tercera persona assumeixi despeses amb independència dels aliments que puguin percebre els fills.³⁵

Els progenitors han de cobrir les necessitats dels fills no comuns, però també les ha de cobrir la tercera persona, ja que, pel fet de conviure a la llar familiar reconstituïda, aquestes necessitats també formen part de les càrregues familiars. Per tant, la tercera persona està obligada a cobrir les despeses del menor en cas, per exemple, que rebi una pensió alimentària insuficient, que aquesta no es pagui o que es produeixi una despesa

34. <http://unaf.org/blogfamiliasreconstituidas/>.

35. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario art. 236-14 CCCat», p. 1269.

extraordinària que no estigui obligada a sufragar el progenitor no guardador. L'abast de les necessitats dels fills no comuns que han de ser ateses coincideix amb els aliments als quals té dret qualsevol fill, sigui comú o no, és a dir, té dret a «tot el que és indispensable per al manteniment, l'habitatge, el vestit i l'assistència mèdica de la persona alimentada, i també les despeses per a la formació si aquesta és menor i per a la continuació de la formació, un cop assolida la majoria d'edat, si no l'ha acabada abans per una causa que no li és imputable, sempre que mantingui un rendiment regular. Així mateix, els aliments inclouen les despeses funeràries, si no estan cobertes d'una altra manera» (art. 237-1 CCCat).

L'atenció d'aquestes necessitats queda reforçada per la solidaritat de la responsabilitat matrimonial (art. 231-8 CCCat), que no distingeix, a l'hora d'atendre despeses, la procedència dels fills.

4. DISSOLUCIÓ DE LA FAMÍLIA RECONSTITUÏDA: L'ARTICLE 236-15 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

4.1. DISSOLUCIÓ PER DEFUNCIÓ DEL GUARDADOR

4.1.1. *Atribució a la tercera persona de la guarda del fill no comú*

La llei regula de manera particular el supòsit de la mort del progenitor guardador.³⁶ La seva defunció ocasiona, per regla general, la recuperació de la guarda per part de l'altre progenitor. No obstant això, preveu que l'autoritat judicial, amb un informe del ministeri fiscal, pugui atribuir excepcionalment la guarda i les altres responsabilitats parentals al cònjuge o convivent en parella estable del progenitor difunt si l'interès del fill ho requereix (art. 233-9.2g CCCat).

Fins ara, les úniques vies per a atribuir aquestes responsabilitats eren l'adopció³⁷ i la tutela,³⁸ per a les quals calia que el progenitor no guardador hagués mort o estigués privat de la potestat parental, de manera que el referent patern o matern hagués passat a ser la parella actual de la mare o el pare biològic.

36. L'esmena número 454, presentada pel Grup Parlamentari Popular de Catalunya, afegia també el supòsit que el progenitor guardador s'hagués desentès voluntàriament de l'exercici de la potestat parental del fill o filla.

37. L'art. 235-32.1 CCCat permet (amb els requisits legals) adoptar els fills del cònjuge o persona amb qui l'adoptant conviu.

38. Els menors no sotmesos a potestat parental o incapacitats poden ser tutelats, segons els art. 222-1 i 222-10 CCCat, seguint l'ordre de delació judicial, a falta de la voluntària, que té en compte persones del seu entorn familiar. S'hi ha d'incloure la tercera persona sense la necessitat d'un temps de convivència, com exigia l'art. 179.1c del Codi de família, que requeria que el cònjuge o la parella estable haguessin conviscut durant tres anys amb el tutelat.

Amb l'atribució subsidiària a la tercera persona, el Codi opta directament per allunyar definitivament altres familiars directes. Potser el legislador hauria d'haver ponderat una mica més la situació i l'hauria d'haver matisat segons les circumstàncies. No és el mateix que la tercera persona hagi criat el menor com un fill, que el fet que ocupi un lloc ocasional en la seva vida. En aquest últim cas, el més lògic hauria estat que el menor s'hagués quedat amb els avis o amb la seva família biològica, tal com postulaven alguns grups parlamentaris que sol·licitaven que s'atorgués la custòdia als familiars més directes per consanguinitat. Amb això es deixava fora de perill l'atribució a la tercera persona excepcionalment en el cas que cap dels familiars consanguinis se'n pogués fer càrrec, si l'interès del fill o la filla ho justificava.³⁹ La possibilitat que familiars directes poguessin tenir la guarda del menor no exclouia la tercera persona, mentre que la redacció actual ha exclòs els primers directament i ha optat per una visió esbiaixada que, segons les situacions, pot perjudicar el nen.

La resolució judicial que atribueix la guarda a la tercera persona està condicionada al compliment de determinats requisits.

El primer requisit és que el cònjuge o convivent del progenitor difunt hagi conviscut amb el menor. No s'exigeix un termini mínim de convivència, però s'entén que ha de ser suficient per a haver pogut crear vincles afectius que garanteixin l'estabilitat que requereix la mesura.⁴⁰ Vidal entén que la convivència estable de la tercera persona amb el menor hauria de tenir com a referent el termini de l'article 234-1 CCCat, és a dir, que el cònjuge o convivent que sol·liciti la guarda del fill del progenitor mort hauria d'haver estat convivint dos anys ininterromputs amb aquest fins a la seva mort.⁴¹ La seva interpretació no manca de lògica i és conforme amb l'aforisme «qui pot el més també pot el menys». Si per a un règim de relació es requereix un temps mínim de convivència, encara més per a una guarda del menor. No obstant això, la veritat és que el legislador, tot i haver-ho pogut fer, ha optat per no exigir el termini.

El segon requisit és que s'escolti l'altre progenitor i el menor, d'acord amb el que estableix l'article 211-6 CCCat. L'altre progenitor i el menor han de ser escoltats, doncs. El resultat de l'audiència no és formalment vinculant per al jutge, el qual el pot desatendre si hi ha raons suficients que ho justifiquen i que ha d'expressar en la resolució judicial. La llei omet el parer de la tercera persona, però la càrrega i la responsabilitat que li comporta l'atribució de la guarda del menor no es conceben sense el seu assentiment i el seu interès. La situació no deixa de ser complexa si el progenitor

39. Esmena número 453, presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió.

40. No s'exigeix cap termini de convivència, per la qual cosa pot tractar-se d'anys, però també de setmanes o mesos. Amb prudència i tenint en compte l'experiència a fi de provar la solidesa de les relacions, l'esmena número 453, presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió, condicionava l'atribució al fet que la tercera persona hagués conviscut amb el menor durant els últims tres anys.

41. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario art. 236-14 CCCat», p. 1273.

supervivent té la titularitat de la potestat parental i es concedeix la guarda a la tercera persona.⁴²

El tercer requisit és l'informe del ministeri fiscal, que la llei no indica que hagi de ser favorable que la guarda del menor sigui per a la parella del progenitor difunt, encara que es pot presumir. Però com que no se n'exigeix expressament la conformitat, s'entén que el jutge pot estimar la mesura fins i tot amb l'oposició del ministeri fiscal. El Codi dota el jutge d'una gran discrecionalitat amb l'únic límit de l'excepcionalitat, però en el fons l'apreciació d'aquesta última també correspon al jutge.

El quart requisit és que la convivència sigui estable. No ho requereix l'article, però hem de suposar que es tracta d'una permanència habitual i una relació constant entre el menor i el cònjuge o convivent del progenitor mort; no sembla, pel context, que es refereixi a una relació de convivència ocasional o de cap de setmana.

Si definitivament s'atribueix la guarda a la tercera persona, la legislació actual entén que és amb caràcter irrevocable, per això ha rebutjat la proposta de recuperació de la guarda per part del progenitor no custodi.⁴³ La normativa és més rígida en aquesta situació que en la regulació de la potestat parental. Al progenitor que ha estat privat de potestat parental la llei li permet recuperar-la, mentre que, sorprenentment, si ha estat privat de la guarda per una tercera persona, el Codi no li concedeix aquesta possibilitat.

En atribuir a la tercera persona la guarda i altres responsabilitats parentals, se li atribueixen totes les facultats sobre la persona i el patrimoni del menor que corresponen als progenitors (art. 236-17 al 236-31 CCCat), és a dir, les que conformen el contingut de la potestat parental: cuidar, educar, proporcionar formació integral, representar legalment, corregir, administrar els béns, etcètera. La llei no assenyala cap límit o excepció.

4.1.2. Atribució de la guarda al progenitor supervivent i constitució d'un règim de relació amb la tercera persona

Si, finalment, la guarda s'atribueix al progenitor supervivent, es pot establir un règim de relació entre la tercera persona i el fill no comú. En efecte, l'article 236-15.3 CCCat disposa que el cònjuge o convivent del progenitor difunt a qui no correspongui la guarda d'acord amb l'apartat 2, si l'interès del fill ho justifica pot demanar a l'autoritat judicial que li atribueixi un règim de relació sempre que hagi viscut amb el menor almenys dos anys.

42. A. VIDAL TEIXIDÓ, «Comentario art. 236-14 CCCat».

43. L'esmena número 453, presentada pel Grup Parlamentari de Convergència i Unió, proposava la possibilitat que amb una causa justa pogués recuperar-la el pare o la mare no custodi.

Ens podem preguntar el perquè d'un règim de relació. Potser perquè la convivència amb el menor en el si de la família reconstituïda pot haver generat una relació afectiva que sigui convenient preservar i mantenir. Aquest règim de relació és, no obstant això, diferent del que té el progenitor no guardador en cas de crisi matrimonial: per als pares, la relació amb els fills constitueix un dret i un deure, mentre que la tercera persona no té cap dret subjectiu *per se* a relacionar-se amb el fill no comú, i la relació s'estableix en tot cas «en interès del menor». El dret dels pares a relacionar-se amb els fills és un dret concret i actual; en canvi, el règim de relació de la tercera persona és abstracte i potencial: no sempre es converteix en actual, no és automàtic, s'ha de sol·licitar, s'ha de justificar amb l'interès del menor i l'ha de concedir l'autoritat judicial. Es tracta, parafrasejant Rivero, d'una relació «de geometria variable», perquè la variabilitat n'afecta el contingut, l'abast i l'efectivitat.⁴⁴ A més, les relacions dels pares amb els seus fills s'estableixen pel simple fet de la filiació, amb independència de la convivència, mentre que la relació de la tercera persona amb el menor es basa únicament en l'afecte que hagi pogut sorgir durant el temps de convivència.

El Codi condiona aquest supòsit a un termini de convivència d'almenys dos anys,⁴⁵ potser amb la finalitat de no imposar fàcilment al nen vincles que ni ell ha escollit ni la naturalesa li ha conferit. El menor, certament, necessita temps: al principi facilita el tracte, però després és selectiu a dipositar confiança, per la qual cosa és convenient assegurar un mínim de consolidació de les relacions. No s'ha d'oblidar que quan la família reconstituïda es dissol per defunció del progenitor que en té la guarda i s'atorga un règim de relació a la tercera persona, el menor haurà viscut, tret que procedeixi d'una altra ruptura de família reconstituïda, quatre modalitats de família diferents: la família d'origen, la monoparental, la reconstituïda i la nova modalitat familiar amb el progenitor supervivent. Massa canvis en una etapa de la vida en què es necessiten seguretats, referències i estabilitat per a créixer i afermar la personalitat.⁴⁶

No obstant això, quan hi ha hagut afecte sincer, mantenir relacions amb la tercera persona també pot representar conservar vincles davant del règim de ruptures. La llei, a la meua manera de veure, hauria d'haver establert una excepció i no exigir un termini de dos anys quan hi hagi germans el progenitor dels quals és la tercera persona. El dret a la relació amb els germans no està subjecte a termini i si aquests es troben sota la potestat de la tercera persona és normal que també existeixi una relació amb aquesta

44. F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, p. 275-282.

45. L'esmena número 451, presentada pel Grup Mixt, subordinava l'atribució del règim de relació a la convivència amb el menor durant els últims cinc anys.

46. Cfr. C. M. LÁZARO PALAU, «Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero», p. 9.

última, més enllà dels terminis. Si bé els germans tenen dret a relacionar-se entre si (art. 236-4.2 CCCat), facilitaria aquesta relació que el progenitor també tingués aquest dret.

4.2. DISSOLUCIÓ DE LA FAMÍLIA RECONSTITUÏDA PER SEPARACIÓ

En cas de dissolució de la família reconstituïda, no per defunció, sinó per separació dels cònjuges o cohabitants, s'apliquen, per als cònjuges, les normes corresponents que regulen els efectes de la nul·litat, la separació i el divorci (art. 233-1 i seg. CCCat), i entre fills comuns i fills no comuns es pot constituir un dret de relació quan no convisquin en la mateixa llar (art. 233-1c i 233-2c CCCat). No obstant això, no es fa cap referència explícita a la relació entre la tercera persona i el fill no comú.

El dret francès, en aquest supòsit, va més enllà que el Codi civil català, ja que permet que el jutge de família acordi per a la tercera persona, si l'interès del nen així ho requereix, «un dret de visita i fins i tot d'habitació» (art. 371-4, par. 2, *Code*).⁴⁷ La jurisprudència ha reconegut aquest dret de relació a la convivent de la mare, pel fet d'haver concebut el nen per inseminació artificial obeïnt a un «projecte parental comú»⁴⁸ i fins i tot quan la convivent és transsexual.⁴⁹

No obstant això, el règim de relacions personals que pugui acordar l'autoritat judicial sempre ha d'obeir a l'interès del menor (art. 211-6 CCCat), principi recurrent i abstracte utilitzat en general de manera discriminada, a vegades per a maquillar l'interès dels adults, i que potser s'hauria de reformular en la família reconstituïda en interès del fill no comú.

47. Si l'interès del menor ho exigeix, el jutge de família fixa les modalitats de relació entre el menor i un tercer, tant si és parent com si no ho és, en particular quan aquest tercer ha residit de manera estable amb ell i un dels seus progenitors, ha contribuït a la seva educació, al seu manteniment o al seu allotjament, i ha teixit amb ell vincles afectius duradors (art. 371-4.2 *Code*).

48. Tribunal de Grande Instance de París, 21 d'octubre de 2010; *Dalloz*, «Panorama», 2011, núm. 585, obs. de D. Granet-Lambrechts.

49. Tribunal de Grande Instance d'Aix-en-Provence, 12 de març de 2002; *Droit de la Famille*, 2003, núm. 100, obs. de P. M.

BIBLIOGRAFIA

- AJENJO-COSP, M.; GARCÍA-SALADRIGAS, N. «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 155 (2016), p. 3-20.
- BUMPASS, L.; RALEY, R. K.; SWEET, J. A. «The changing character of stepfamilies: implications of cohabitation and nonmarital childbearing». *Demography*, núm. 32, fasc. 3 (1995), p. 425-436.
- CHERLIN, A.; FURSTENBERG, F. «Stepfamilies in the United States: a reconsideration». *Annual Review of Sociology*, núm. 20 (1994), p. 359-381.
- GARRIGA GORINA, M. «Les relacions paterno-filials de fet». *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 104, núm. 1 (2005), p. 9-40.
- GERMAIN, D. «La famille reconstituée: le deuil de l'idéal». A: GAUTHIER, P. (ed.). *Les nouvelles familles*. Montréal: Saint-Martin, 1986.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.; YSÁS SOLANES, M.; SOLÉ RESINA, J. *Derecho de familia vigente en Cataluña*. València: Tirant lo Blanch, 2010.
- HEINTZ-MARTIN, V. LE; BOURDAIS, C.; HAMPLOVÁ, D. (2014). «Childbearing among Canadian stepfamilies». *Canadian Studies in Population*, vol. 41, núm. 1-2, p. 61-77.
- LÁZARO PALAU, C. M. «Reflexiones sobre la situación jurídica del tercero en las familias reconstituidas». *Actualidad Civil*, any 2016, núm. 6 (juny), p. 1-12.
- *La pensió alimentícia de los hijos*. Cizur Menor: Thompson Aranzadi, 2008.
- «La parentalité dans les familles recomposées en droit catalan. La complémentarité des sexes en droit de la famille». A: BRUNETTI-PONS, Clotilde (dir.). *La complémentarité des sexes en droit de famille*. París: Mare&Martin, 2014, p. 255-262.
- RIVAS, A. M. «Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, núm. 1 (2008), p. 179-202.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas». A: ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitaria, 2005, p. 275-282.
- ROCA TRIAS, E. «La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes». ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Nous reptes del dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta Universitaria, 2005, p. 213-238.
- SÉRIAUX, A. «La responsabilité dans la transmission des valeurs». A: DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F.; CHOAIN, Ch. (ed.). *Les enjeux de la transmission entre générations. Du don pesant au dû vindicatif*. Lille: Septentrion, 2005, p. 43-63.
- VIDAL TEIXIDÓ, A. «Comentario artículo 236-14 CCCat». A: ROCA TRIAS, E.; ORTUÑO MUÑOZ, P. (coord.). *Persona y familia*. Madrid: Sepín, 2011.

EL CENSAL COM A CONTRACTE DE FINANÇAMENT EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Lluís Jou i Mirabent
Notari de Barcelona

Resum

El treball parteix de la tipologia catalana en matèria de pensions periòdiques atenent la seva durada i la seva naturalesa, i després se centra en el censal. Identificat com a pensió periòdica obligacional i perpètua, el censal es configura funcionalment com un contracte de finançament, del qual es descriu el règim jurídic.

Paraules clau: censal, durada, capital, redempció.

EL CENSAL COMO CONTRATO DE FINANCIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Resumen

El trabajo parte de la tipología catalana en materia de pensiones periódicas atendiendo a su duración y naturaleza, para centrarse, después, en el censal. Identificado como pensión periódica obligacional y perpetua, el censal se configura funcionalmente como un contrato de financiación, del que se describe su régimen jurídico.

Palabras clave: censal, duración, capital, redención.

THE INDEFINITE PERIODICAL PENSION IN THE CIVIL CODE OF CATALONIA

Abstract

The comment is based on the catalan typology in terms of periodic pensions, depending on its duration and nature to focus, then, on the *censal*. Identified as an indefinite periodic pension, the *censal* is configured functionally as a financing contract that is described in the legal system.

Keywords: periodical pension, duration, redemption, capital.

1. INTRODUCCIÓ A LES PENSIONS

A la Catalunya del segle XXI, la tercera part o més de la població percep una pensió. Sorpren, però, que hi hagi una regulació civil tan escassa d'aquesta prestació econòmica, base de l'economia de tantes llars.¹

Una pensió és una prestació de tracte successiu en virtut de la qual el deutor o pagador està obligat a satisfer al creditor o pensionista, periòdicament, una quantitat de diners o, en hipòtesi, d'altres béns fungibles.

Normalment és onerosa i el deutor la deu com a contraprestació d'un capital que prèviament ha rebut del pensionista, en diners o en béns. El lliurament del capital que fa néixer el dret a percebre la pensió es pot haver fet d'una sola vegada o de manera fraccionada, sempre abans del moment en què es fa efectiu el dret a percebre la renda. També pot ser gratuïta i, en aquest cas, es pot constituir tant entre vius com per causa de mort. Com veurem, es pot constituir amb caràcter temporal, amb caràcter vitalici o amb caràcter perpetu, i també amb caràcter real o amb caràcter obligacional.

La pensió es distingeix d'altres prestacions de caràcter dinerari i de tracte successiu pròpies d'altres negocis típics i freqüents:

— De la renda, que és la contraprestació de l'arrendament o cessió del gaudi d'una cosa moble o immoble al deutor de la renda, cosa que resta en el patrimoni del creditor.

— Dels interessos, que són la contraprestació del préstec de diners o cessió d'un capital que el deutor dels interessos ha rebut i fa seu, però que haurà de retornar al creditor.

— Dels cànons, que són prestacions normalment accessòries a altres prestacions i que es meriten com a prestacions de reconeixement de l'existència de determinats drets reals (la superfície, per exemple, segons l'art. 564-2d del Codi civil de Catalunya [CCCat]) o de concessions administratives que s'hi assimilen.

A continuació exposarem quina és la tipologia de les pensions.

1.1. PENSIONS LEGALS *VERSUS* PENSIONS VOLUNTÀRIES, PENSIONS PÚBLIQUES *VERSUS* PENSIONS PRIVADES

Com acabem de dir, l'obligació de pagar les pensions i el dret correspectiu a percebre-les poden néixer de la llei o de la voluntat privada. Poden ser, doncs, legals o voluntàries, públiques o privades, i poden resultar d'una constitució onerosa o bé gratuïta, i de termini temporal, vitalici o perpetu.

1 . Una part d'aquest treball serví de fonament a l'exposició oral que sobre el tema del contracte de censal vaig pronunciar al Col·legi de Notaris de Catalunya el dia 7 de juny de 2017 dins del curs sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya organitzat pel Col·legi i dirigit pel doctor Àngel Serrano de Nicolás.

Les pensions legals, com és obvi, les crea la llei i poden ser a càrrec d'organismes públics o a càrrec de particulars.

1.1.1. *Pensions legals públiques*

Les pensions més comunes en la pràctica són les legals i públiques que satisfà l'Administració pública per disposició de la llei. N'hi ha per jubilació, per incapacitat permanent, per maternitat i paternitat, per viduitat i per altres circumstàncies, com ara ser familiar d'una víctima del terrorisme o de militars morts en acte de servei, o bé estar en situació d'atur forçós. El dret a percebre-les a càrrec dels organismes de l'Estat, que n'és el deutor, l'estableix la llei. Gairebé totes les pensions públiques són vitalícies, si bé n'hi ha algunes de temporals. Com sabem, poden ser:²

— Contributives, si el ciutadà que té dret a percebre-les, a més de complir els requisits legals que el fan creditor de la pensió, ha pagat prèviament les prestacions econòmiques o cotitzacions que la llei fixa, fet que només en teoria les converteix en oneroses. El perceptor en potència ha pagat o cotitzat fraccionadament un capital per endavant al llarg de la seva vida laboral, ell personalment i, si escau, també l'empresa que el té contractat per imperatiu legal i per compte seu. Tot i això, la qualificació de les pensions contributives com a pensió onerosa és del tot discutible si tenim en consideració que per molt onerosa que sigui la pensió per a la persona que cotitza al llarg de tota la seva vida laboral, si mor abans de l'edat de jubilació no percebrà ni cinc cèntims de l'Administració ni tampoc rebran res els seus hereus.³

2. Essencialment regulades en el Reial decret llei (RDL) 8/2015, de 30 d'octubre, que aprova el text refós de la Llei general de la Seguretat Social (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 261, de 31 d'octubre de 2015, suplement en català), en el RDL 670/1987, de 30 d'abril, del text refós de la Llei de classes passives de l'Estat, i en les lleis 35/1980, de 26 de juny, 6/1982, de 29 de març, i 37/1984, de 22 d'octubre, relacionades amb els militars republicans. Pel que fa a les pensions públiques a càrrec de la Generalitat, són regulades en les lleis catalanes 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, i 14/2017, de 20 de juliol, de renda garantida de ciutadania.

3. L'onerositat de les pensions contributives és real i efectiva des del punt de vista de la persona que cotitza, però resulta inconseqüent per a l'Administració, obligada en el futur a pagar la pensió. Així, la persona que en el futur tindrà dret a percebre la pensió paga efectivament un capital que, sumat al que paga per ell l'empresa, pot arribar a ser considerable (en euros constants pot arribar a superar el mig milió) si comptem el que s'ha pagat en trenta-cinc o quaranta anys de vida laboral. Tot i això, atès el deficient sistema de cotitzacions i de gestió de les quotes, en realitat les quotes són un impost sobre el treball, i no el pagament d'un capital per endavant. Per això, si una persona mor dos dies abans de jubilar-se, no genera cap dret a favor dels seus hereus, a diferència del que succeeix amb els plans de pensions privats. Així doncs, el pagament de les cotitzacions a la Seguretat Social només pot ser vist com a pagament avançat d'un capital si es considera sotmès a la condició suspensiva de la supervivència.

— No contributives, si simplement s'exigeix estar en la situació que es preveu, fet que permetria qualificar-les de gratuïtes. La més clara és la renda garantida de ciutadania.

1.1.2. *Pensions legals privades*

Són legals, però privades, les pensions que sorgeixen de determinades situacions de dret de família, en essència les que s'estableixen en els convenis reguladors de la separació o el divorci d'acord amb els articles 233-14 i 233-17 CCCat, en especial els punts 3 i 4, que, com se sap, poden compensar el cònjuge al qual la separació o el divorci crea un desequilibri patrimonial rellevant atès el seu nivell de vida durant el matrimoni i, sobretot, s'han de satisfer per als aliments dels fills comuns. També entren en aquesta categoria les pensions derivades del dret legal d'aliments que regulen els articles 237-1 i següents CCCat, en concret el 237-10 CCCat, que en determina la forma de pagament, que és preferentment el pagament en diners.

1.1.3. *Pensions voluntàries*

Són pensions voluntàries les que contracten o creen els particulars d'acord amb el principi de llibertat civil. Entre aquestes són cada dia més rellevants les pensions privades convingudes sobre la base d'instruments financers del tipus plans de pensions,⁴ assegurances de jubilació⁵ o assegurances de renda vitalícia.⁶ Totes són voluntà-

4. Les més comunes i populars són les convingudes sobre la base dels plans de pensions que regula el RDL 1/2002, de 29 de novembre, que aprova el text refós de la Llei de regulació dels plans i els fons de pensions (BOE en català d'1 de gener de 2003), modificada, entre d'altres, per la Llei 20/2015, de 14 de juliol. Segons l'article 1 d'aquesta Llei, «Els plans de pensions defineixen el dret de les persones a favor de les quals es constitueixen a percebre rendes o capitals per jubilació, supervivència, viduitat, orfandat o invalidesa, les obligacions de contribució a aquests i, en la mesura permesa per aquesta Llei, les regles de constitució i funcionament del patrimoni que s'ha d'afectar al compliment dels drets que reconeix. 2. Constituïts voluntàriament, les seves prestacions no són, en cap cas, substitutives de les preceptives en el règim corresponent de la Seguretat Social i, en conseqüència, tenen caràcter privat i complementari o no d'aquelles».

5. Les assegurances de jubilació, dites també *plans de jubilació*, són productes financers regulats per la Llei del contracte d'assegurança que cobreixen contingències de jubilació, defunció o incapacitat laboral. En cas de defunció o invalidesa, l'assegurança de jubilació actua com una assegurança de vida, ja que abona el capital assegurat als beneficiaris o hereus de la persona assegurada. El futur titular de la pensió fa aportacions periòdiques (prima periòdica) al llarg de la vigència de l'assegurança o fa una única aportació de capital al principi del contracte (prima única). Les aportacions produeixen una rendibilitat, que pot estar garantida o no i pot ser mínima o variable. A diferència dels plans de pensions, aquests plans de jubilació són rescatables en qualsevol moment.

6. Una modalitat freqüent d'estalvi que ofereixen les entitats financeres és la coneguda com a *asse-*

ries i privades, i el dret a la prestació neix només si el pensionista ha fet aportacions econòmiques prèvies i es donen les circumstàncies previstes en el contracte financer o d'assegurança que pertoca, que la legislació sectorial tracta com a simples instruments financers. Així doncs, sempre són de constitució onerosa. La majoria d'aquestes pensions són vitalícies i algunes comporten beneficis fiscals rellevants atorgats per l'Estat en atenció a la necessitat social cada cop més gran de dotar la ciutadania de pensions complementàries de les públiques.

En les pensions privades, com succeeix en tota mena de contractes de tracte successiu, l'element essencial per a la satisfacció de la necessitat que miren de subvenir és la solvència de la part creditora. Una solvència que ha de cobrir els tres vessants bàsics de la confiança: perspectiva de continuïtat, fortalesa patrimonial i liquiditat, a més de seriositat en el tracte. Potser per això, el gruix de la regulació sectorial de les pensions privades no està en la del contracte que les crea, sinó en el control de les entitats que s'obliguen a pagar-les, normalment les entitats financeres i les asseguradores, sotmeses a estrictes controls de solvència per l'Estat. La Llei de regulació dels plans i els fons de pensions és, de fet, una llei de regulació i control dels patrimonis i els gestors de les entitats que ofereixen els plans de pensions, i tota la normativa de control de les companyies asseguradores tendeix a garantir-ne la solvència.

D'altra banda, no hi ha dubte que, pel fet que l'entitat pagadora o deutora de la pensió és una empresa que l'ofereix sobre la base de contractes amb condicions generals, i la persona creditora o pensionista és una particular que tindrà sempre la condició de consumidora, aquestes pensions derivades de plans de pensions, plans de jubilació o assegurances queden subjectes, a parer meu, a la normativa de protecció de les persones consumidores i usuàries.

Finalment, són també voluntàries i privades les pensions que estableixen els particulars en exercici de la llibertat civil i l'autonomia de la voluntat que reconeix, en el nostre Codi civil i com a principi general, l'article 111-6 CCCat. Aquestes pensions voluntàries i privades, que per a simplificar podríem anomenar *pensions privades civils*, es poden constituir tant en actes entre vius, o bé onerosos o bé gratuïts, com en actes per causa de mort, i poden ser temporals, vitalícies o perpètuas. Remarquem que cap de les pensions a què hem fet referència fins ara es constitueix com a perpètua.

gurança de renda vitalícia, en virtut de la qual la persona assegurada rep una renda periòdica vitalícia la quantia de la qual depèn del capital total aportat per la persona titular i de la rendibilitat d'aquest capital. La persona assegurada, futura perceptora de la renda, pot convenir que, en cas de defunció, els hereus percebin una quantitat (és a dir, que es rescati o es redimeixi) o bé continuïn percebent la pensió que percebia el receptor rendista, amb la qual cosa s'opera una novació subjectiva en el receptor. Aquestes assegurances es regeixen per la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del contracte d'assegurança, en especial pels art. 83 i seg.

1.2. LES PENSIONS PRIVADES DE CARÀCTER VOLUNTARI

Les pensions privades de caràcter voluntari es poden constituir per causa de mort, en un pacte successori, un testament o un codicil, tal com resulta de l'article 427-30 CCCat, que regula, sumàriament, el llegat de pensions periòdiques,⁷ tot i que només indica quan comença i quan acaba el dret a la pensió, tot donant per fet que és vitalícia, o de l'article 565-3 CCCat, que fa referència a la constitució d'un cens per disposició per causa de mort.

Els articles 88-90 de la Llei hipotecària (LH) regulen la hipoteca en garantia de pensions periòdiques imposades en un testament, en una normativa sectorial subsidiària, com gairebé sempre fa la normativa hipotecària, de la norma civil que regula el fons material de la qüestió. Ho subratllo perquè em sembla rellevant a l'efecte de la competència per a resoldre hipotètics recursos contra una qualificació negativa relacionada amb la matèria: per molt que la nota de qualificació o el recurs citi els articles de la Llei hipotecària, la qüestió de fons és la normativa successòria catalana, i això comporta la competència de la Generalitat per a resoldre.⁸

7. Vegeu-lo:

Art. 427-30. Llegats d'aliments i de pensions periòdiques

1. El llegat d'aliments [...].
2. Si en el llegat de pensions periòdiques no se n'expressa la quantia, s'entén que es llega la mateixa quantitat que el causant ha pagat durant la seva vida al legatari. Si no és així, es considera com un llegat d'aliments [...].
3. El llegat d'una quantitat de diners o d'una quantitat de coses fungibles que s'hagin de prestar periòdicament faculta l'afavorit per a exigir el primer període des de la mort del causant. El legatari té dret a la totalitat de la prestació en curs encara que mori abans de finir el període començat.

8. Vegeu-los:

Article 88. El legatari de rendes o pensions periòdiques imposades pel testador determinadament a càrrec d'algun dels hereus o d'altres legataris, sense declarar personal aquesta obligació, té dret, dins el termini que assenyalava l'article anterior, a exigir que l'anotació preventiva que oportunament hagi constituït del seu dret es converteixi en inscripció d'hipoteca.

Article 89. L'hereu o legatari gravat amb la pensió ha de constituir la hipoteca a què es refereix l'article anterior sobre els mateixos béns objecte de l'anotació, si se li adjudiquen, o sobre qualsevol altre immoble de l'herència que se li adjudiqui. L'elecció correspon, en tot cas, a l'esmentat hereu o legatari gravat, i el pensionista ha d'admetre la hipoteca que li ofereixi, sempre que sigui suficient i la imposi sobre béns procedents de l'herència.

Article 90. El pensionista que no hagi obtingut l'anotació preventiva pot exigir també en qualsevol moment la constitució d'una hipoteca en garantia del seu dret sobre els béns de l'herència que subsisteixin en poder de l'hereu o s'hagin adjudicat a l'hereu o legatari gravat, d'acord amb el que disposa l'article anterior. La inscripció de la hipoteca, en aquest cas, només té efecte des de la seva data.

Les pensions privades civils es poden constituir també per actes entre vius, tant a títol gratuït com a títol oneros, i en ambdós casos es poden configurar amb caràcter real o amb caràcter obligacional i poden ser vitalícies, i aleshores participen de les característiques dels contractes aleatoris, si s'han constituït per contracte, o bé de les característiques dels contractes de finançament, si s'han constituït per un temps determinat o són perpètuas.

En el Codi civil de Catalunya vigent després de l'entrada en vigor de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del CCCat, són possibles els següents tipus de pensions periòdiques de caràcter privat i voluntari:

— La pensió indefinida de caràcter obligacional, convinguda en virtut del contracte de *censal* i regulada en els articles 626-1 a 626-7 CCCat, que la configuren com un contracte de finançament.

— La pensió vitalícia de caràcter obligacional, convinguda en el contracte de *violari* i regulada en els articles 624-1 a 624-7 CCCat, que la configuren com un contracte aleatori.

— El cens emfitèutic o pensió perpètua de caràcter real, constituït pels contractes d'establiment o de revessejat (també per disposició per causa de mort) i regulat en els articles 565-1 a 565-28 CCCat amb la clara funció de facilitar l'accés a la propietat de les finques gravades i garantir amb elles les pensions convingudes, cosa que el fa, com ha estat tradicionalment, una figura de finançament.

— El cens vitalici de caràcter real, que es constitueix pel contracte de vitalici, es regula en els articles 565-29 a 565-33 CCCat i es configura amb la funció de facilitar l'obtenció d'una pensió a canvi de la cessió d'un immoble que la garanteix directament i immediata, de manera que té caràcter aleatori i té per funció garantir uns ingressos en metàl·lic a propietaris d'immobles que no en tenen.

No estic gens segur ni de la conveniència ni de la utilitat de mantenir la doble regulació de pensions constituïdes amb caràcter real i obligacional, que avui em sembla anacrònica.⁹ Atesa la possibilitat de garantir amb hipoteca les prestacions periòdiques,

9. A proposta del professor Antoni Mirambell i gràcies a la confiança d'Antoni Castella i Riera (1936-2014), que fou director general de Dret i d'Entitats Jurídiques, al Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, amb el conseller Bassols entre els anys 1988 i 1993, vaig tenir la sort i l'honor de participar en la comissió redactora de l'avantprojecte de la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, amb el mateix professor Dr. Mirambell i el registrador Dr. Josep Maria Quintana. Quinze anys més tard, quan era director general de Dret Xavier Muñoz, amb el conseller Vallès, vaig poder participar en la comissió tècnica que, ja en el marc de l'Observatori de Dret Privat, va redactar l'Avantprojecte de llibre cinquè del Codi civil de Catalunya sobre la base del projecte elaborat per la Secció de Dret Patrimonial del mateix Observatori en la legislatura anterior. En ambdós casos, sobretot el 1990, vaig submergir-me en la vella institució dels censos i l'emfiteusi des del punt de vista teòric. Tot i això, més de trenta anys d'experiència professional a Catalunya m'han dut a la convicció que els censos emfitèutics no tenen futur. Convé conèixer la institució, és clar, però aquest coneixement només dona joc per a aconseguir-ne la redempció, constatar-ne l'extinció forçosa o fer-ne declarar la prescripció. Antigament, quan es donava per fet que el cens emfitèutic era ir-

potser ha arribat l'hora de prescindir dels censos de caràcter real, en especial els emfitèutics, i forçar-ne la redempció en un termini raonable. Després de la Llei de censos del 1945, que va afirmar el dret del censatari a la redempció forçosa, i la del 1990, que va posar fi a segles de domini dividit i va establir una clara limitació temporal a la irredimibilitat del cens emfitèutic, mantenir la doble regulació sembla poc útil, a banda de la percepció, si escau, del lluïsme. I encara més quan Catalunya ja té un codi extens i complet i ja no cal afirmar la competència legislativa en dret civil sobre la base de les institucions que contenia la Compilació.¹⁰

redimible i els censalistes apreciaven més el lluïsme i altres drets dominicals més que no pas la pensió en si mateixa, la distinció entre el cens i el censal tenia sentit. El primer —el cens— comportava el domini dividit sobre una finca en la qual el censatari plantava o edificava i les relacions entre el censaler i el censalista eren més semblants a les de vassallatge que no a les contractuals. El segon —el censal— actuava clarament com un contracte de finançament. El censal permetia obtenir quantitats elevades de diners o l'accés a la propietat d'una finca, però no vinculava la finca i era sempre redimible. L'ascens de les hipoteques com a garanties immobiliàries susceptibles de garantir el pagament de les pensions, les lleis de censos del 1945 i el 1990, l'explosió de la propietat horitzontal i la pràctica desaparició del finançament entre particulars, substituït de manera monopolística amb el suport de l'Estat pel crèdit ofert per les entitats financeres, i finalment els canvis sociològics dels darrers decennis, fan del tot inútil, a parer meu, la dicotomia cens emfitèutic / censal, vitalici / violari. De manera molt especial, mantenir el vitalici, amb retenció del dret a la renda i afecció real institucionalitzada, i el violari, amb creació de la renda i garantia real per mitjà d'una hipoteca que cal constituir com a dret accessori, sembla útil però es fa estrany als operadors jurídics actuals.

10 . La Llei de censos del 1990 va representar un punt d'inflexió intel·ligent i agosarat del Govern de Catalunya per a desbloquejar la paràlisi que, en el desenvolupament del dret civil de Catalunya, havia generat el recurs presentat pel Govern de l'Estat (PSOE) contra la Llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada, que, a banda de la Llei de contractes d'integració del 1985, havia estat la primera llei civil especial que sortia del marc estricte de la Compilació del 1960. En la interpretació reduccionista de la competència legislativa de la Generalitat en matèria de dret civil que defensaven l'aparell de l'Estat i la majoria de professors de dret civil de fora de Catalunya, que reduïa la competència catalana a actualitzar la Compilació, una llei civil que n'eixamplava l'àmbit era vista com a contrària a la Constitució. Amb la Llei de censos es tractava de recuperar la iniciativa legislativa amb una nova llei especial que alterava alhora la Compilació i una altra llei especial, la del 1945, feta aprovar per Porcioles des de la Direcció General dels Registres i del Notariat sobre la base d'un avantprojecte elaborat per la Comissió Jurídica Assessora en temps de la Generalitat Republicana i presentat al Parlament el 1936. Es tenia la convicció que ni els més contraris a la competència de la Generalitat es veurien amb arguments de negar-li la competència d'aprovar-la. Va ser una mena de darrera aportació de l'emfiteusi a la història social i política de Catalunya. Sobre aquest punt, vegeu ROSA CONGOST, «Diagnosi d'una llei franquista: la llei de redempció de censos de 1945», *Estudis d'Història Agrària*, núm. 16 (2003-2004), p. 109-128; Lluís JOU I MIRABENT, ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ I JOSEP M. QUINTANA PETRUS, «La Llei de censos de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 90 (1991), núm. 1, p. 9-50; Lluís JOU I MIRABENT, «Drets històrics, Compilació i Codi civil: una mateixa legitimitat», *La Notaria* (Barcelona: Col·legi de Notaris), any 2010, núm. 3, p. 46-57; ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ, *Els censos en el dret civil de Catalunya. La qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1997; AGUSTÍ PONS, *El notari Raimon Noguera i el llegat de Picasso, Miró i Pau Casals*, Barcelona, Edicions 62, 2011.

2. ANTECEDENTS DE LA REGULACIÓ DEL CENSAL

L'objectiu d'aquest treball és analitzar el contracte de censal. Prescindirem, doncs, d'entrada, de les altres pensions privades civils que acabo d'esmentar.

En dret històric, la renda perpètua, constituïda per mitjà del contracte de censal, va ser una forma ordinària de finançament, atès que el dret canònic, llavors supletori de primer grau, tenia entre els seus principis el principi *pecunia pecuniam non parit*, dit altrament *pecunia pecuniam parere non potest*, del qual derivava la prohibició de la usura i, per extensió, la del préstec de diners retribuït amb interessos.¹¹

El dret canònic va acceptar, en canvi i precisament com a forma de combatre el préstec, la renda perpètua, en virtut de la decretal *Regimini* del papa Martí V (1417-1431), la qual exigia que el pagament de la pensió es vinculés a un immoble i que el deutor mai no pogués ser obligat a retornar el capital rebut, sens perjudici del seu dret a redimir-lo, si esqueïa. El deutor, alliberat de la pressió d'haver de retornar el capital, podia ajustar el pagament de les pensions a les seves necessitats. A partir del segle XIV els censals, desvinculats d'immobles, foren la forma de finançament habitual de les institucions públiques, els ajuntaments, la Generalitat i la Corona, que rebien dels particulars quantitats significatives de diners amb els quals podien finançar les seves necessitats (inversions públiques i, sobretot, guerres) sobre la base de les «vendes» de censals, és a dir, de pensions. L'inversor, que era el futur pensionista, «comprava» el dret a cobrar la pensió per un capital en diners que avançava a les universitats, la Generalitat o la monarquia. A partir de llavors i sobretot durant el segle XVI, les rendes o pensions perpètues, i el contracte de censal que les constituïa, van tenir un gran èxit no només amb els creditors públics, sinó també amb els privats. De fet, les emissions de deute públic perpetu, tan freqüents a l'Estat espanyol fins al primer terç del segle XX, no deixen de ser un vestigi d'aquesta forma de finançament. Mai no es recuperava el capital, però sempre es cobrava la renda.

Els protocols de les notaries catalanes dels segles XVII, XVIII i la primera meitat del XIX són plens de contractes de censal en els quals el propietari d'un immoble, ordinàriament un solar acabat de comprar, a canvi d'un capital que rebia en diner (sovint de qui li havia venut el solar i que era en teoria el preu de la «venda» d'una renda, i no un préstec, de manera que sovint se simulava la percepció del capital), s'obligava a pagar la renda (les pensions) i, gairebé sempre, a construir una casa damunt del solar. En garantia de la renda que havia «venut», hipotecava el solar (i la casa que s'hi obligava a construir). L'interès del perceptor que el pagador millorés la finca es concretava en el major valor que aquesta, posada en garantia, obtenia i, sovint, en la major facilitat que li atorgava en la venda de patis o solars propers a aquella. Les viles i ciutats de

11. Ramon Josep PUCHADES I BATALLER, *Als ulls de Déu, als ulls dels homes. Estereotips morals i percepció social d'algunes figures professionals en la societat valenciana*, València, Universitat de València, 1999.

la costa catalana, que van experimentar un gran creixement en el darrer terç del segle XVII i la segona meitat del segle XVIII, tingueren en el censal una forma de finançament senzilla. A la costa corria més diners que a l'interior i per als adquirents dels patis devia ser preferible el censal, que podien redimir, a la fórmula més feudal de l'establiment, tot i que aquest darrer fou freqüent, com és ben sabut, fins i tot a l'Eixample de Barcelona i als pobles del pla. La platja de Badalona és un altre exemple de finançament de l'expansió urbanística mitjançant el contracte d'establiment. La conflictivitat que ha generat l'extinció dels censos per manca de divisió després de l'aprovació del llibre cinquè, l'any 2006, n'és una mostra.

Les formes més evolucionades de préstec amb garantia hipotecària sorgides a partir de la Llei del 1862 i la prohibició de fixar el «fur» o interès del censal més enllà del 3% que havia establert Ferran VI a mitjan segle XVIII, van posar fi al censal com a font de finançament. Però, atesa la seva condició de contracte per un temps indefinit, el censal encara era un contracte viu en els protocols quan es redactaren els projectes d'apèndix. Per això aquests van incloure una proposta de regulació del censal que, finalment, va passar a la Compilació del dret civil especial de Catalunya (CDCC), de 21 de juny de 1960 (art. 330-334), amb el benentès que la regulació de les hipoteques constituïdes en garantia de rendes (art. 157 LH) també era, de fet (tal com ho era l'art. 15 LH), una «legislació especial catalana» encoberta.

En canvi, el Codi civil (CC) espanyol del 1889 no va regular la renda perpètua per influència de la legislació desamortitzadora. Es tractava de suprimir de la regulació civil les rendes perpètues que havien afavorit els beneficis eclesiàstics i d'aconseguir la llibertat més absoluta possible de les finques. També hi va tenir a veure la voluntat política d'afavorir el préstec com a instrument de finançament.

Per contra, alguns codis civils de referència del nostre entorn regulen la renda perpètua. Així, ho fan el Codi civil italià, del 1942, en els articles 1861-1871; el Codi quebequès, del 1997, en els articles 2367-2388; el Codi civil portuguès, del 1966, en els articles 1231-1237, i el Codi civil francès, del 1804, en els articles 1909-1913.

La nova regulació del llibre sisè del Codi civil de Catalunya prové dels treballs realitzats per la Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya durant el curs 2003-2004, que van quedar aparcats quan els governs de Pasqual Maragall i José Montilla van prioritzar, després del llibre cinquè, que regula els drets reals, els llibres tercer, quart i segon. Al seu torn, els treballs originaris partien de la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques, amb la qual es va voler modernitzar i desenvolupar la normativa dels articles 330-335 CDCC. Tant els treballs del 2003 com els del 1999 s'inspiraven, en part, en la Compilació del 1960 i en els quatre codis que acabo d'esmentar.

En essència, les principals diferències entre la normativa derogada i la del llibre sisè del Codi civil es concreten en el fet que aquesta darrera:

a) Té com a centre de gravetat no la prestació en si mateixa (la pensió dinerària periòdica), sinó el contracte que la fa néixer.

b) Configura clarament el censal com un contracte de finançament en una secció destinada a contenir, a més, la regulació del comodat, del préstec de coses i de diners, i de la fiança.

c) Distingeix entre les pensions vitalícies, configurades com a contracte aleatori, i les perpètuas, configurades com a contracte de finançament, seguint el Codi francès, que les regula, respectivament, en el títol 12 del llibre tercer, en els articles 1965-1983, i en el títol 10 del mateix llibre tercer, que regula el préstec, en els articles 1909-1913.

d) Introdueix com a causa de resolució del censal l'impagament de la pensió, cosa que a parer meu desvirtua el contracte de censal i el fa més proper al préstec.¹² En un temps en què les entitats financeres ofereixen préstecs amb garantia hipotecària a vint-i-cinc, trenta i quaranta anys (terminis que caldria prohibir en benefici de les persones consumidores), mantenir la impossibilitat de resoldre el censal fins i tot per manca de pagament, sens perjudici del dret a reclamar les pensions impagades, crec que podria tenir sentit.

Potser per això l'exposició de motius de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, indica:

El capítol sisè es dedica als contractes de finançament i de garantia, de manera que la secció primera regula el contracte de censal, amb l'objectiu innovador de readaptar aquesta institució a la seva finalitat de finançament a llarg termini, com a alternativa al préstec. Partint de la Llei 6/2000, el censal es configura com un contracte de finançament en el qual, a canvi de la percepció d'un capital la devolució del qual mai no pot ésser exigida pel prestador i és potestativa per al prestatari, aquest només està obligat a satisfer una pensió per temps indefinit.

Dit d'una altra manera, el censal es configura com un contracte de «préstec» en el qual la prestatària adquireix la propietat del capital que se li ha transmès i només resta obligada a pagar-ne els interessos, és a dir, la pensió. El prestamista no pot exigir mai la devolució del capital, sens perjudici del dret del «prestatari», això és, del deutor de la pensió, a retornar el capital per a deixar de pagar la pensió, i sense perjudici de la facultat de resolució anticipada a què abans he fet referència.

L'aparent simplicitat de la institució potser hauria permès en el moment àlgid de la crisi immobiliària convertir de manera forçosa en censals, en determinats casos, els préstecs sobre el primer i únic habitatge habitual de persones físiques, de manera que s'hauria alliberat els deutors sense recursos de retornar el capital pendent a canvi

12 . Aquest article accepta les causes de resolució que admeten els articles dels codis civils italià (art. 1867), portuguès (art. 1235) i francès (art. 1912), que són la manca de pagament de les pensions durant dos anys. Per contra, el Codi civil quebequès (CCQ) estableix de manera expressa que la manca de pagament de les pensions no permet demanar en cap cas la resolució i la devolució del capital. L'art. 2386 CCQ només permet reclamar el capital en cas d'insolvència declarada del pagador, cosa innecessària en la proposta de regulació del CCCat perquè el perceptor sempre ha tingut el dret a reclamar les garanties.

d'haver de pagar de manera perpètua els interessos —això és, la pensió—, que de manera correspectiva s'haurien pogut fixar, per exemple, en els legals del diner en el moment de la novació contractual. El que quedava pendent del préstec hauria fixat el capital base del censal. El deutor amb pocs recursos hauria pogut redimir el censal, és a dir, hauria pogut pagar el capital pendent, quan hauria venut la finca. Una llei específica sobre la matèria que, de passada, hagués declarat l'exempció de l'impost de transmissions patrimonials pel concepte de «constituïció de la pensió», hauria pogut ajudar, a parer meu, moltes famílies i hauria evitat molts desnonaments. No sé com cal comptabilitzar en els balanços dels bancs el capital de base de les rendes perpètues, que només recuperaran si la part deutora vol satisfer-lo, però això és un problema diferent.

Passem tot seguit a analitzar el contracte de censal que regula el nostre Codi civil.

3. LA REGULACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

3.1. CONCEPTE I ELEMENTS DEL CONTRACTE DE CENSAL

Proporciona el concepte de *censal* l'article 682-1 CCCat.¹³

Els elements personals del contracte de censal són la persona que podríem denominar *pagador* o *estipulant*, que és qui rep l'immoble o la suma de diners i qui queda obligat a pagar la prestació periòdica, i la persona que podríem denominar *perceptor*, *pensionista* o *censalista*, que és qui lliura l'immoble o els diners i resulta creditor de la prestació. Tot i que l'article 626-5 CCCat denomina *censalista* el creditor de la pensió, sóc del parer que és improcedent usar-la perquè duu a l'equívoc d'assimilar el creditor d'aquesta pensió amb el creditor de la dels censos. Duta la institució a esquemes financers, l'entitat de crèdit entrega el capital, amb el qual la pagadora potser adquireix un immoble i es converteix en perceptora de la renda, sense poder exigir el retorn del capital, sens perjudici de la resolució anticipada per manca de pagament i del dret de la pagadora a «redimir» o pagar anticipadament la totalitat del capital rebut.

Per a convenir aquest contracte cal la capacitat general per a contractar, amb el benentès que els pares i tutors necessiten autorització judicial si la pensió es contracta a canvi del pagament d'un capital en diners, perquè l'assimilació del censal al

13 . Art. 1861 Codi civil italià: «Pel contracte de renda perpètua una part confereix a l'altra el dret d'exigir de manera perpètua la prestació periòdica d'una suma de diners o d'una certa quantitat d'altres coses fungibles, que és correspectiva de l'alienació d'un immoble o de la cessió d'un capital».

Art. 1231 Codi civil portuguès: «Contracte de renda perpètua és aquell pel qual una persona aliena a favor d'una altra una certa suma de diners, o de qualsevol altra cosa moble o immoble, o un dret, i la segona s'obliga, sense límit de temps, a pagar, com a renda, determinada quantitat en diners o amb una altra cosa fungible».

préstec que efectua el Codi fa aplicable, a parer meu, la lletra *f* dels articles 236-27 i 222-43 CCCat. Si es contracta a canvi de la cessió d'un immoble, és evident que cal l'autorització judicial o familiar alternativa. Si qui contracta la pensió ha convingut un heretament en un pacte successori, necessita el consentiment de l'hereu designat en el pacte per a convenir el censal, d'acord amb l'article 431-25.3 CCCat. En qualsevol altre cas, el contracte és anul·lable.

Els elements reals són el capital i la pensió.

El capital és el que entrega o paga el pensionista o perceptor en contraprestació al dret de crèdit que és la pensió. Pot ser en béns concrets, entesos en el sentit ampli de l'article 511-1 CCCat, o bé una quantitat determinada de diners. La regulació és escassa, però no hi ha límits a l'autonomia de la voluntat. Normalment es tracta de la cessió d'un immoble que el futur pensionista lliurarà al futur deutor de la pensió en propietat (però res no s'oposa que se cedeixin drets d'usdefruit o de superfície),¹⁴ o bé del pagament anticipat d'una suma de diners. Es poden pagar tots de cop i començar a percebre la pensió immediatament, o es pot convenir un pagament a terminis de manera que la pensió es comenci a percebre un cop fet el pagament íntegre del capital. Res no s'oposa tampoc que el lliurament del capital s'ajorni de manera total o parcial.

Pel que fa a la pensió, ha de ser necessàriament en diners i, si no s'ha pactat altrament, s'ha de pagar per anualitats vençudes. Les pensions en espècie s'exclouen de manera expressa. Pactar pensions en espècie de manera perpètua és nul i permet al deutor de la pensió retornar els béns i deixar de pagar-ne la pensió i alhora reclamar el valor de les pensions pagades. Des de la perspectiva del creditor, aquesta nul·litat permet reclamar la devolució dels béns cedits per a retornar el valor de les pensions rebudes.

La pensió es fixa, habitualment, prenent en consideració els tipus d'interès vigents en el moment de constituir el censal, normalment sobre la base de l'interès de mercat o el legal del diner. Però, atesa la impossibilitat de reclamar el capital, caldrà tenir present, també, l'evolució dels preus per a compensar la devaluació futura de la moneda o l'increment del valor de la finca cedida a canvi. Hem de convenir, doncs, que les pensions resultants d'un censal són lleugerament més altes que els interessos d'un préstec.

Per al pagament i la fixació de les pensions s'apliquen les normes que contenen els articles 565-8 i 565-10 CCCat en relació amb l'emfiteusi. En conseqüència, és possible convenir-ne el pagament fraccionat, per trimestres o per mesos, per exemple.

Es poden convenir clàusules d'estabilització del valor, però només de la pensió, mai del capital, i aquesta estabilització es pot configurar doblement: d'acord amb l'índex de preus al consum o d'acord amb els índexs de referència dels interessos. En aquest darrer cas, entenc que en l'escriptura s'ha de fer constar el tipus al qual s'ha calculat la pensió inicial.

14. D'acord amb l'art. 564-4.2b CCCat.

Considero que són bàsics dos principis:

a) Les clàusules han de ser d'efecte simètric per a les dues parts, això és, el pensionista i el creditor, de manera que seran nul·les, a parer meu, les que prevegin l'estabilització a l'alça, però no a la baixa, i les que fixin límits a l'estabilització en un sentit (a la baixa), però no en l'altre (a l'alça).

b) Les clàusules han de ser clares i han de constar en una clàusula separada, tal com consta en l'article 626-2 CCCat.

El dret a rebre la pensió es pot transmetre per actes entre vius, onerosament o de manera gratuïta, i per actes per causa de mort. L'obligació de pagar la pensió també es pot transmetre, evidentment, per causa de mort, ja que els hereus de qui la paga continuen obligats a satisfer-la a qui la rep, i també per actes entre vius, com veurem després en tractar de la subrogació. És indestruïble del deure de pagar la pensió, el dret a redimir-la, i del dret a cobrar-la, l'obligació de rebre el capital si el deutor la vol redimir.

L'element formal del contracte de censal és l'escriptura pública, segons el que resulta de l'article 626-2.1 CCCat. Hem d'entendre que l'escriptura és la forma *ad solemnitatem*, ateses la vocació de perpetuïtat i la tradició catalana, que recollia l'article 330 CCDC. La forma pública té sentit atès l'interès de tercers persones creditors, possibles embargadores de rendes, per exemple, en el fet que constin fefaentment la data del contracte i la quantia de la pensió. La manca d'escriptura, doncs, fa inexistents el censal i, en conseqüència, l'obligació de pagar. El Codi civil portuguès opta en l'article 1232 per la mateixa solució formal, a diferència dels altres tres codis de referència: l'italià, el quebequès i el francès. La conseqüència és que el creditor de la pensió o pensionista pot exigir la devolució de l'immoble o del capital cedit a canvi, i el creditor pot retornar-los tot deixant sense efecte la pensió i reclamar les pensions pagades.¹⁵

L'article 682-2 CCCat es refereix a la forma i el contingut del contracte.

El punt 1 estableix una exigència de forma, com ja hem dit, que sembla *ad solemnitatem*.

El punt 2 estableix les circumstàncies que ha de contenir l'escriptura, que són els elements essencials del negoci: capital, pensió i forma de pagar-la. La manca d'algun d'aquests requisits en l'escriptura no fa inexistent el negoci, sinó simplement deficient el títol, de manera que es pot suplir per altres mitjans de prova o presumpcions.

El punt 3 estableix un contingut potestatiu. Si el contracte no conté aquests pactes, mai no es poden presumir, llevat de la quantia convinguda a l'efecte de la redempció, si el capital és en béns, que l'article 626-7.4 CCCat ordena determinar a partir de la capitalització de la pensió inicial a l'interès legal del diner en el moment en què es va celebrar el contracte.

15. Tot i això i malgrat que la llei és clara, com que es tracta d'un contracte, i no de la constitució d'un dret real, es fa difícil d'acceptar que el censal convingut en un document privat no produeixi efectes.

En tot cas, sóc del parer que el fet que la llei fixi en punts separats els elements de configuració voluntària del negoci ens hauria de dur a l'exigència, si més no pràctica, de fer-los constar, si escau, en clàusules separades.

3.2. GARANTIES DE COMPLIMENT

Els articles següents de la secció primera del capítol VI del CCCat regulen només en part el contingut potestatiu del censal, atès que tan sols fan referència a les garanties. Vegem-ho:

Article 626-4. Garanties

1. El pagament de la prestació es pot assegurar amb una garantia personal o real, o per mitjà d'un pacte de millora, per a garantir-lo o per a millorar-ne la garantia que s'hagi establert.

2. En cas de constitució d'una hipoteca, s'apliquen l'article 569-38 i la legislació hipotecària i la hipoteca no prescriu mentre no prescrigui la pensió, tot i que, a diferència d'aquesta, que és per temps indefinit, la hipoteca es pot constituir per un termini predeterminat.

3. En cas de venda de la finca hipotecada, es pot pactar que l'adquirent se subrogui en l'obligació de pagar les pensions i, si escau, en la de millorar la garantia, de manera que el venedor resti alliberat de les obligacions des que el creditor de la pensió consenti la subrogació de manera expressa o amb una conducta clara i concloent, llevat que l'adquirent sigui insolvent en el moment de la subrogació.

3.2.1. *El pacte de millora*

D'acord amb l'article 626-5 CCCat:

1. Si s'ha constituït el censal amb pacte de millora, [...] el perceptor de la pensió, no pot exigir, durant el temps estipulat o, si no hi ha temps estipulat, fins després de transcorreguts cinc anys, la garantia, personal o real, o el millorament de la que s'hagi establert.

2. Si el pagador de la pensió incompleix el pacte de millora, pot ésser compel·lit a restituir el capital del censal.

Aquest article es correspon amb l'article 7.1 de la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques, i amb el seu precedent, que és l'article 331 CCDC, al qual s'adapta.

Sense conèixer la funció històrica del contracte i les fonts tradicionals, es fa difícil comprendre a què es refereix la llei quan parla del pacte de millora. Com ja he dit

abans, la funció tradicional del censal era la de finançar la compra de patis o solars o la construcció de cases en aquests per part del futur pagador de la pensió. No es tractava de cedir el pati o el solar en emfiteusi, que generava un resultat similar pel que fa a la pensió però es configurava com un domini dividit que generava per al cedent els drets dominicals de lluïsmes, fadiga i capbreu i que en el dret històric s'entenia com a essencialment irredimible, sinó de cedir el solar a qui l'adquiria en ple domini simplement a canvi de la pensió, que podia ser extingida en qualsevol moment a instància de qui la devia, pagant al perceptor el valor del pati o solar transmès.

Així doncs, qui cedia el solar perquè s'hi construís, o qui l'havia venut i finançava la construcció de l'edifici que s'hi havia de fer, i a canvi quedava com a perceptor de la pensió, tenia un interès rellevant a augmentar la solvència del seu deutor convertint el solar en una casa. D'altra banda, atès que era freqüent que la construcció de cases en un determinat carrer o raval fes augmentar la demanda sobre els altres solars del mateix raval, el cedent, que es convertia en pensionista, també aconseguia un increment del valor del conjunt del raval. També es convenia el censal per a finançar la construcció de la casa, d'una manera finalista molt semblant a la dels préstecs actuals per a la construcció. Així, amb el capital entregat a canvi de la pensió, el deutor construïa l'edifici i el creditor veia augmentar la garantia.

Precisament per això, per a facilitar la construcció de la casa, és a dir, la millora del patrimoni del deutor de la pensió, s'establia un termini de carència de la garantia, que ara la llei fixa en cinc anys si no se n'ha establert cap altre. Passat el termini, el creditor de la pensió pot exigir garanties reals o personals sobre la finca millorada o, si ja se n'havien concedit, pot exigir-ne la millora.

Tan essencial és, en cas de pacte de millora, que la construcció o millora de la finca es realitzi, que si el pagador de les pensions no acaba la construcció i no ofereix les garanties reals o personals convingudes pot ser compel·lit a restituir el capital sense dret a recuperar les pensions satisfetes, sens perjudici, és clar, dels drets de tercers hipotecaris.

No hi ha prevista a la llei cap manera especial de fer constar el pacte de millora. Tot i això, a parer meu res no s'oposa que el pacte de millora consti en el Registre de la Propietat gravant la finca cedida sobre la base de la facultat resolutòria establerta en els articles 626-6.1*b* i 626-6.2 CCCat. Per a això només cal que el pacte de millora es constitueixi com a condició expressa en l'escriptura del censal amb referència en els articles 626-4 i 626-6 CCCat, de manera que, d'acord amb l'article 14 LH, hi pot constar i així aconseguir una garantia clara de recuperació de la finca. Cal determinar amb claredat l'obligació de garantir, ja sia només amb l'acabament de la casa, ja sia amb la constitució d'una hipoteca, ja sia amb l'increment de la responsabilitat hipotecària de la hipoteca ja constituïda. En aquest supòsit de resolució, atès que per llei no cal retornar mai les pensions satisfetes, no serà d'aplicació la regulació de l'article 621-54 CCCat.

3.2.2. *Hipoteca*

3.2.2.1. Constitució

L'article 626-4 CCCat es remet a l'article 569-38 CCCat en relació amb la constitució d'una hipoteca en garantia del censal. Segons aquest article:

L'obligació de pagar la pensió periòdica derivada de la constitució d'un censal [...] es pot garantir amb una hipoteca [...] es regeix pel que estableix la legislació hipotecària amb relació a la hipoteca en garantia de rendes o prestacions periòdiques [...] s'ha de fer constar, [...] a més de les circumstàncies generals, si s'ha fet o no un pacte de millorament i si el censal s'ha constituït com a irredimible.

La hipoteca en garantia de rendes o prestacions periòdiques està regulada en l'article 157 LH, al qual ja he fet referència. Segons aquesta norma:

A la inscripció, s'hi ha de fer constar l'acte o el contracte pel qual s'hagin constituït les rendes o les prestacions i el termini en què han de ser satisfetes [...].

En la Llei hipotecària es preveu que en la inscripció de la hipoteca es faci constar el termini pel qual s'ha constituït la pensió. Atès que el censal és naturalment una renda perpètua, la inscripció ho ha de fer constar així, tal com indica l'article 569-38 CCCat. Per això l'article 626-4 CCCat aclareix que, pel que fa a la caducitat, aquestes hipoteques no caduquen mentre no prescriu la pensió, tot i que es poden establir per un termini predeterminat.

3.2.2.2. Execució

D'acord amb el segon apartat de l'article 157 de la Llei hipotecària:

El creditor d'aquestes rendes [...] pot executar aquestes hipoteques utilitzant el procediment sumari que estableixen els articles 129 i següents d'aquesta Llei.¹⁶ Qui remati els béns gravats [...] els ha d'adquirir amb subsistència d'aquesta i de l'obligació de pagament de la pensió [...] fins que venci. La hipoteca produeix els mateixos efectes quant a tercers, però respecte a les pensions vençudes i no sa-

16 . Títol IV del llibre III de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, amb les especialitats que s'estableixen en el seu capítol V.

tisfetes, només perjudiquen tercers en els termes que estableixen l'article 114 i els paràgrafs primer i segon de l'article 115 d'aquesta Llei.

La remissió no ha tingut en consideració que quan es va aprovar l'article 569-38 CCCat la manca de pagament de la pensió mai no comportava la resolució del contracte, amb la consegüent restitució del capital prestat, de manera que avui, en què això és possible, la hipoteca ha de contenir la doble possibilitat de reclamar les pensions, en aplicació dels articles 569-38 CCCat i 157 LH, o de reclamar el «capital», prenent com a base l'article 626-6 CCCat, cas en què funcionarà com una hipoteca en garantia d'un préstec.

3.2.2.3. Subrogació

L'apartat 3 de l'article 626-4 CCCat reproduceix en certa manera l'article 569-38.4 CCCat, tot i que hi afegeix un incís final, per la qual cosa seria convenient harmonitzar els dos preceptes. Diu el llibre sisè:

3. En cas de venda de la finca hipotecada, es pot pactar que l'adquirent se subrogui en l'obligació de pagar les pensions i, si escau, en la de millorar la garantia, de manera que el venedor resti alliberat de les obligacions des que el creditor de la pensió consenti la subrogació de manera expressa o amb una conducta clara i concloent, llevat que l'adquirent sigui insolvent en el moment de la subrogació.

Aquest punt, que prové de l'avantprojecte del 2004, des d'on va passar al llibre cinquè, del 2006, recupera l'article 541 del Projecte de compilació del 1955, simplificat i actualitzat, de manera que concorda amb l'article 118.1 LH.

La finalitat de la norma és facilitar el tràfic immobiliari en operacions finançades amb censals, i no amb préstecs. A la pràctica, de moment pràctica-ficció, una persona pot comprar un habitatge o un altre immoble i obtenir d'una altra persona una suma de diners que li permet de pagar-ne el preu a canvi de l'obligació de pagar una pensió perpètua que l'obliga a pagar els interessos del capital, sense que pugui ser compel·lida mai a retornar el capital, però amb la possibilitat de deixar de pagar la pensió si el retorna, cosa que pot fer en qualsevol moment. La subrogació en el pagament de la pensió permet que l'immoble adquirit es pugui revendre amb facilitat. Atès que el creditor mai no podrà exigir la devolució del capital, s'admet que l'immoble es transmeti amb la subrogació en el pagament de la pensió. A diferència del que succeeix amb la subrogació en els préstecs amb garantia hipotecària, el capital pendent dels quals es reté del preu de venda, en la subrogació en les pensions derivades de censal el que succeeix, més que no pas retenir pensions, és que es redueix el valor de l'immoble per capitalització de la pensió i, per tant, es redueix el preu. La subrogació no comporta, doncs, retenció del preu, sinó reducció del preu.

A la pràctica això pot comportar que el preu d'aquests immobles quedi reduït en la quantia del capital pel qual es va constituir la pensió. Per contra, la subrogació en la pensió derivada del censal no gaudirà de l'exempció per subrogació en préstecs hipotecaris.

3.3. RESOLUCIÓ

El llibre sisè preveu, en l'article 626-6 CCCat, les següents causes de resolució a petició del perceptor de la pensió, que comporten sempre, a més, la indemnització pels danys i perjudicis:

- a) Per manca de pagament de la prestació, sempre que l'hagi requerida fefaentment.
- b) Per manca de constitució de les garanties pactades, en el termini de tres mesos comptats des que les ha exigides fefaentment.

L'article 331 CDCC i la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques, només permetien la resolució del contracte a instància del perceptor de la pensió en el cas que el pagador no complís amb l'obligació de millorar la finca.

Com hem dit abans, els codis civils italià (art. 1867), portuguès (art. 1235) i francès (art. 1912) admeten la resolució del contracte de censal per manca de pagament de les pensions, causa que introdueix ara el CCCat. Se subratlla que el pagament s'ha d'haver requerit fefaentment i que, per tant, el simple retard en el pagament no equival a la manca de pagament.

Cal recordar, amb tot, que les pensions són anuals i que, per tant, si se n'ha fraccionat el pagament, la manca de pagament d'una mensualitat o d'un trimestre no dona dret a la resolució, llevat que s'hagi pactat d'aquesta manera en constituir el censal. En aquests casos, però, l'atribució del caràcter de contracte de finançament al censal ens durà a la necessitat que com a mínim s'hagin deixat de satisfer tres fraccions mensuals consecutives, d'acord amb la normativa de consum que ha passat a la Llei hipotecària.

En tot cas, de conformitat amb el punt 2 d'aquest article 626-6 CCCat, «[l]a resolució del contracte de censal no comporta, en cap cas, la devolució de les pensions percebudes i no perjudica els tercers emparats per la legislació hipotecària». Em remeto en aquest sentit al que ja he comentat en el moment de parlar de la manca de constitució de les garanties.

Insisteixo que la possibilitat de reclamar tot el capital per manca de pagament d'una pensió, tot i semblar lògica en un contracte de finançament, desnaturalitza el censal perquè la restitució del principal deixa d'estar en mans només del pagador o creditor de la pensió. A parer meu, s'hauria hagut de ser més restrictiu i exigir com a mínim la manca de pagament de dues o tres anualitats.

3.4. REDEMPCIÓ

Com hem vist, és essencial de la pensió que es constitueix en virtut del censal que sigui perpètua. El deutor de la pensió mai no pot ser compel·lit pel creditor a retornar el capital que va rebre en el moment de convenir-la, tant si el capital va ser en diners com si va ser en béns.

L'article 626-7 CCCat disposa que el pagador de la prestació, unilateralment i per la seva sola voluntat, pot restituir el capital quan vulgui.

1. El pagador de la prestació pot extingir el censal per mitjà de la redempció si està al corrent de pagament de les pensions vençudes. Llevat que s'hagi pactat una altra cosa, la restitució es fa al constituent o als seus successors.
2. Es pot pactar que el censal sigui irredimible, però només temporalment, aplicant-hi els límits establerts per als censos.
3. La redempció del censal s'ha de formalitzar en una escriptura pública i s'ha de pagar en diners l'import total del capital rebut.

L'article permet fer, si més no, les reflexions següents:

— Per regla general el pagament s'ha de fer al constituent o als seus successors, que poden ser-ho a títol onerós o a títol gratuït, per actes entre vius o per causa de mort. Sempre caldrà fer-lo a la persona que cobrava la pensió. En hipòtesi, es pot pactar que el pagament es faci a favor d'un tercer. Si es convé, en el mateix censal caldrà que el tercer que cobrarà resulti suficientment determinat o determinable i es farà mitjançant una estipulació a favor d'un tercer. Si es convé posteriorment, caldrà veure què diu el conveni entre les dues parts que ho estableixi, que serà una cessió de crèdit.

— Per a pagar el capital s'ha d'estar al corrent del pagament de les pensions.

— El capital sempre es paga en diners, encara que en el moment de convenir el censal se cedís un bé, moble o immoble.

— El capital no és susceptible de clàusules d'estabilització. S'ha de tenir en compte que es tracta d'un contracte de finançament. Així doncs, sempre s'ha de pagar exclusivament la quantitat percebuda en el moment de convenir el censal, per molt que la moneda hagi perdut valor. Si el que es va percebre era un immoble, el títol de constitució ha de fixar-ne el valor en aquell moment i no es pot pretendre en cap cas que per a redimir la pensió es pagui el valor actual de l'immoble. Si, pel que sigui, el títol de constitució no va establir la quantitat que s'havia de pagar per la redempció, l'apartat 4 de l'article 626-7 CCCat disposa que «[e]n el supòsit que no consti la valoració del capital, aquest s'ha de determinar, a l'efecte de la redempció [...] a partir de la capitalització de la pensió inicial a l'interès legal del diner en el moment en què es va constituir».

— La redempció és una facultat unilateral del pagador de la prestació. Entenc que no es pot admetre en cap cas una penalització o comissió per redempció, equivalent a les comissions d'amortització anticipada dels préstecs.

— El censal es pot convenir com a irredimible. La llei remet a les normes dels censos i, així, perd una altra oportunitat d'establir una distinció clara entre les dues institucions. Per tant, és d'aplicació l'article 565-12 CCCat. Amb caràcter general, si no s'ha convingut altrament en el contracte de censal, la redempció no es pot imposar (però sí convenir) si no han transcorregut vint anys des de la constitució. Es pot convenir la irredimibilitat de la pensió i, en aquest cas, el qui la paga no la pot imposar fins que hagin transcorregut seixanta anys a comptar del moment de la celebració del contracte.

— Els codis de referència estableixen terminis més breus. Així, el Codi civil italià estableix els límits en deu o trenta anys segons si el capital es va pagar en diners o coses mobles o en immobles; el portuguès estableix vint anys i el francès, deu anys. La norma catalana, de seixanta, sembla del tot excessiva si es té en consideració que la pensió és una prestació obligacional derivada d'un contracte. La remissió a les normes dels censos és un error i no contribueix gens a distingir les dues institucions. Més absurda és encara la possibilitat que el pacte de no redempció es pugui vincular a la vida del perceptor i una generació més.

— La redempció s'ha de fer en una escriptura pública, en la qual, a més, s'han de cancel·lar les garanties que constin en el Registre de la Propietat, si és que se'n van constituir. Si no se'n van constituir però el capital lliurat va ser un immoble, es pot fer constar la redempció mitjançant una nota marginal en la inscripció de la transmissió de domini. Si el creditor de la pensió es nega a cobrar la redempció, caldrà anar al judici que correspongui segons la quantia, sense que siguin d'aplicació, a parer meu, les normes de redempció de censos, i caldrà seguir les normes generals d'oferiment de pagament i consignació, i a parer meu serà necessària una notificació notarial de la decisió de redimir.

3.5. PRESCRIPCIÓ

El llibre sisè no fa cap referència específica a la prescripció de les pensions, però la remissió a les normes d'inexigibilitat de les pensions relatives als censos que fa l'article 626-3 CCCat permet sostenir que:

— La reclamació de les pensions no pot excedir la de les deu darreres. A més, el pagament de tres pensions consecutives sense reserva del pensionista eximeix el deutor de la pensió de pagar les anteriors. Cosa coherent, d'altra banda, amb els articles 121-20 i 121-21 CCCat.

— La pensió s'extingeix per manca d'exercici de les pretensions durant un termini de deu anys, d'acord amb els articles 565-11 i 121-20 CCCat. Tot i això, són d'aplicació les normes que regulen la interrupció i la suspensió de la prescripció dels articles 121-12 i 121-15 a 121-19 CCCat.

El fet que el censal sigui naturalment irredimible, és a dir, que el perceptor de la pensió no pugui exigir, en principi, el pagament del capital o la redempció, comporta

que la prescripció de les pensions impliqui també la prescripció del «capital». No estic segur, gens segur, però, que la solució sigui justa, per molt que concordi amb la normativa sobre els censos, sobretot després de l'harmonització del 2015. Entenc més ajustat a la funció i la naturalesa del censal que la prescripció de les pensions permeti reclamar la pensió que correspon a l'any que es reclama i, per manca de pagament, exigir la resolució anticipada. En la normativa sobre censos hi ha un clar desfavor del legislador en relació amb el censalista, vist encara com un senyor feudal que espera la transmissió de la finca gravada per a percebre el lluïisme o cobrar la redempció. En el censal no hi ha cap element que ens dugui a aquest esquema mental i, atès que el llibre sisè l'ha aproximat al préstec, la solució que proposo sembla coherent. El perceptor de la pensió perdrà totes les pensions prescrites, però podrà reclamar les que es generin en l'any en curs, llevat, és clar, que es doni el cas de la preclusió de trenta anys que regula l'article 121-24 CCCat.

BIBLIOGRAFIA

- CONGOST, Rosa. «Diagnosi d'una llei franquista: la llei de redempció de censos de 1945». *Estudis d'Història Agrària*, núm. 16 (2003-2004), p. 109-128.
- JOU I MIRABENT, Lluís. «Drets històrics, Compilació i Codi civil: una mateixa legitimitat». *La Notaria* [Barcelona: Col·legi de Notaris], any 2010, núm. 3, p. 46-57.
- JOU I MIRABENT, Lluís; MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni; QUINTANA PETRUS, Josep M. «La Llei de censos de Catalunya». *Revista Jurídica de Catalunya*, any 1991, vol. 90, núm. 1, p. 9-50.
- MIRAMBELL I ABANCÓ, Antoni. *Els censos en el dret civil de Catalunya. La qüestió de l'emfiteusi (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1997.
- PONS, Agustí. *El notari Raimon Noguera i el llegat de Picasso, Miró i Pau Casals*. Barcelona: Edicions 62, 2011.
- PUCHADES I BATALLER, Ramon Josep. *Als ulls de Déu, als ulls dels homes. Estereotips morals i percepció social d'algunes figures professionals en la societat valenciana*. València: Universitat de València, 1999.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE LAS NUEVAS REALIDADES LEGALES QUE ENFRENTAN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN CATALUÑA: LA IDENTIDAD (DE GÉNERO) A ESCENA

Isaac Ravetllat Ballesté

*Subdirector del Centro de Estudios sobre Derechos
de la Infancia y la Adolescencia (CEDIA)*

*Profesor de derecho civil
Universidad de Talca (Chile)*

Resumen

Durante los últimos años estamos asistiendo a la visibilización de un número importante de niñas, niños y adolescentes que expresan identidades diversas que no cumplen con los mandatos del género que les ha sido adscrito al nacer. Efectivamente, nos hallamos ante lo que está llamado a ser un cambio de paradigma: dejar de entender la experiencia de las niñas, niños y adolescentes *trans* como una patología, como un desorden de identidad o un problema, y pasar a considerarlo como un conjunto de construcciones y elecciones de carácter personalísimo, de trayectorias heterogéneas, fluidas y cambiantes, a las que la ley no puede dar la espalda. Es por este motivo que el presente artículo analiza el contexto social y legal que envuelve la vida de las niñas, niños y adolescentes *trans* en Cataluña, con particular incidencia en aquellos aspectos que caracterizan su derecho a la identidad de género.

Palabras clave: transgénero, identidad de género, expresión de género, infancia y adolescencia, interés superior del menor, autodeterminación de género.

L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR COM A CRITERI DE RESOLUCIÓ DE LES NOVES REALITATS LEGALS QUE AFRONTEN LA INFÀNCIA I L'ADOLESCÈNCIA A CATALUNYA: LA IDENTITAT (DE GÈNERE) A ESCENA

Resum

Aquests darrers anys estem assistint a la visibilització d'un nombre important de nenes, nens i adolescents que expressen identitats diverses que no compleixen els mandats del gènere que els ha estat adscrit en néixer. Efectivament, ens trobem davant del que està cridat a ésser un canvi de paradigma: deixar d'entendre l'experiència de les nenes, nens i adolescents *trans**¹ com una patologia, com un desordre d'identitat o un problema, i passar a considerar-ho com un conjunt de construccions i eleccions de caràcter personalíssim, de trajectòries heterogènies, fluides i canviants, a les quals la llei no pot donar l'esquena. És per aquest motiu que el present article analitza el context social i legal que envolta la vida de les nenes, nens i adolescents *trans** a Catalunya, incidint particularment en els aspectes que caracteritzen el seu dret a la identitat de gènere.

Paraules clau: transgènere, identitat de gènere, expressió de gènere, infància i adolescència, interès superior de l'infant, autodeterminació de gènere.

THE BEST INTEREST OF THE CHILD AS CRITERION OF RESOLUTION OF THE NEW LEGAL REALITIES OF CHILDHOOD AND ADOLESCENCE IN CATALONIA: THE IDENTITY (OF GENDER) ON STAGE

Abstract

In recent times we are witnessing the emergence of new realities within the *trans** collective, giving visibility to situations or circumstances that until a few years ago were completely invisible and absolutely silenced. This is the case, without going further, of the question of trans-sexuality in childhood and adolescence. It seems that we are living the initial moments of what is called to be a paradigm shift: the failure to understand the experience of trans children and adolescents as a pathology, as an identity disorder or problem, and to consider it as a set of constructions and choices of a very personal character, with heterogeneous, fluid and changing trajectories, to which the law should not turn away. It is for this reason that in

1. En el texto usaremos preferentemente el término *trans**, con un asterisco, como un concepto paraguas que puede incluir diferentes expresiones e identidades de género, tales como *trans*, transexual, transgénero. Lo que el asterisco añade es señalar la heterogeneidad a la hora de concebir el cuerpo, la identidad y las vivencias, que van más allá de las normas sociales binarias impuestas. Toda esta terminología tiene en común que es autoelegida por sus protagonistas, frente a la que proviene y es impuesta por el ámbito médico y que señala una patología. El asterisco quiere especificar que se pueden librar luchas comunes, al tiempo que reconoce que hay muchas otras cuestiones en las que no hay un consenso o una única visión de lo que supone ser una persona *trans*.

this article we analyse the social and legal context, both at the state level and regional, that surrounds the lives of children and adolescents trans* in Catalonia, with particular emphasis on those aspects that characterize their right to (gender) identity.

Keywords: transgender, gender identity, gender expression, childhood and adolescence, best interest of the child, gender self-determination.

1. INTRODUCCIÓN

La transexualidad es un fenómeno presente en todas las culturas de la humanidad y en todos los tiempos históricos. Las manifestaciones de identidad de género del ser humano son variadas y cada cultura hace su propia interpretación de esta circunstancia. Las respuestas que las distintas sociedades han dado a esta realidad humana han sido muy diversas a lo largo del tiempo y en las distintas geografías de nuestro mundo.² Algunas comunidades han aceptado en su seno una realidad de género no estrictamente binaria y han articulado mecanismos sociales y normas legales que promueven la plena integración de las personas trans* en su contexto de vida cotidiano. Otras, en cambio, han manifestado diversos grados de rechazo y represión de las expresiones de identidad de género, provocando importantes vulneraciones de los derechos humanos de las personas trans*.

La definición del género de una persona va mucho más allá de la simple apreciación visual de sus órganos genitales externos en el momento de su nacimiento y, de acuerdo con lo expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no es un concepto puramente biológico, sino, y ante todo, psicosocial.³

2. Raquel PLATERO, «La agencia de los jóvenes trans* para enfrentarse a la transfobia», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 9 (2014), p. 184, y Raquel PLATERO, *Trans*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2014, p. 27.

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, Sentencia de 11 de julio de 2002, párr. 81-83 y 100, considera que para determinar el sexo de la persona no únicamente se debe atender al sexo biológico/cromosómico, sino que también deben tomarse en consideración otros criterios, entre ellos el del sexo cerebral. Tras esta emblemática sentencia, la evolución jurisprudencial suscitada en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado cada vez más favorable al reconocimiento de los derechos de las personas trans*. Sin ir más lejos, son dignas de ser tomadas en consideración las resoluciones listadas acto seguido: caso *Van Kück vs. Alemania*, de 12 de septiembre de 2003; caso *H. vs. Finlandia*, de 13 de noviembre de 2012; caso *Y. Y. vs. Turquía*, de 10 de marzo de 2015; y, más recientemente, caso *A. P., Garçon y Nicot vs. Francia*, de 6 de abril de 2017. Por su parte, en el ámbito regional americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párr. 91, como en el caso *Duque vs. Colombia*, de 26 de febrero de 2016, párr. 104, ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana. Para un estudio pormenorizado de este cambio de criterio

Ciertamente, en todo individuo imperan las características psicosociológicas que configuran su verdadera forma de ser y debe otorgarse soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física. La libre determinación del género de cada sujeto ha de ser afirmada como un derecho humano fundamental, parte inescindible de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁴

Las personas *trans** en nuestro país están protagonizando una larga lucha por conseguir desarrollarse socialmente en el género al que entienden pertenecer. Las dificultades que se encuentran en este proceso son innumerables y de toda índole, y el sufrimiento padecido es considerable. Es necesario, pues, de una vez por todas, superar el marco normativo general creado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y facilitar de este modo el proceso de tránsito, permitiendo la progresiva adaptación de la persona y el desarrollo completo de sus potencialidades humanas.⁵

Pues bien, si al desconocimiento generalizado, la invisibilidad y la situación de vulnerabilidad que vive el colectivo *trans**, le sumamos, además, un segundo elemento estigmatizador como es el de ser una persona menor de edad, la negativa al reconocimiento de su derecho a la identidad o la desatención de sus necesidades de afirmación se multiplican de manera exponencial.⁶

Efectivamente, gran parte de nuestra sociedad continúa anclada en la idea de que la sexualidad, la identidad y la (des)identificación con los roles de género tradicionales son temas tabús, especialmente cuando se refieren al universo de ciudadanos que no han alcanzado todavía la mayoría de edad. Ello hace que bajo el mito de la inocencia de la infancia y su protección —que hace más mal que bien—, las personas menores

jurisprudencial seguido por el TEDH, véase Susana SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio», *American University International Law Review*, vol. 29, núm. 4 (2014), p. 831-868.

4. Preámbulo de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*, núm. 98 (26 abril 2016).

5. Parece que esta es la línea adoptada por gran parte de las comunidades autónomas. Así, ante las carencias y limitaciones que presenta la legislación estatal, los parlamentos autonómicos han decidido regular sobre la materia. En este sentido y siguiendo una secuencia cronológica, podemos citar las siguientes regulaciones: País Vasco (2012), Galicia, Andalucía, Cataluña y Canarias (2014), Extremadura (2015), Madrid, Murcia y Baleares (2016), y, por último, Navarra y Valencia (2017).

6. El COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, Committee on the Rights of the Children/Comments/General Comments (CRC/C/GC), núm. 20, pár. 33, se pronuncia con una claridad manifiesta al estipular que «los adolescentes gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales suelen ser objeto de persecución, lo que incluye maltrato y violencia, estigmatización, discriminación, intimidación, exclusión de la enseñanza y la formación, así como la falta de apoyo familiar y social, y de acceso a la información y los servicios sobre salud sexual y reproductiva. En casos extremos, se ven expuestos a agresiones sexuales, violaciones e incluso la muerte».

de edad sean directamente desposeídas de su derecho a poder disentir de las expectativas que el mundo adultocéntrico cisgénero⁷ binario proyecta sobre sí.⁸

Ante un panorama como el descrito, el riesgo de aislamiento, discriminación y acoso —familiar, escolar, sanitario, social— que corren los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes *trans** es muy elevado.⁹ Entre las consecuencias más extremas de la vulnerabilidad de estas personas —que son las que suelen atraer la atención de los medios de comunicación— están los episodios de violencia física y verbal y el subsiguiente abandono escolar en el que a menudo desembocan.¹⁰ Pero, al mismo tiempo, no hay que perder de vista la identificada como violencia silenciosa que este colectivo de niños, niñas y adolescentes soportan a lo largo de todo su proceso de crecimiento y socialización, una violencia que no es posible cuantificar y que se apoya en estructuras de desigualdad muy arraigadas culturalmente: entre ellas, y sin ánimo de

7. El concepto *cisgénero* hace referencia a aquellas personas en las que su identidad de género coincide perfectamente con su género biológico y, por ende, no tienen la necesidad de hacer ningún tipo de tránsito de género.

8. Isaac RAVETLLAT, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 2015, p. 1-123. Para Miguel MISSÉ, *Guía para madres y padres de niño@s con roles y comportamientos de género no-normativos*, Barcelona, AMPGYL, 2013, p. 27-28, en la mayoría de situaciones el miedo y la incomprensión están más presentes en los adultos que en los propios «niño@s». Seguramente, prosigue dicho autor, en su pequeño mundo de juegos y diversiones no están teniendo la sensación de estar haciendo algo malo o incorrecto. Pero los adultos, sabedores de las consecuencias que tiene en nuestra sociedad transgredir las normas de género, imaginan que esa situación puede tener graves consecuencias.

9. Para Félix LÓPEZ, «Identidad sexual y orientación del deseo en la infancia y la adolescencia», *Asociación de Pediatría de Atención Primaria* (AEPap), núm. 1 (2013), p. 209-210, no aceptar la identidad de género y la orientación sexual de un adolescente debería considerarse como forma grave de maltrato. Por el contrario y sorprendentemente, María CALVO, «La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia», en Tomás PRIETO, *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Comares, 2016, p. 158, vincula la negación de la feminidad y la masculinidad, el trato idéntico a niños y niñas en las escuelas y su consideración como seres neutros y sexualmente polimorfos, con el fracaso escolar, el absentismo, los conflictos de convivencia en las aulas, la violencia entre los alumnos, las faltas graves de respeto hacia los profesores, así como con un incremento preocupante de las cifras de niños y niñas afectados por problemas psíquicos.

10. En la Declaración de 16 de mayo de 2017 emitida por el Comité de los Derechos del Niño y otros mecanismos de derechos humanos regionales y de las Naciones Unidas en conmemoración del Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Biofobia, se constata que niños, niñas y adolescentes *trans** y de género diverso son más vulnerables a la violencia en la escuela (acoso) y a la exclusión en la clase, en los juegos, en los baños y en los vestuarios, camino a la escuela y a casa, y en la red (ciberacoso). En ese sentido, prosigue la Declaración, un entorno hostil puede, lamentablemente, llevar a estudiantes *trans** y de género diverso a abandonar la escuela y la familia a una edad temprana. Quedan expuestos a la carencia de hogar, a los mercados laborales informales, a la economía delictiva, a ser objeto del uso de perfiles por la policía y a un ciclo de pobreza, marginación y más discriminación y violencia para el resto de su vida. Texto disponible en: www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21622&LangID=S (consulta: octubre 2017).

ser exhaustivos, se encuentran la segregación espacial por sexos y la naturalización de los estereotipos y las asignaciones de género que se dan tanto desde la escuela y los centros de salud, como desde otras instituciones de socialización (la familia, la Iglesia, el mercado laboral, el sistema normativo y los medios de comunicación).¹¹

Tal circunstancia y siempre atendiendo al principio del interés superior del menor, debiera llevar al legislador, en la línea ya apuntada por la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia),¹² y seguida por un buen número de comunidades autónomas, entre ellas Cataluña, a replantearse la exclusión de la niñez y la adolescencia del ámbito de aplicación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas,¹³ ya no por una simple cuestión de justicia social para con los menores *trans**, sino más bien por una exigencia de

11. Según la encuesta elaborada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 47 % de las personas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB) de la Unión Europea han sido objeto de discriminación o acoso a causa de su orientación sexual o identidad de género. Uno de cada cuatro miembros de este colectivo declara haber sido «agredido o amenazado con actos de violencia» en los últimos cinco años. Asimismo, la referida encuesta también revela que los años escolares son de los más complejos para las personas LGTB. Efectivamente, sobre el total del alumnado *trans**, un 70 % afirma haber sufrido «comentarios o conductas negativas» en el centro educativo por el hecho de ser *trans**, y más del 90 % de los alumnos entrevistados recuerdan haber presenciado insultos y actos intimidadores contra jóvenes transgéneros o transexuales. El miedo, el aislamiento y la discriminación son los motivos por los cuales dos de cada tres adolescentes menores de dieciocho años ocultan o disimulan su identidad de género sentida en la escuela o en el instituto. En este sentido, véase EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey. Main results*, Bruselas, European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/eu-lgbt-survey-european-union-lesbian-gay-bisexual-and-transgender-survey-main> (consulta: octubre 2017), y EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Being trans in the European Union: Comparative analysis of EU LGTB survey data*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/being-trans-eu-comparative-analysis> (consulta: octubre 2017).

12. En este sentido, la nueva redacción dada al apartado segundo del artículo 11 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero —tras las reformas incorporadas a su articulado por la Ley 26/2015, de 28 de julio—, recoge como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con las personas menores de edad «el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual».

13. Esta exclusión se constata en el artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que otorga legitimación activa para instar la rectificación registral del sexo mediante el expediente gubernativo —no vía judicial— que ella misma prevé a «toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello», dejando fuera, por tanto, a extranjeros y a niños, niñas y adolescentes. Con ello, parece que el único mecanismo viable que les queda a las personas menores de edad para solicitar ese cambio registral de sexo es acudir a la vía judicial (contenciosa): interponer una demanda contra el ministerio fiscal. Precisamente la mentada exclusión provocó que la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo presentara la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, que fue admitida por el pleno del Tribunal Constitucional español por la Providencia de 19 de mayo de 2016.

carácter internacional emanada directamente de los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que no es otra que la de ofrecer plena atención y protección a todas y cada una de las personas menores de edad residentes en España, con independencia de su orientación sexual e identidad de género (art. 2 y 8 CDN).¹⁴

En el presente artículo abordaremos, pues, el análisis de la realidad social y el marco jurídico en el que se enmarca la vida de este colectivo de niñas, niños y adolescentes que residen en Cataluña. Para ello, en primer lugar haremos un breve apunte acerca de la cuestión terminológica. Efectivamente, indagar cuáles son las principales diferencias existentes entre las ideas de sexo y género, así como arrojar cierta clarividencia sobre el acervo conceptual utilizado habitualmente, con más o menos fortuna, al tratar sobre estas cuestiones, ocuparán nuestras páginas iniciales. Acto seguido, ahondaremos en la realidad cotidiana de las niñas, niños y adolescentes *trans**, presentando algunas de sus principales necesidades e insistiendo en la vital importancia de que se reconozca, desmedicalice y despsiquiatrice su existencia, es decir, se geste el cambio desde un paradigma biomédico, en el que se patologiza a este tipo de individuos, hasta un modelo para la interpretación, el conocimiento y la intervención que ha de ser de carácter biopsicosociocultural y fundamentado en los derechos humanos del individuo. Finalizaremos el estudio analizando los principales aspectos de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia, para identificar, de este modo, las principales debilidades y carencias que la misma presenta al referirse a las niñas, niños y adolescentes *trans**, muy especialmente en los ámbitos educativo y sanitario.

2. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

En un contexto como el apuntado no puede obviarse el decisivo papel que tiene el lenguaje en el proceso de construcción de nuestro entorno social. Queda atrás la consideración racionalista de valorarlo como un simple medio de representación o reproducción de la realidad. Por el contrario, la terminología que empleamos —y muy en particular la legal— modela y dirige nuestra forma de entender y comprender el mundo que nos rodea, y nuestro modo de calificar y denominar a las diversas

14. Para el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, pár. 55, la identidad del niño o la niña abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño o la niña a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño o la niña.

instituciones se convierte en una forma de acuerdo o pacto social. Así, el significado de ciertos conceptos debe ser tratado con precisión para encontrar los resquicios de discriminación que aún sobreviven en nuestro sistema social y jurídico.¹⁵

2.1. SEXO Y GÉNERO

El sexo sería lo biológico y es expresión de la dualidad biológica varón/mujer, es decir, clasifica a las personas en hombre, mujer y, si se quiere, intersexo, basándose esencialmente en sus características biológicas, anatómicas y —por qué no decirlo también— cerebrales,¹⁶ mientras que el género sería lo cultural.¹⁷ Así, con la expresión del género se quiere significar que la realidad integral del ser humano supera la biología, en el sentido de que en la conformación y el desarrollo de la identidad sexual po-

15. Apunta Jorge BARUDY, *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*, Barcelona, Paidós, 1998, p. 29-30, que el mundo se construye de acuerdo con la manera como es percibido; o, en otras palabras, el mundo, tal y como lo observamos, es el mundo de los sistemas observantes, en que la propia manera de observar modifica ya lo observado.

16. Para Natalia AVENTÍN BALLARÍN, «Aproximación a la transexualidad infantil desde las familias», en Aránzazu GALLEGO y María ESPINOSA (ed.), *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil*, Granada, Comares, 2016, p. 49, la sexuación del ser humano se da en cuatro niveles: cerebral, cromosómico, gonadal y, por último, en el ámbito de la anatomía genital.

17. Para Ángela APARISI, «Discursos de género. Del igualitarismo y el postfeminismo de género, al modelo de la igualdad en la diferencia», *Education Sciences & Society*, vol. 7, núm. 1 (2015), p. 37-49, el género conduce a una representación psicológico-simbólica, una construcción histórica y antropológico-cultural. Integra, asimismo, roles y pautas de comportamiento, con los condicionamientos sociales que ello conlleva. En una línea similar, Núria SOLSONA, *Ni princesas ni piratas. Para educar niños y niñas en libertad*, Barcelona, Eumo, 2016, p. 20-26, entiende que con el término *género* se establece sobre las personas una clasificación de origen cultural que ya no se sustenta en la genética o la biología, pero que nos otorga una identidad determinada, una forma de ser, de expresarnos, de actuar y de sentir que reproduce las desigualdades por razón de sexo y discrimina a todo aquel que se atreva a cuestionarlo. Por otra parte, según el preámbulo de los Principios de Yogyakarta (marzo de 2007), referentes a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, se entiende por *identidad de género* «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales». Por último, Luis PUCHE, Elena MORENO y José Ignacio PICHARDO, «Adolescentes transexuales en las aulas. Aproximación cualitativa y propuestas de intervención desde la perspectiva antropológica», en Octavio MORENO y Luis PUCHE, *Transexualidad, adolescencias y educación. Miradas multidisciplinares*, Madrid, Egales, 2013, p. 193, defienden que el propio concepto de *identidad de género* es problemático porque naturaliza y esencializa lo que no es sino un constructo social, que termina convirtiéndose en fuente y esencia de lo que el sujeto es (para sí y para los demás).

seen asimismo mucha importancia la educación, la cultura y la libertad. De tal forma que el sexo y el género son dos dimensiones que confluyen en una misma realidad: *la identidad* del ser humano. Con esta premisa, el sexo y el género no se consideran como realidades antagónicas, sino complementarias.¹⁸

Debemos clarificar en este punto que al emplear la expresión *identidad de género* hacemos referencia al sentimiento de pertenecer a un determinado género, biológica o psicológicamente.¹⁹ El género es inherente al propio sujeto; en otras palabras, es un elemento esencial de su «yo».²⁰ Pues bien, para alcanzar un nivel pleno de bienestar, toda persona necesita que exista una cierta coherencia entre lo que es y lo que siente que es, e incluso lo que los otros piensan que es.²¹

2.2. TRANSEXUAL, TRANSGÉNERO, TRAVESTI E INTERSEXUAL

Tal y como ya hemos avanzado, en el campo que estamos tratando la cuestión terminológica y conceptual es compleja.²² No obstante, una de las cuestiones que

18. José LÓPEZ, *Transsexualismo y salud integral de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 17.

19. También hay otros términos, como *variante de género* (*gender variant*). Este término enfatiza la idea de ser algo distinto a lo más común, tratando de otorgar a la cuestión un énfasis positivo. También se utiliza la expresión «personas que no cumplen [o no coforman] los mandatos de género» (*gender non-conforming*). Son personas que no encajan necesariamente ni en la masculinidad ni en la feminidad como tradicionalmente han venido siendo definidas.

20. Para Félix LÓPEZ, «Identidad sexual y orientación del deseo en la infancia y la adolescencia», AEPap, núm. 1 (2013), p. 210, cuando hablamos de identidad nos referimos a la conciencia del yo, que es el núcleo permanente de la identidad. Yo he sido, soy y seré siempre yo, nunca otro, el mismo, más allá de los posibles cambios más o menos importantes. En otras palabras, el yo no cambia en cuanto a tal, no cambia en lo que tiene de esencial, lo que me define como persona. Desde otra perspectiva, Rafael VENTURA e Iván VAZ, «La identidad transexual infantil. Estudio del caso Málaga en el País.com», en *Libro de actas del II Congreso Internacional de Comunicación y Género*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2014, p. 462, defienden que el proceso de construcción identitario adquiere dos vertientes: la endógena y la exógena. La primera se refiere al plano individual, es decir, al modo en que el sujeto construye su propia identidad en una tarea de autoidentificación. La exógena, por su parte, se refiere al modo en que la sociedad construye, representa y define una identidad externa —el otro—. Ambos procesos son simultáneos y se modifican el uno al otro.

21. Así, en el *Protocol de prevenció, detecció e intervenció enfront l'assetjament escolar a persones LGBTI*, del Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Catalunya (año 2017), se entiende por *identidad de género* «la vivència íntima i individual que cada persona fa del seu propi sexe i d'unes característiques de gènere, tal com cada persona la sent i autodetermina, sense que pugui ser definida per tercers, sigui corresponent o no amb el gènere assignat socialment». En una línea similar se pronuncian otras de las normas autonómicas sobre la materia; citaremos por todas la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid (art. 1) y la Ley de la Comunitat Valenciana (art. 4).

22. Para Raquel PLATERO, «La agencia de los jóvenes trans* para enfrentarse a la transfobia», p. 184, la identidad es una experiencia compleja que engloba cómo nos sentimos y que puede ir desde si estamos conformando o reafirmando, o no, las expectativas sobre nuestro comportamiento, que se basan en qué

llama más poderosamente la atención cuando se suscita el tema de las personas *trans**, no particularmente en el ámbito de la niñez y la adolescencia, sino en general, es que se suele tratar de forma conjunta a transexuales, travestis, intersexuales y transgéneros. Ello, evidentemente, supone un craso error que esconde un alto grado de discriminación, al tratarse de realidades completamente distintas, y que, por otra parte, dificulta el abordaje eficiente de todas y cada una de las necesidades propias de cada uno de los mentados colectivos. Por ello y evitando en la medida de lo posible ofrecer una definición nominal cerrada de cada una de esas realidades, sí consideramos imprescindible, por el valor pedagógico que ello podría ostentar, que apuntemos algunas de las características esenciales que identifican a cada uno de esos grupos de individuos.²³

El travestismo, por ejemplo, no tiene un deseo profundo de cambiar de sexo, sino que se produce cuando se ha instaurado una necesidad psíquica de ponerse ropa del otro sexo como condición necesaria para alcanzar la excitación sexual. Más aun, en el travesti concuerda la identidad de género con el sexo biológico. Al travestismo se le ha venido considerando una parafilia que supone la activación sexual por medio de objetos y situaciones que no forman parte de las pautas habituales. En suma, el travestismo se refiere a un cambio en la expresión del género (vestimenta, ademanes, comportamiento), sin que realmente exista una identificación interna y esencial con el nuevo género; se suele manifestar como un juego performativo de carácter puntual.

En cambio, el transexual sí que decide, e incluso se puede decir que necesita, adoptar los rasgos del otro sexo de forma continua, y en algunos casos opta por la hormonación e incluso la reasignación de género. Para el *Diccionario* de la Real Academia Española, un transexual es la persona «que mediante tratamiento hormonal e intervención quirúrgica adquiere los caracteres sexuales del sexo opuesto».²⁴

atribución hacemos a las categorías mujer y hombre. Puede incluir no sentirse dentro de ninguna de estas dos categorías (mujer/hombre) o sentir la identidad de género opuesta a la señalada. También puede implicar tener actitudes y roles sociales determinados, presentarse socialmente de forma ocasional o permanente con un género distinto al asignado, o vivir todo el tiempo con el género elegido. Puede incluir la modificación corporal, o no, a través de hormonas, cirugías mayores o cirugías menores. Y puede que se haga a veces o puede que sea un viaje de transición que dura toda la vida. Una persona *trans** puede tener un aspecto masculino o femenino, puede ser un varón *trans** o una mujer *trans**, o puede rechazar incluso ser categorizado dentro de alguna de estas dos opciones. Puede autodenominarse de muchas maneras, ya que no todas las experiencias *trans** son iguales.

23. En un sentido similar se pronuncia Juan GAVILÁN, «Modelo sociocultural para la intervención en la transexualidad infantil», en Aránzazu GALLEGO y María ESPINOSA (ed.), *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia*, p. 5, quien, tras reconocer las dificultades de ofrecer una definición de *transexualidad*, lo argumenta afirmando que cualquiera de las definiciones que se suelen dar ya lleva implícitos unos prejuicios, unas creencias injustificadas y toda una serie de tópicos y falsos conocimientos que dependen del punto de vista de la persona y del modelo teórico en el que se define. O, simplemente, acarrea los valores y la perspectiva de las disciplinas desde las que se la intenta definir.

24. Para Isabel BALZA, «Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenderismo», *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40 (2009), p. 245-248, podemos definir *transexual*

La tercera categoría en cuestión es la de las personas intersexuales. En este caso, no existe conflicto alguno entre la identidad de género y el individuo: cada sujeto tiene un sexo asumido —varón o mujer— que para él no ofrece dudas; no hay un problema psicológico y el sujeto no tiene en absoluto la percepción de pertenecer a un tercer sexo o de ser andrógino.²⁵ No obstante, en estos casos, cuando una niña o un niño nace con características sexuales no claramente definidas, tanto femeninas como masculinas, habrá que optar, atendiendo al principio del interés superior del menor, por aquellos procesos, médicos y/o legales, menos drásticos, agresivos e irreversibles para con su persona y su desarrollo integral.²⁶

En efecto, entendemos que no es necesario precipitarse asignando e inscribiendo un sexo desde el mismo instante del nacimiento, incurriendo de este modo en un grave peligro de arbitrariedad. Debe garantizarse la integridad corporal de las personas menores de edad intersexuales, salvo que haya una motivación médica que así lo justifique, hasta que alcancen el nivel de madurez suficiente para definir por sí mismas su identidad sentida, ofreciéndoseles, además, plena protección de su intimidad y dignidad frente a prácticas de exposición y análisis de carácter abusivo.²⁷ La protección de las personas intersexuales exige el reconocimiento de la diversidad de los cuerpos humanos y la erradicación del prejuicio según el cual existe un único y dicotómico patrón normativo de corrección corporal, que lleva a que niñas y niños intersexuales sean intervenidos

como aquel que se siente del sexo opuesto al que le marca su sexo biológico. La transexualidad se entiende entonces, apunta dicha autora, como efecto de una situación ideológica y tecnológica. Esta situación tecnológica hace referencia a la posibilidad quirúrgica de llevar a cabo operaciones de reasignación de género, con su consiguiente tratamiento hormonal. Por otra parte, la situación ideológica alude a la rigidez del sistema sexo/género que mantiene el carácter binario y excluyente del sexo y del género (solo es posible ser hombre o mujer, macho o hembra) —dimorfismo sexual.

25. María ELÓSEGUI, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, Comares, 1999, p. 115; Ana Carmen MARCUELLO y María ELÓSEGUI, «Sexo, género, identidad sexual y sus patologías», *Cuadernos de Bioética*, vol. 10, núm. 39 (1999), p. 459-477.

26. El preámbulo de los Principios de Yogyakarta (marzo de 2007), referentes a la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, expresa, refiriéndose a este tipo de cuestiones, que «una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niñas y niños será su interés superior, y que una niña o un niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de la niña o el niño, en función de su edad y madurez».

27. En este sentido también se pronuncia Natalia LÓPEZ, «La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal. No existen sexos, sólo roles: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología», *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, núm. 2 (2012), p. 348. Aun estando de acuerdo con lo apuntado, José LÓPEZ, *Transexualismo y salud integral de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 47, entiende que es muy probable que las niñas y niños intersexuales presenten problemas relacionales, ya que en el momento de reconocer su cuerpo evidencian ciertas diferencias con el resto de sus compañeras y compañeros.

quirúrgicamente a edades muy tempranas para asimilarlos lo antes posible a la pretendida «normalidad» de ser hombre o mujer, sin saber cuál es realmente su verdadera identidad y corriendo el riesgo de cometer graves errores que vengan a condicionar la vida del sujeto.²⁸

Por último, hay que hacer referencia al denominado *transgénero*, que es quien rechaza la categorización o el encasillamiento en uno u otro sexo o género. Para sustentar esta teoría hay que deconstruir los conceptos de *identidad masculina* e *identidad femenina*. En resumen, desde esta perspectiva se contempla el género como algo en constante proceso de transformación y donde no existe la obligación de alcanzar una meta específica. El sujeto transgénero va a reivindicar una nueva corporalidad y una nueva subjetividad, que se muestra transgresora respecto a las categorías sexuales establecidas, al ir más allá de los dos géneros/sexos que la ideología social y cultural reconoce como necesarios.²⁹ Por ejemplo, la persona transgénero puede decidir tomar hormonas y en cambio no operarse, o, por el contrario, puede llegar a operarse y no hormonarse. Cualquiera de las combinaciones es plenamente válida, a la par que respetable.

3. IDENTIDAD (DE GÉNERO) DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EVOLUCION DEL MODELO Y TRATAMIENTO CONVENCIONAL

Referenciado el contexto terminológico, ahondamos, acto seguido, en las particularidades que se suscitan cuando el individuo objeto de nuestra atención no ha alcanzado todavía la mayoría de edad.

3.1. DE UN MODELO PATOLOGIZANTE A LA LIBRE DETERMINACION DEL GENERO

La infancia y la adolescencia *trans** han sido patologizadas durante décadas. Así, el abordaje tradicional de las cuestiones relativas a niñas, niños y adolescentes *trans** se venía realizando desde un modelo terapéutico y patologizante. De acuerdo con este enfoque, se consideraba que la persona menor de edad y su familia o entorno debían ser tratadas por un profesional de la salud mental. Con ello se prescribía al niño o niña un tratamiento reparativo que debía llevarlo, en la medida

28. Este mismo criterio es el mantenido por la Sociedad de Intersexuales de Norteamérica (Intersex Society of North America). Véase: www.isna.org (consulta: octubre 2017). También AMNESTY INTERNATIONAL, *First, do no harm. Ensuring the rights of children with variations of sex characteristics in Denmark and Germany*, Londres, Amnesty International, 2017, p. 59.

29. Isabel BALZA, «Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo», *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40 (2009), p. 247 y 251-254.

de lo posible, a cambiar su identidad disidente para ajustarse al sexo asignado en el momento del nacimiento.³⁰

Con posterioridad y siguiendo en gran medida las clasificaciones internacionales de trastornos mentales contenidas tanto en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA),³¹ como en la *International Classification of Diseases* (ICD), de la Organización Mundial de la Salud (OMS)³² (que continúan considerando la transexualidad como un trastorno de la identidad o, para ser más exactos, como una situación de disforia de género),³³ se rechaza ya la idea de tratar de convencer al sujeto menor de edad para que renuncie a su identidad *trans**, como sucedía antaño, y, por el contrario, si se le diagnostica disforia de género, tal circunstancia pasa a ser contemplada como causa justificativa a la hora de determinar la viabilidad o no de un cambio registral, la posibilidad de administrar bloqueadores hormonales e incluso la de obtener la autorización para someterse a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo.³⁴ Esta visión se traduce en la práctica en que la gran mayoría de procedimientos legales que toman en consideración a niños y niñas *trans** deben iniciarse con un informe diagnóstico ela-

30. El propio COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, CRC/C/GC/20, pár. 34, tras reconocer a los adolescentes su derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente, condena la imposición de «tratamientos» mediante los que se pretende cambiar la orientación sexual de una persona (el Comité ginebrino parece olvidar aquí condenar también la aplicación de esas prácticas con respecto a la identidad de género, pero del contexto parece poder extraerse) y que los adolescentes intersexuales sean sometidos a intervenciones quirúrgicas o tratamientos forzados. Mucho más claro y contundente se muestra el Comité de los Derechos del Niño en la Declaración de 16 de mayo de 2017, emitida junto con otros mecanismos de derechos humanos regionales y de las Naciones Unidas en conmemoración del Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Biofobia, en el que se realiza un llamamiento a los estados para que despenalicen y despatologicen las identidades *trans** y de género diversas, en especial de las personas jóvenes *trans**, para que prohíban las «terapias de conversión» y se abstengan de adoptar nuevas leyes penalizadoras y clasificaciones médicas patologizadoras, incluyendo la eliminación del diagnóstico de disforia de género de la próxima revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades. Documento disponible en: www.ohchr.org/SP/News-Events/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21622&LangID=S (consulta: junio 2017).

31. La edición vigente es la quinta, conocida como DSM-5, que fue publicada el 18 de mayo de 2013.

32. Actualmente está en vigor la décima edición, conocida como ICD-10 (CIE-10, utilizando las siglas españolas, que equivalen a «clasificación internacional de enfermedades»). Está prevista su sustitución por la CIE-11 el 1 de enero de 2018.

33. La identidad de género en la infancia y la adolescencia ya se consideró en las primeras clasificaciones internacionales. Por ejemplo, en el DSM-III (1980) se la denominó «trastorno de identidad de género en la infancia» y así se siguió manteniendo en el DSM-IV (1994); en la última versión, DSM-V (2013), se ha sustituido el término *trastorno de identidad de género* por el de *disforia de género*, es decir, la angustia que sufre la persona que no está identificada con su sexo masculino o femenino.

34. Para un estudio pormenorizado de la evolución del diagnóstico del transexualismo, véase José LÓPEZ, *Transexualismo y salud integral de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 63-67.

borado por un experto en salud mental, lo que supone no abandonar definitivamente una lectura medicalizada y patologizante de la realidad *trans**.³⁵ En definitiva, hemos pasado del paradigma de la perversión, de pensar que esas conductas no son normales, al paradigma de la enfermedad, es decir, que dice que no es que no sean normales, sino que son un trastorno mental.

Durante la última década y en respuesta a ese modelo psicopatológico, desde los movimientos sociales y ciertos sectores profesionales empieza a emerger una corriente de pensamiento,³⁶ a la cual nos adscribimos, que entiende que no hay nada negativo ni extraño en la decisión de una persona menor de edad de transitar hacia una identidad de género distinta a la establecida por los estereotipos binarios o dicotómicos imperantes en nuestro modelo social.³⁷ Desde esta perspectiva, es necesario entender la experiencia *trans** no como una patología, un desorden identitario o un problema, sino como un conjunto de construcciones y elecciones de carácter personalísimo, de trayectorias heterogéneas, fluidas y cambiantes, que deben ser legitimadas por la ley. Se impulsa así el pasaje de un modelo médico a otro fundamentado en los derechos humanos, en el que los/las profesionales de la salud pasan a asumir un rol de acompañamiento y dejan de ostentar la facultad de determinar las formas de entender y vivir las identidades y/o expresiones de género, las orientaciones y/o prácticas sexuales y las transformaciones corporales que, en su caso, puedan llevarse a cabo.³⁸

35. El DSM-V (2013) contiene dos apartados específicos, uno de disforia de género en niños y niñas, y el otro de disforia de género en adolescentes y adultos.

36. En este sentido, Juan GAVILÁN, «Modelo sociocultural para la intervención en la transexualidad infantil», en Aránzazu GALLEGU y María ESPINOSA (ed.), *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia*, p. 8, nos recuerda que desde el año 2009 hay un movimiento poderoso a nivel internacional denominado STP, acrónimo de *Stop Trans Pathologization*, que reúne a 397 grupos, organizaciones y redes procedentes de Asia, América Latina, África, Europa, Norteamérica y Oceanía, cuyo objetivo principal es la retirada de la clasificación de los procesos de tránsito entre los géneros como trastorno mental de los manuales diagnósticos (DSM de la American Psychiatric Association y CIE de la Organización Mundial de la Salud), el acceso a una atención sanitaria *trans**-específica públicamente cubierta, el cambio de modelo de atención sanitaria *trans**-específica desde un modelo de evaluación hacia un enfoque de consentimiento informado, el reconocimiento legal del género sin requisitos médicos, la despatologización de la diversidad de género en la infancia, así como la protección contra la transfobia.

37. Ese mismo cambio de paradigma se aprecia en la conducta de las propias familias de los niños y niñas *trans**: antes los progenitores acudían a la consulta de un profesional de la psicología o la psiquiatría para tratar de resolver el problema del hijo o la hija, para que se «curase», y últimamente se acercan más a esos mismos profesionales para buscar y adquirir herramientas, información y saberes para poder comprender, atender y acompañar a ese hijo o hija, para respetarlo y aceptarlo tal como es.

38. Señalan Jesús GENERELO, J. Ignacio PICHARDO y Guillem GALOFRÉ, *Adolescencia y sexualidades minoritarias. Voces desde la exclusión*, Jaén, Alcalá Grupo Editorial, 2008, p. 15, que la adolescencia LGTB atraviesa por diversos procesos, como: 1) buscar un nombre para lo que sienten, 2) tener iniciativa para encontrar iguales, 3) aceptar la diferencia y 4) poder tomar decisiones alrededor de revelar (o no) la identidad. Estas fases, finalizan los mentados autores, ni son consecutivas, ni afectan a todos los individuos por igual. De esta misma opinión es Sheila ARJONA, *Infancia con creatividad de género. Identida-*

Nadie debería precisar, *a priori*, de ningún psicólogo ni psiquiatra que lo diagnostique o evalúe con respecto al género sentido. Las normas sociales de ordenación del sexo y el género deberían ser abiertas y flexibles para permitir que todas las personas, con independencia de su edad, pudieran reconocer su identidad sin problema alguno y que, en caso de error o divergencia, pudieran cambiarla de la forma más sencilla y natural posible. En suma, esta perspectiva pretende evidenciar que las niñas y los niños *trans** no presentan ningún problema médico, psicológico o psiquiátrico. Por el contrario, los problemas que se les pueden presentar guardan relación directa con la sociedad, que no los admite y, por dicha razón, excluye, segrega y estigmatiza a los sujetos que los viven.³⁹

En definitiva, la despatologización implica eliminar el diagnóstico elaborado por los profesionales de la psicología o la psiquiatría y sustituirlo por el consentimiento informado. Tal circunstancia supone la atribución de la plena capacidad de decisión a la persona, de modo que el profesional de la salud le ofrece toda la información disponible y lo acompaña (siempre que el sujeto así lo desee) en su proceso de subjetivización.

Esa misma es, precisamente, la visión adoptada por la legislación catalana.⁴⁰ Así, la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia,⁴¹ nos señala en su artículo 23.4 que «las personas transgénero [sin hacer ninguna alusión a la cuestión de la edad] y las personas intersexuales deben poder acogerse a lo establecido por la presente ley sin necesidad de un diagnóstico de disforia de género ni tratamiento médico».⁴²

*des no binarias, cuerpos transgresores y despatologización trans**, Granada, Universidad de Granada, 2016, p. 70-73.

39. Stephanie K. SWANN y Sarah E. HERBERT, «Ethical issues in the mental health treatment of trans adolescents», en Gerald P. MALLOL (ed.), *Social work practice with transgender and gender variant youth*, Nueva York, Roudledge, 2009, p. 38-52.

40. El Parlamento de Cataluña, en una declaración institucional del año 2012, solicitó la exclusión de la transexualidad de los catálogos de enfermedades mentales y el reconocimiento de la igualdad y la dignidad de las personas *trans**.

41. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 281 (20 noviembre 2014).

42. En idéntico sentido se pronuncia la Ley del Parlamento andaluz 2/2014, de 9 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en Andalucía (art. 1.1, 2 y 19, este último en directa relación con las personas menores de edad); la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad de Extremadura (art. 3.1 y 10); la Ley 3/2016, de 22 de julio, de protección integral contra la LGTBifobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid (art. 4.1); la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la región de Murcia (art. 3.1, 8 y 10.4, este último referido a per-

Pues bien, partiendo de esas premisas, de ese intento de despatologizar la realidad de la infancia y la adolescencia *trans**, procedemos seguidamente al estudio de la génesis, la configuración y el ulterior desarrollo del derecho a la identidad en el seno de la Convención sobre los Derechos del Niño, para con ello obtener mayor claridad acerca del verdadero significado y alcance que este tratado internacional ha conferido al mentado derecho de la personalidad.

3.2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD (DE GÉNERO) EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En la propuesta inicial de CDN presentada por Polonia en la trigésimo cuarta (34a) sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (marzo de 1978), de los diecinueve artículos que la integraban, no había ninguno referido explícitamente al derecho a la identidad. Sí, no obstante, el artículo 2 mencionaba la obligación asumida por los estados parte de garantizar una protección especial a la niñez que se concretaba en la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social de manera saludable y en condiciones de libertad y dignidad.

La iniciativa de incorporar un precepto específico relativo al derecho a la identidad vino de la mano de la República Argentina en el año 1985⁴³ y detrás de su propuesta se escondía la preocupación de esta delegación andina por los cambios de identidad de recién nacidos acaecidos en su territorio durante el período de la dictadura militar (esencialmente la adulteración de documentos públicos y la sustracción de identidades). Esta propuesta contó con la oposición expresa de las delegaciones de Noruega, Holanda, Austria, Estados Unidos y Canadá, partidarias todas ellas de la no necesidad de inclusión de una disposición al estilo de la apuntada por considerar que el derecho a la identidad ya se encontraba consagrado en otros artículos del Proyecto de Convención. Secundaron la idea argentina, en cambio, tanto Polonia como Brasil.

sonas menores de edad); la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBifobia en las Islas Baleares (art. 6); y la Ley 8/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunidad de Valencia (art. 1.1, 3 y 5.1). Finalmente, cabe destacar que reproduce también en su articulado el principio de la libre autodeterminación del género la Ley foral navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI (art. 15.2 y 3).

43. La versión original presentada por Argentina se pronunciaba con el siguiente tenor literal: «The child has the inalienable right to retain his true and genuine personal, legal and family identity. In the event that a child has been fraudulently deprived of some or all of the elements of his identity, the State must give him special protection and assistance with a view to re-establishing his true and genuine identity as soon as possible. In particular, this obligation of the State includes restoring the child to his blood-relations to be brought up» (E/CN.4/1985/64, *annex II*, p. 1).

Finalmente y a sugerencia de la delegación brasileña, el *open-ended working group* encargado de los trabajos de elaboración del texto de la CDN⁴⁴ decidió crear un «grupo informal» integrado por los representantes de Argentina, Holanda, Noruega y Polonia (con la asistencia técnica de la International Commission of Jurists) para que tratara y solventara la cuestión objeto de la controversia. Los trabajos se extendieron durante un período de doce meses (año 1986) y, tras arduas discusiones en las que en ningún momento, por razones obvias de la época, se vinculó identidad y género, se llegó a un acuerdo unánime para: en primer término, incorporar a la CDN un precepto alusivo al derecho a la identidad; y, en segundo lugar, proveer al *working group* de una propuesta de redactado final,⁴⁵ iniciativa que a la postre, y tras unas pequeñas modificaciones, se convirtió en el actual artículo 8 CDN.

Esa falta de sintonía inicial que presentó el artículo 8 CDN con una interpretación amplia y omnicompreensiva del derecho a la identidad y que incluyera, entre otras, la acepción relativa a la identidad de género, se continuó manteniendo, una vez ya aprobada la CDN, durante la época de los años noventa. Así, en el documento elaborado por el Comité de los Derechos del Niño en el que se recogen las orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados parte con arreglo al artículo 44.1*b* CDN, de 20 de noviembre de 1996,⁴⁶ al marcar las líneas directrices que deben seguirse para dar cuenta del estado de implementación del artículo 8 (preservación de la identidad) se guarda silencio al respecto, es decir, para nada se menciona la cuestión del género.⁴⁷

Tuvo que aguardarse hasta el segundo decenio del siglo *xxi* para que el Comité ginebrino empezara a tomar en consideración —o, mejor dicho, a visibilizar— la particular situación de los niños, niñas y adolescentes *trans**, y ello sucedió al amparo tanto del artículo 2 (derecho a la no discriminación) como, y en menor medida, del ya mentado artículo 8 (derecho a la identidad), y accesoriamente de los artículos 3 (principio del interés superior del niño) y 12 (derecho del niño a ser escuchado), todos ellos de la CDN.

44. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió, a propuesta de la representación polaca (E/CN.4/1324), en su sesión núm. 1.479, crear un *open-ended working group* para tratar la cuestión de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este grupo de trabajo tuvo sus primeras reuniones durante los meses de febrero y marzo de 1979. En su primer encuentro oficial Mr. Adam Lopatka (Polonia) fue elegido presidente del mismo.

45. E/CN.4/1986/39, pár. 49.

46. CRC/C/58 (20 noviembre 1996), p. 16.

47. Lo mismo sucede en el documento del Comité de los Derechos del Niño, que contiene las orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados parte con arreglo al artículo 44.1*a* de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/C/5 (30 octubre 1991), p. 4.

Tal circunstancia queda especialmente reflejada en las observaciones finales elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño frente a los informes iniciales y periódicos presentados por los estados parte en virtud del artículo 44 CDN. De su análisis pormenorizado constatamos que no ha sido hasta el año 2014 que el Comité ginebrino ha empezado a mostrar su particular interés y preocupación por la realidad vivida por los niños, niñas y adolescentes que son lesbianas, gays, bisexuales y transgénero. Así, en las observaciones generales previas al año 2014, al hacerse referencia a las particulares medidas que deben adoptar los estados parte para combatir y prevenir la discriminación contra los niños y niñas pertenecientes a grupos vulnerables, no se mencionan expresamente dentro de esa categoría ni la orientación sexual ni la identidad de género, cosa que sí sucede de manera reiterada a partir de la citada fecha.⁴⁸

Asimismo, encontramos múltiples llamadas al reconocimiento y el respeto del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes *trans** en los últimos comentarios generales elaborados por el Comité de los Derechos del Niño. En efecto, tanto en la observación general número 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial,⁴⁹ como en la observación general número 15 (2013), sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud,⁵⁰ y más recientemente en la observación general número 20 (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, se contienen referencias directas y explícitas a la especial protección que merecen la infancia y la adolescencia *trans**.⁵¹

Finalmente, y no por ello menos trascendente, consideramos también importante traer a colación el último pronunciamiento del Comité de los Derechos del Niño junto a otros mecanismos de derechos humanos regionales y de las Naciones Unidas sobre la materia, del pasado 16 de mayo de 2017. Concretamente, se trata de la declaración emitida en conmemoración del Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Biofobia,⁵² en que se exhorta a los estados a que faciliten el reconocimiento legal rápido, transparente y accesible de la identidad de género,

48. Véanse en este sentido las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño (todas ellas emitidas dentro del período 2017-2014) sobre los informes presentados por Eslovaquia, Perú, Chile, el Reino Unido, Irlanda, Francia, Polonia, Suecia, Colombia, Suiza, Hungría, Portugal y Rusia.

49. CRC/C/GC/14 (29 mayo 2013), pár. 55.

50. CRC/C/GC/15 (17 abril 2013), pár. 2 y 8. El Comité de los Derechos del Niño, en primer término, interpreta el derecho del niño o la niña a la salud, definido en el artículo 24 CDN, como un derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño o la niña a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud; y, acto seguido, llama a los estados a que respeten la orientación sexual, la identidad de género y el estado de salud de los niños, niñas y adolescentes.

51. CRC/C/GC/20 (6 diciembre 2016), pár. 33 y 34.

52. Disponible en: www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21622&LangID=S (consulta: junio 2017).

sin condiciones abusivas, garantizando los derechos humanos de todas las personas, incluidas las jóvenes, y respetando las decisiones libres e informadas y la autonomía corporal.⁵³

Pues bien, tomando en consideración esa línea evolutiva, de visibilización, seguida por el Comité de los Derechos del Niño, trataremos, acto seguido, de resolver la cuestión acerca de quién ostenta realmente la titularidad del derecho a la identidad de género en el ordenamiento jurídico catalán, para, a continuación, centrarnos en aspectos vinculados con el ejercicio de ese mismo derecho cuando su titular sea una persona menor de edad.

4. TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD (DE GÉNERO) EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

4.1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD (DE GÉNERO) COMO UN DERECHO DE LA PERSONALIDAD

La tendencia seguida por el ordenamiento jurídico civil catalán de otorgar relevancia jurídica a la capacidad natural o madurez de las personas menores de edad en aras de reconocer la capacidad de obrar, es especialmente marcada en el territorio de los derechos de la personalidad (dentro de los cuales se circunscribe, precisamente, el derecho a la identidad, en todas sus manifestaciones).⁵⁴ Es precisamente en ese entorno en el que surgieron las primeras voces partidarias de sostener que, si bien la dicotomía capacidad jurídica / capacidad de obrar podía todavía mantener cierta relevancia en el ámbito patrimonial, era insostenible en el ámbito extrapatrimonial. Parece que negar la capacidad de obrar en el espacio de los derechos de la personalidad cuando el sujeto reúne condiciones intelectivas y volitivas suficientes para ejercitarlos por sí, se torna una plausible vulneración a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del individuo, reconocidos en el artículo 10 de la Constitución española como valores superiores de todo nuestro ordenamiento jurídico.

53. En un sentido prácticamente idéntico ya se había pronunciado el Comité de los Derechos del Niño en sendas declaraciones de los años 2015 y 2016 aprovechando la celebración del Día Internacional contra la Homofobia, la Transfobia y la Biofobia. Disponibles ambas declaraciones en: www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19956&LangID=S (2016) i www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15941&LangID=S (2015) (consulta: junio 2017).

54. Alejandra de LAMA, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 45-56; Aránzazu BARTOLOMÉ, *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 80-104.

La manifestación de esta tesis encuentra su amparo legal tanto en el artículo 211-5a del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat), en el que se reconoce autonomía a la persona menor de edad, según su edad y capacidad natural, «en el ejercicio de los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan cosa distinta», como en los artículos 236-18.2a y 222-47.2a CCCat, en los que se exceptúa del ámbito de la representación legal de los progenitores y tutores la puesta en acción de este tipo de derechos fundamentales.⁵⁵

El ejercicio de los llamados derechos de la personalidad corresponde, por consiguiente, al mismo individuo, y el representante legal no podrá siquiera, sin justa causa, impedir su práctica. Es decir, al afectar a cuestiones de carácter personalísimo, no puede atribuirse legitimación para su acción a un sujeto distinto de su titular; en caso de ser así, se interpretaría no como una excepción a las limitaciones preestablecidas a la representación legal, sino como una singularidad propia del funcionamiento ordinario de las instituciones de la responsabilidad parental y la tutela.

A nuestro parecer, los representantes legales de las personas menores de edad no actúan en este ámbito en calidad de tales (respetando de este modo el principio general de que los actos personalísimos no son susceptibles de sustitución), sino en condición de la potestad-función que les compete de velar por el interés superior de su representado.⁵⁶

Sentado lo anterior y en consonancia con el principio del interés superior del menor, la puesta en acción de los derechos de la personalidad por sus legítimos titulares solo cabe limitarla cuando su voluntad de activarlos sea contraria a intereses preponderantes en atención al pleno desarrollo de su personalidad, de la misma forma que se puede limitar la *voluntas* de sus representantes legales cuando su intervención sea contraria a los intereses del niño. En consecuencia, cuando la persona menor de edad realice determinadas actividades que en sí mismas entrañen un menoscabo de su autogobierno, su posibilidad de intervenir con total autonomía quedará descartada o disminuida.⁵⁷

En este orden de factores, por ende, para verificar la capacidad natural de la persona menor de edad, a efectos del ejercicio de los actos relativos a los derechos

55. Isaac RAVETLLAT, «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del libro II del Código Civil de Cataluña (art. 211-3 y 211-5)», *InDret*, núm. 3 (2017), p. 12-18.

56. Isaac RAVETLLAT, «El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas», *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 13 (2017), p. 30-44.

57. La misma idea, si bien expresada de una forma más genérica y no circunscrita exclusivamente a los derechos de la personalidad, la encontramos también reflejada en el art. 17.1 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia (LDOIA), que establece expresamente que «los niños y los adolescentes pueden ejercer y defender ellos mismos sus derechos, salvo que la ley limite este ejercicio», quedando siempre a salvo poder hacerlo mediante sus representantes legales, excepto en los supuestos en que estos presenten intereses contrapuestos a los suyos.

de la personalidad, hay que tomar en consideración varios elementos o vectores fundamentales de delimitación. En primer lugar, cabe identificar la existencia de algún tipo de previsión general o criterio cronológico objetivo de atribución que habilite al individuo para actuar de manera autónoma en la puesta en acción de un específico derecho de la personalidad —que, en nuestro caso, sería el derecho a la identidad (de género)—. En segundo término, no debemos perder de vista la particular naturaleza jurídica que presenta el derecho que se ejercita. Y, por último, hay que constatar si el sujeto activo es o no consciente de los efectos derivados de su decisión; y, ante todo, si estos redundan u obedecen a su interés, es decir, si le son o no beneficiosos.⁵⁸

4.2. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD (DE GÉNERO) POR PARTE DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

De acuerdo con lo analizado y refiriéndonos ahora expresamente al derecho a la identidad (de género), es posible, tal y como ya apuntábamos *ut supra*, que la niña, el niño o el/la adolescente tenga limitada su capacidad de ejercicio en la toma de ciertas decisiones (en particular, en el ámbito patrimonial); pero desde luego, y siempre, por supuesto, atendiendo a su edad y estado de madurez, entendemos que ostenta capacidad y autonomía para definir su propia identidad. Nadie más que la persona menor de edad sabe lo que siente, cómo se siente, quién es y cuál es su verdadero «yo».⁵⁹ Nadie, ni progenitores, ni familia, ni profesionales, ni instituciones, se puede otorgar el derecho de reprimir, corregir, castigar o modificar su identidad, pues ello supone atentar directamente contra el desarrollo integral de su personalidad. Aceptar al niño, niña y adolescente como una persona autónoma no implica, en ningún caso, cuestionar o poner en entredicho la autoridad de los adultos, sino reconocer su derecho a estar presentes, a expresar lo que sienten, siempre por supuesto en atención a sus características evolutivas, en la toma de aquellas decisiones que les afecten y enfatizando, en todo caso, que el rol que tiene el adulto (progenitores, familia, profesionales, institu-

58. Juana RUIZ, «La capacidad del menor en el ámbito sanitario», en María Paz POUS (ed.), *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Exlibris, 2009, p. 75-92; María José GARCÍA, «Alcance de la autonomía de la voluntad del menor maduro: el camino de la incoherencia legislativa», *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 157 (2012), p. 99.

59. Tal y como sostienen Stephanie BRILL y Rachel PEPPER, *The transgender child: a handbook for families and professionals*, Berkley, Cleis Press, 2008, p. 16-22, la identidad de género surge al mismo tiempo que las niñas y los niños están aprendiendo a hablar y empiezan a entender y nombrar el mundo que les rodea, por lo que es frecuente que alguno de estos niños y niñas traten de expresar lo que les pasa desde muy pronto. Estos primeros intentos de comunicación puede que se tomen en broma porque parezcan graciosos, como una confusión temporal, o simplemente parezcan una fase pasajera. Esta actitud adulta ignora el esfuerzo comunicativo de una persona muy joven que no encuentra la interlocución que necesita.

ciones) es el de llevar a cabo una misión de acompañamiento, conducción, promoción y educación.⁶⁰ En otras palabras, colaborar en la búsqueda del ámbito donde se han de encontrar y desarrollar a sí mismos.

Dicho lo anterior, no desconocemos las dificultades que acarrea para una persona menor de edad afirmar abiertamente ser *trans** (o que lo manifieste un adulto en su representación), en la medida en que nuestro sistema jurídico continúa percibiendo mayoritariamente a niños y adolescentes como unos seres inmaduros e incompletos, de manera que no se les considera capaces, por sí solos, de conocer o afirmar sus vivencias de género. Es precisamente esta consideración de estar en proceso la que hace que las personas menores de edad estén especialmente controladas y vigiladas con respecto a sus manifestaciones de identidad, convirtiéndose dicho hecho en una verdadera amenaza.⁶¹

5. RESPUESTAS OFRECIDAS A LA NIÑEZ Y A LA ADOLESCENCIA *TRANS** POR LA NORMATIVA JURÍDICA APLICABLE EN CATALUÑA

Tomando en consideración la competencia exclusiva que ostenta el Estado español en materia registral, debemos, en primer término, acudir a las previsiones contenidas en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para, de este modo, determinar si una persona menor de edad *trans** está o no en disposición, por sí o a través de sus representantes legales, de instar un cambio registral del sexo y el nombre inscritos en su partida de nacimiento. También interesante en este sentido será referirnos a lo estipulado por la que está llamada a ser la nueva Ley de Registro Civil, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que tiene anunciada su entrada en vigor para el próximo 30 de junio de 2018. Acto seguido, procederemos al análisis pormenorizado de las respuestas normativas ofrecidas por el Parlamento de Cataluña ante la realidad social vivida por las niñas, niños y adolescentes *trans**, con particular atención a lo estipulado por la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia en Cataluña.

60. Isaac RAVETLLAT, «La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016», *Ius et Praxis*, vol. 22 (2016), núm. 2, p. 504; Isaac RAVETLLAT y Claudia SANABRIA, «La participación social de la infancia y la adolescencia a nivel municipal. El derecho del niño a ser tomado en consideración», *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, vol. 12 (2016), núm. 1, p. 88-89.

61. Claudia CASTAÑEDA, «Childhood», *Transgender Studies Quarterly*, vol. 1, núm. 1-2 (2014), p. 59-61.

5.1. LEY 3/2007, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LA RECTIFICACIÓN REGISTRAL DE LA MENCIÓN RELATIVA AL SEXO DE LAS PERSONAS

La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, de ámbito estatal, introduce un sistema de modificación del sexo registral de carácter no contencioso, es decir, lo extrae del ámbito judicial, donde hasta ese momento se encontraba desarrollado, y lo administrativiza. En otras palabras, a partir de su entrada en vigor se puede acudir directamente al Registro Civil e instar la modificación del sexo inscrito en la partida de nacimiento (cumpliendo, eso sí, una serie de requisitos), así como solicitar también el cambio de nombre propio para que este no resulte discordante con el sexo reclamado (artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo).

Aun reconociendo el importante avance ofrecido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, más aún si tomamos en consideración la situación precedente, no podemos dejar de denunciar lo limitado y restrictivo de sus preceptos. Efectivamente, la norma sigue anclada en una visión patologizadora y medicalizada de la realidad *trans**. Lo anterior se constata al enumerar (art. 4) los requisitos legales que deben ser acreditados para proceder al cambio registral, como son la presentación de un informe emitido por un médico o un psicólogo clínico y que confirme el diagnóstico de disforia de género, y el hecho de haber estado bajo tratamiento médico al menos dos años con el fin de «acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado». Este último extremo también debe ser acreditado mediante un informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante el informe de un médico forense especializado.⁶²

Y por si lo anterior no fuera suficiente y directamente relacionado con el tema que nos ocupa, el artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, cometió la injusticia de dejar fuera de sus previsiones tanto a las personas extranjeras como a niñas, niños y adolescentes *trans** y a personas intersexuales. Así, tan solo se otorga legitimación activa para principiar el expediente gubernativo de cambio de sexo a

62. Isaac RAVETLLAT, «El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación», *Actualidad Civil*, núm. 9 (2017), p. 42-62. Esa misma crítica puede ser efectuada tanto a la Ley del Parlamento Vasco 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, pues en su artículo 3 refuerza la necesidad de un diagnóstico médico-psiquiátrico para acceder a ciertos derechos previstos en la norma; como a la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia, cuya única mención directa al colectivo de personas *trans** se encuentra en su artículo 20 y nos ofrece una visión absolutamente medicalizada de la cuestión; así como a la Ley canaria 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, que en su artículo 2.2 nos ofrece esa misma visión estigmatizadora del colectivo de personas *trans**.

«toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello».⁶³

Esa exclusión de las personas menores de edad de la Ley 3/2007 provoca que en la práctica muchas familias, o el propio adolescente, si ha cumplido la edad de dieciséis años, opten por promover la incoación de un expediente gubernativo (o procedimiento registral, usando la terminología propia de la nueva Ley del Registro Civil) de cambio de nombre ante el encargado del Registro Civil (art. 52 de la Ley de Registro Civil) para con ello minimizar el riesgo de exposición pública.⁶⁴

Ese expediente gubernativo debe ser tramitado ante el Registro Civil correspondiente al domicilio de la persona menor de edad, acreditando que el nombre solicitado es el nombre usado habitualmente (art. 209 del Reglamento del Registro Civil), sin que haya perjuicio de tercero y concurriendo justa causa (art. 210 del Reglamento del Registro Civil).

En la mayoría de los casos, los jueces titulares de los registros acceden al cambio de nombre solicitado. Ello a pesar de lo estipulado en el artículo 54 de la todavía vigente Ley del Registro Civil de 1957, que «prohíbe los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo».

En nuestro caso particular, el de las personas menores de edad *trans**, no debiera presentarse problema alguno, ya que el nombre que muestran estos niños, niñas o adolescentes en la realidad extrarregistral, que ha de predominar sobre la registral cuando esta sea errónea, es, precisamente, el que se corresponde con su identidad de género (principio de exactitud registral). Por ello, el nombre (social) usado y solicitado por estas personas menores de edad (o, en su caso, por sus representantes legales) no induce a error en cuanto a su sexo, sino que, por el contrario, el nombre que figura en la partida de nacimiento registral es el que suscita tal confusión. Por ende, no permitir la adaptación del nombre inscrito originariamente en el Registro Civil al nombre efectivamente sentido es lo que sería contrario a las previsiones del artículo 54 de la Ley del Registro Civil de 1957, y no lo opuesto.

Es preciso añadir a lo anterior que la no admisión de ese cambio de nombre registral estaría perjudicando gravemente el desarrollo integral de la personalidad del niño o la niña, o, en otros términos, supondría un menoscabo moral o material del mismo (art. 18 de la Constitución española, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

63. Cabe apuntar que cuando finalmente entre en vigor (30 de junio de 2018) la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, su artículo 91.2 establece que la «mención registral relativa al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos del artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, se rectificarán mediante procedimiento registral» —tramitados y resueltos por el encargado del Registro Civil; artículos 88 y 89 de la Ley 20/2011, de 21 de julio.

64. Javier MALDONADO, «Transexualidad infantil y derecho», p. 35.

Humanos y las Libertades Fundamentales y art. 2 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

A mayor abundamiento, apuntamos que con la futura entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (inicialmente prevista para el 22 de julio de 2014, pero que quedó pospuesta, por razones puramente organizativas, primero hasta el 15 de julio de 2015, después hasta el 30 de junio de 2017 y ahora hasta el 30 de junio de 2018), se acogerá definitivamente en España el principio de libre elección del nombre propio (art. 51). Este precepto señala que «no podrán imponerse nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona, ni los que hagan confusa la identificación». Por ende, desaparece cualquier referencia a la prohibición de nombres que «induzcan a error en cuanto al sexo», y se prohíben, en cambio, los nombres que «sean contrarios a la dignidad de la persona», que es precisamente en lo que ha devenido el nombre registral de las personas menores de edad *trans**.⁶⁵

Cuestión distinta, sin embargo, es que nos planteemos la posibilidad, a la luz de lo prescrito por el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificar la inscripción del sexo registral de una persona menor de edad. En este caso la solución es un tanto más compleja, pues ante la exclusión de niñas, niños y adolescentes *trans** del espectro de la norma, tan solo nos resta acudir a la vía judicial contenciosa (utilizada con anterioridad por los adultos) e interponer una demanda contra el ministerio fiscal.

Ahora bien, la solución propuesta no parece ser la más adecuada, en primer lugar porque complejiza la cuestión y en segundo lugar porque su aceptación no es pacífica. Así, algunos magistrados encargados del Registro Civil, como el de Mislata o el de Valencia (2016), autorizaron a sendas personas menores de edad *trans** a cambiar el sexo que figuraba en el Registro Civil y, por tanto, también en el documento nacional de identidad, sin esperar a la mayoría de edad y sin necesidad de acomodar sus características físicas al género reclamado.⁶⁶

65. Es preciso traer a colación en este punto la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 76/2015, de 17 de febrero, que en su fundamento de derecho tercero se refiere a la *vacatio legis* de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en los siguientes términos: «Evidentemente la meritada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor. [...] Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas».

66. Es preciso destacar en este punto el Auto de 15 de febrero de 2016 de la magistrada-encargada del Registro Civil núm. 2 de Valencia, que si bien no es la primera resolución que autoriza en España la rectificación del sexo registral de una persona menor de edad *trans**, sí es el primero en cuyo texto se contiene expresamente una interpretación conforme a la cual los menores transexuales emancipados no estarían excluidos de la Ley 3/2007, cumpliendo tras la emancipación el requisito de legitimación exigido por la mentada norma (mayoría de edad). En concreto, en el Auto se afirma que, tras la inscripción de la emancipación, se reúnen «los requisitos de legitimación con arreglo a la Ley».

Anteriormente y en esa misma línea, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Sexta) dictó el Auto de 10 de noviembre de 2015, en el que se estima que, tras la promulgación de la Ley 3/2007, no procede ya la rectificación del sexo registral vía judicial, sino única y exclusivamente a través del expediente gubernativo, y acto seguido nos ofrece una interpretación del artículo primero de esa Ley que supera el viejo axioma del *in claris non fit interpretatio* (no hace falta interpretar lo que está claro). De este modo, se considera que no hay que entender que la referencia al requisito de la mayoría de edad y capacidad suficiente impide solicitar tal rectificación a las personas menores de edad o con capacidad de obrar limitada, sino que pueden hacerlo mediante sus correspondientes representantes legales.⁶⁷

Contrariamente y sin minusvalorar la importancia significativa que sin duda presentan los citados autos, hay que evidenciar que en otros registros civiles del país la lectura acerca de la cuestión es totalmente contradictoria.⁶⁸ Tal circunstancia provoca que, en contra de las previsiones contenidas en la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2048 (2015), de 22 de abril de 2015, sobre la discriminación contra las personas transexuales en Europa, no exista en España un procedimiento rápido, transparente y accesible, basado en la autodeterminación, que permita a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo en los certificados de nacimiento, documentos de identidad, pasaportes, diplomas y otros documentos similares, independientemente de la edad, el estado de salud o la situación financiera del individuo.

Toda esta situación de confusión, heterogeneidad y, por qué no decirlo, maltrato institucional a niñas, niños y adolescentes *trans**, ha llevado al Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 1595-2016) para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si es acorde o no con la Carta Magna que las personas menores de edad *trans** no puedan cambiar

67. En concreto, este Auto de 10 de noviembre de 2015 afirma: «[...] es verdad que esta Ley no contempla expresamente la posibilidad de que una persona menor de edad pueda instar la rectificación registral de la mención relativa al sexo. Sin embargo, la mención que el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, hace al *mayor de edad y con capacidad suficiente para ello* no debe ser interpretada como una implícita exclusión de los menores e incapaces de la posibilidad de solicitar tal rectificación, pues no se podría entender semejante trato discriminatorio que hiciera a estas personas de peor condición legal, cerrándoles la vía legal más ágil, sencilla y económica para la solución de su problema. Muy al contrario, ese silencio legal debe ser interpretado en el sentido de que, no pudiendo tales personas actuar por sí a causa de su minoría de edad o de su incapacidad, lo podrán hacer si actúan representadas por sus padres o tutores, que complementen su capacidad de obrar».

68. Así, algunos registros civiles solo han admitido el cambio registral del nombre de una persona menor de edad, atendiendo a aquél de uso habitual, cuando, además, el sujeto había iniciado su tránsito social, avalado por informes de los responsables de su colegio, psicológicos y pediátricos. Cabe citar a modo de ejemplo el Auto del Registro Civil de Lugo de 18 de marzo de 2015 o el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Tolosa, en sus funciones de Registro Civil, de 28 de octubre de 2015.

su sexo (y, por ende, su nombre) en el Registro Civil, al considerar que el artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, podría vulnerar derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes. En particular, la protección de la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, y el derecho a la salud, todos ellos directamente vinculados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁶⁹

El Tribunal Supremo recuerda que el criterio seguido por el máximo intérprete constitucional trae causa del hecho que «cualquier limitación o restricción en el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales por parte de los menores de edad debe tener una justificación adecuada y proporcionada», circunstancia que no parece darse en el supuesto analizado. Así, «cuando se trata», apuntan los magistrados, «de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad, y cuando la discrepancia entre el sexo psicológico y registral le provoca unos sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad incompatibles con las exigencias del derecho a la integridad moral del artículo 15 de la Constitución y a la salud, entendida en su sentido más integral de bienestar físico y moral, del artículo 43 del propio texto constitucional, y le expone al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc., con la vulneración que ello supone de su derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, este Tribunal tiene dudas».

En definitiva, tendremos que esperar hasta que el Tribunal Constitucional emita su veredicto ante esta cuestión de inconstitucionalidad para delimitar el ámbito de aplicación de la ley estatal del año 2007. Y comprobar, por ende, si no obstante sus limitaciones y enfoque medicalizado, es aplicable a las personas menores de edad.⁷⁰

Paralelamente, han sido admitidas a trámite por el Congreso de los Diputados dos proposiciones de ley relativas a la cuestión, que pretenden dar un salto cualitativo a las limitaciones que presenta la Ley 3/2007, de 15 de marzo. La primera de ellas, planteada por el Grupo Parlamentario Socialista, propugna, preci-

69. Se trata del caso de un adolescente de catorce años que al nacer fue inscrito con sexo y nombre de mujer, pero que desde muy pequeño se sintió varón y prefirió usar un nombre masculino. En su demanda de cambio en el Registro, presentada por sus progenitores, relata episodios donde se hace patente la diferencia entre el género que le fue asignado al nacer y el que siente como propio, situaciones que le provocan sufrimiento y humillación. Tanto el juez de primera instancia como posteriormente la Audiencia Provincial, con respaldo de la Fiscalía, denegaron dicha modificación registral amparándose en la literalidad del artículo 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

70. Para Aránzazu BARTOLOMÉ, «El derecho a la identidad», en Clara MARTÍNEZ (coord.), *Tratado del menor: La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 742, esta realidad (refiriéndose a la de las personas menores de edad *trans**) requiere una profunda reflexión que encuentre una justa balanza, en aras de buscar el interés superior de cada menor, así como el necesario desarrollo normativo de carácter nacional, que recoja los aspectos poliédricos que la configuran, como los jurídico-registrales, sanitarios, educativos y registrales.

samente, una reforma integral de la referida norma.⁷¹ Así, permite la rectificación registral de la mención al sexo y al nombre de las personas menores de edad *trans** (por sí solas a los dieciséis años, y a través de sus progenitores o representantes legales si están por debajo de esa edad). Igualmente, modifica las exigencias establecidas en el artículo 4 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (requisitos para acordar la rectificación), suprime la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica, requiere no haberse sometido a cirugías genitales ni de ningún otro tipo o a terapias hormonales, es decir, apuesta, definitivamente, por la autodeterminación del género. En igual medida, habilita a las personas extranjeras residentes regulares en España a que puedan interesar la rectificación de la mención del sexo y el cambio del nombre en la tarjeta de residencia y, en su caso, en su autorización de trabajo. Finalmente, se aprovecha la reforma para reconocer expresamente como beneficiarias de la norma a las personas intersexuales a las que en el momento de la inscripción registral se les asignó un sexo no concordante con el propio género sentido.

La segunda proposición de ley a la que aludíamos, en este caso instada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, promueve la aprobación de una ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, al estilo de la ya existente en Cataluña (Ley 11/2014, de 10 de octubre), que por una parte aborda la temática de la diversidad sexual e identidad de género desde una perspectiva integral, y por otra insta, en su disposición adicional decimosexta, a una reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, tanto de su artículo 1, incorporando al mismo a las personas menores de edad y a las extranjeras, como de su artículo 4, eliminando la supeditación de la rectificación registral a la existencia de un diagnóstico de disforia de género o a la acreditación de haberse sometido a una terapia o tratamiento médico o psicológico.⁷²

71. Proposición de Ley contra la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión de género y características sexuales, y de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG), Congreso de los Diputados, núm. 122-1 (12 mayo 2017).

72. Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, para permitir la rectificación registral de la mención relativa al sexo y nombre de los menores transexuales y/o trans, para modificar exigencias establecidas en el artículo 4 respecto al registro del cambio de sexo, y para posibilitar medidas para mejorar la integración de las personas extranjeras residentes en España. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 91-1 (3 marzo 2017).

5.2. LEY 11/2014, DE 10 DE OCTUBRE, PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES, TRANSGÉNEROS E INTERSEXUALES Y PARA ERRADICAR LA HOMOFOBIA, LA BIFOBIA Y LA TRANSFOBIA EN CATALUÑA

Una vez constatadas las carencias y limitaciones que presenta la normativa estatal sobre la materia (Ley 3/2007, de 15 de marzo), así como las iniciativas parlamentarias para tratar de superarlas, el legislador autonómico ha intentado, siempre dentro de sus prerrogativas competenciales, regular ciertos avances legales que vengan a suplir los apuntados atisbos de discriminación de los que suelen ser víctimas niñas, niños y adolescentes *trans**.

La primera de las leyes autonómicas al respecto fue la ya derogada Ley foral navarra 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. Desde ese preciso instante y hasta la fecha han sido aprobadas por parte de los parlamentos autonómicos un importante número de disposiciones que vienen a reconocer y ampliar los derechos de las personas *trans**, incluidas (a diferencia de lo acaecido en la ley estatal), en mayor o menor medida, las que todavía no han alcanzado la mayoría de edad.⁷³ Este es el caso, sin ir más lejos, de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre (más conocida como la Ley contra la LGTBIfobia), que en su artículo 23.4 preceptúa expresamente que «[l]es persones transgènere i les persones intersexuals [sin ninguna diferencia por razón de edad] s'han de poder acollir al que estableix aquesta llei sense que calgui cap diagnòstic de disfòria de gènere ni cap tractament mèdic».

Analicemos, pues, acto seguido dos de los ámbitos que entendemos como esenciales, aunque no exclusivos, en los que la citada norma catalana debiera haber supuesto un antes y un después en el reconocimiento y trato irrogado a niñas, niños y adolescentes *trans**: el educativo y el sanitario.⁷⁴

73. Exceptúese la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia (BOE, núm. 127 [26 mayo 2014]), en la que niñas, niños y adolescentes *trans** son completamente invisibilizados.

74. El mayor número de quejas y actuaciones del Síndic de Greuges de Catalunya en su función de defensa de derechos y libertades en materia de no discriminación de las personas LGTBI que puedan haber sido vulnerados por la actuación de la Administración (misión que le encomienda la disposición adicional tercera de la propia Ley 11/2014, de 10 de octubre), hace referencia precisamente, en primer lugar, a temas relacionados con la salud y, en segundo lugar, a cuestiones vinculadas con el ámbito de la educación. Estos datos aparecen reflejados en SÍNDIC DE GREUGES, *Dos años de vigencia de la Ley 11/2014 por los derechos LGTBI: las actuaciones del Síndic*, Barcelona, Síndic de Greuges, 2017, disponible en: www.sindic.cat/site/unitFiles/4347/Informe%20LGTBI_castella_def.pdf (consulta: diciembre 2017).

5.2.1. Contexto educativo

Concretamente y en lo referente a la atención educativa, se prevén en la normativa catalana diversos mecanismos cuya finalidad reside en tratar de evitar situaciones discriminatorias y proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes *trans**. Así, a tenor de lo establecido en el artículo 23.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre,⁷⁵ el Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Catalunya ha adoptado diversas medidas al efecto. En primer lugar, asegurar a todo niño, niña y adolescente el derecho al acceso a los diversos servicios e instalaciones de su centro docente (incluidos los aseos y vestuarios) en conformidad con la identidad de género sentida; del mismo modo, garantizarles el derecho a hacer uso del nombre social (o identitario) en la documentación administrativa del colegio sujeta o no a exhibición pública (actas, listados de clase, calificaciones), con independencia de cuál sea su situación en el Registro Civil.⁷⁶ En segundo término, se insta al profesorado y personal de administración y servicios de la escuela a que se dirija al alumno o la alumna *trans** por el nombre elegido, tanto en las actividades escolares como en las extraescolares. Por último, se debe respetar la imagen física de la persona menor de edad *trans**, así como la libre elección de su indumentaria. Incluso en aquellos casos en que exista la obligatoriedad de vestir un uniforme diferenciado por sexos, se reconocerá el derecho de ese alumno o esa alumna a portar el que corresponda en función de la identidad de género sentida.⁷⁷

75. El artículo 23 de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre, reza así: «1. En el ámbito de las administraciones públicas de Cataluña, especialmente en el ámbito educativo y universitario, deben establecerse por reglamento las condiciones para que las personas transgénero y las personas intersexuales sean tratadas y nombradas de acuerdo con el nombre del género con el que se identifican, aunque sean menores de edad».

76. El Síndic de Greuges de Catalunya recomendó al Departamento de Enseñanza que diera instrucciones a los centros educativos que no respetan la identidad de género del alumnado *trans** y mantienen el nombre asignado de nacimiento sin ninguna razón objetiva, a fin de que rectifiquen y utilicen el que corresponde a su apariencia y personalidad. Esta recomendación llegó tras una actuación de oficio del Síndic de Greuges en que se analizaron los criterios de actuación sobre identidad de género que se aplican en los centros educativos catalanes (AO-00048/2016; disponible en: www.sindic.cat/resolucions/Root2016/html/R_0004816O.htm [consulta: diciembre 2017]). Este texto dio respuesta también a dos quejas presentadas ante el Síndic por parte de dos familias de Badalona que alegaban la humillación que sufrían sus hijas ante la negativa de los centros escolares a utilizar los nombres femeninos con que se identificaban. En uno de los casos se hacía mención al nombre que se hacía constar en el informe de calificaciones trimestral (Q-01980/2016; www.sindic.cat/resolucions/Root2016/html/R_0198016Q.htm [consulta: diciembre 2017]) y en el otro, al que utilizaba el personal del centro para dirigirse a la alumna (Q-01969/2016; www.sindic.cat/resolucions/Root2016/html/R_0196916Q.htm [consulta: diciembre 2017]).

77. Contrarios a la ley catalana y al resto de normativas autonómicas sobre la cuestión, por considerarlas ideologizantes, se pronuncian Tomás PRIETO y Antonio José SÁNCHEZ, «Ideología de género y libertad ideológica: estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual»,

No obstante los avances alcanzados en la materia, restan aún muchos interrogantes por resolver,⁷⁸ y uno de ellos, sin ir más lejos, es el referente al reconocimiento de la legitimación activa para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la identidad (de género). Es decir, a quién corresponde, por ejemplo, instar el uso del nombre social, el acceso a las instalaciones y servicios en correlación con el género sentido, y demás medidas tendentes a respetar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes *trans** en los establecimientos docentes.

Pues bien, si acudimos a las directrices para la organización y la gestión de los centros educativos elaboradas por el Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Catalunya para el curso académico 2017-2018,⁷⁹ comprobaremos la carencia de una respuesta clara al respecto. Así, el mentado escrito establece:

[...] cuando el padre, madre o tutor/a legal, o el propio alumno/a si es mayor de edad, comunica una identidad de género sentida diferente al sexo asignado al nacer, así como la petición de ser tratado y nombrado de acuerdo con el género con el cual se identifica, el director o directora del centro educativo, de acuerdo con la Ley 11/2014, de 10 de octubre, facilitará que el centro educativo ofrezca un entorno amable y seguro para que el alumno/a pueda vivir de manera natural su identidad y expresión de género [...] con la finalidad de garantizar el interés superior del niño/a, el director o directora del centro educativo solicitará a las familias que aporten: la comunicación firmada de las personas que ejercen la patria potestad del niño, niña o adolescente en que se informe que el/la alumno/a siente una identidad de género diferente al sexo asignado al nacer y en que se insta a que sea tratado/a y nombrado/a de acuerdo con el género con el que se identifica.

en Tomás PRIETO, *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, Granada, Comares, 2016, p. 186, quienes, además, frente al derecho reconocido en las mismas a que niñas, niños y adolescentes *trans** sean llamados con el nombre de la nueva identidad que escojan y a que utilicen las instalaciones del sexo sentido, defienden el derecho de los profesores que no crean en las teorías de identidad de género a hacer uso de la objeción de conciencia por motivos morales o religiosos. Disentimos absolutamente de esta afirmación, por considerar que reduce a niños, niñas y adolescentes a meros objetos, los cosifica y, lo que es aun peor, los instrumentaliza y los pone al servicio de la ideología de los docentes.

78. El SÍNDIC DE GREUGES, *Informe sobre els drets de l'infant*, Barcelona, Síndic de Greuges, 2017, p. 11-12, al referirse a las carencias que presenta la Ley 11/2014, de 10 de octubre, en el desarrollo del principio de coeducación y la visibilización de niñas, niños y adolescentes *trans**, manifiesta que «es detecten mancances als centres educatius pel que fa a la detecció i la prevenció de casos d'assetjament basats en l'orientació sexual d'alumnat. [...] En aquest sentit, caldria potenciar de manera generalitzada que es faciliti als alumnes informació sexual basada en la diversitat afectiva». Disponible en: www.sindic.cat/site/unitFiles/4893/Informe%20sobre%20els%20drets%20infant_2017.pdf (consulta: diciembre 2017).

79. Las mentadas directrices se encuentran desarrolladas en la Resolución del Departamento de Educación de la Generalitat de Catalunya de 22 de junio de 2017, por la cual se aprueban los documentos para la organización y la gestión de los centros educativos para el curso 2017-2018; disponible en: http://educacio.gencat.cat/documents/IPCNormativa/DOIGC/GEST_Actuacions_centres.pdf (consulta: diciembre de 2017).

Parece, pues, que la autoridad competente, una vez más, se olvida del papel activo que las propias personas menores de edad ostentan, siempre de conformidad con su edad y estado de madurez, en la autodeterminación de sus derechos, en este caso el de su identidad de género. Es como si el Departamento de Enseñanza, sin conseguir superar definitivamente la lectura de marcado tinte proteccionista que desde antaño ha venido informando y caracterizando el tratamiento social, educativo y legal que la infancia y la adolescencia han recibido, no logre hacer efectivo y real uno de los derechos que asisten a la niñez y la adolescencia *trans**, y que nos recuerda la propia Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia (art. 7): el derecho a participar, a expresar su opinión libremente y a ser escuchados en todos los asuntos que les afectan.

Bajo nuestro punto de vista, parece evidente que el principio rector de la capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes (art. 5 CDN) debe presidir, junto con el de dar prioridad a su interés superior, el devenir de esta materia en el ámbito educativo. En suma, es al propio alumno a quien, de forma voluntaria, autónoma y querida, compete el ejercicio del derecho a la identidad de género.⁸⁰

Efectivamente, si la persona ostenta la suficiente capacidad natural (aptitud intelectual y volitiva), será a ella a quien interese solicitar, en caso de ser necesario, las medidas previstas en garantía de su derecho fundamental (art. 211-5a CCCat). En caso contrario, deben ser sus representantes legales, siempre habiendo oído previamente al menor y de acuerdo con su interés superior, los llamados a tomar tal decisión.⁸¹

80. Parece compartir nuestro punto de vista la asociación Chrysallis, entidad que reúne a familias de todo el Estado español cuyo único punto en común es tener un hijo o una hija menor de edad transexual y que viene realizando durante los últimos años un prolijo esfuerzo en pro de los derechos de la infancia y la adolescencia *trans**, pues en las pautas que han elaborado destinadas a los centros educativos hacen mención expresa a que «una vez que cualquiera de los representantes legales de un menor no emancipado, o el propio alumno sin la representación de sus padres o tutores en caso de estar emancipado o contar con las suficientes condiciones de madurez, comunica la no coincidencia entre la identidad de género y el sexo asignado al nacer, conviene que el equipo directivo traslade dicha información al profesorado del alumno/a y a los responsables de la orientación en el centro, con el objeto de adoptar la medidas precisas para asegurar el respeto a la identidad de género y la plena integración del alumnado transexual en el centro». Para mayor información, visítese la página web de la asociación Chrysallis: <http://chrysallis.org.es/> (consulta: diciembre 2017).

81. Ya se pronuncian expresamente en este sentido las leyes extremeña (art. 20.3a de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersex, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género de la Comunidad Autónoma de Extremadura), murciana (art. 25.4 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersex, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia) y balear (art. 22.1 de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de las lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales, y para erradicar la LGTBifobia).

Otro de los puntos que ha suscitado ciertas críticas sobre la forma como se está concretando la Ley 11/2014, de 10 de octubre, en el contexto educativo, gira en torno a la afirmación contenida en las directrices para la organización y la gestión de los centros educativos para el curso académico 2017-2018 elaboradas por el Departamento de Enseñanza, en que se señala que las familias pueden aportar a los centros educativos el informe de la Unidad de Género de la Consejería de Salud donde se especifiquen las orientaciones oportunas para acompañar a la persona menor de edad en su proceso de transición.

Así, si bien es cierto que su presentación es opcional, las asociaciones de familiares de niños y niñas *trans** se muestran disconformes con dicha posibilidad por considerar que no solo no contribuye a poner fin a la patologización de la transexualidad, sino que, además, implica correr el riesgo de que algunas escuelas puedan convertirlo en un requerimiento obligatorio.

Finalmente, es preciso destacar que el artículo 12.6 de la Ley catalana 11/2014, de 10 de octubre, estipula que el Departamento de Enseñanza debe velar por la «concienciación y la prevención de la violencia por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género y ofrecer mecanismos a los centros para que detecten situaciones de discriminación o exclusión de cualquier persona por tales razones. En este sentido, debe promoverse el desarrollo efectivo de planes de convivencia con un especial énfasis en las medidas de prevención y de actuación contra el acoso de que puedan ser objeto las personas LGBTI en el medio escolar». Pues bien, precisamente para dar respuesta a ese encargo, el Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Catalunya elaboró, a instancia del Parlamento de Cataluña en cumplimiento de la moción 101/XI, de 9 de marzo de 2017, un protocolo de prevención, detección e intervención frente al acoso escolar a personas LGBTI.⁸²

5.2.2. Contexto sanitario

A pesar de ser abordado en último término, es particularmente importante el tratamiento que se dé a niños, niñas y adolescentes *trans** en el ámbito sanitario, para que estos logren alcanzar su pleno e íntegro desarrollo como individuos.

82. *Protocol de prevenció, detecció i intervenció enfront l'assetjament escolar a persones LGBTI*: http://xtec.gencat.cat/web/.content/centres/projeducatiu/convivencia/recursos/resconflictes/protocol_lgbti/documents/Protocol-assetjament-persones-LGBTI-unificat.pdf (consulta: diciembre 2017).

En esta misma línea de actuación, el Departamento de Enseñanza de la Generalitat de Catalunya también incluyó para el curso escolar 2016-2017 un nuevo apartado centrado en la atención a niñas, niños y adolescentes transgénero en las aulas dentro del *Protocol de prevenció, detecció i intervenció enfront situacions d'odi i discriminació*. Disponible en: [www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Centres.%20Projecte%20educatiu.Telem%C3%A0tica%20Educativa%20de%20Catalunya\(1\).pdf](http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Centres.%20Projecte%20educatiu.Telem%C3%A0tica%20Educativa%20de%20Catalunya(1).pdf) (consulta: diciembre 2017).

Todas las personas, incluidas por supuesto las que no han alcanzado todavía su mayoría de edad, tienen derecho al más alto nivel de disfrute de salud física y mental, incluida la salud sexual y reproductiva, sin discriminación alguna por razón de su identidad de género sentida o expresada.

En este sentido se pronuncia el artículo 16.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2014, de 10 de octubre, según el cual «las administraciones públicas de Cataluña, en las líneas de actuación relativas a la salud y al sistema sanitario, deben: [...] i) incorporar al sistema sanitario la atención integral a personas transgénero y a personas intersexuales, de acuerdo con la cartera de servicios vigente, teniendo en cuenta su revisión según los avances científicos, y definiendo los criterios de acceso tanto al tratamiento hormonal como a la intervención quirúrgica [...]». Asimismo, el mentado precepto contiene *in fine* una alusión específica a niñas, niños y adolescentes *trans** e intersexuales, pues establece que «en cuanto a los menores, deben tenerse especialmente en cuenta, además, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su capacidad y madurez para tomar decisiones».

Es por ello que los establecimientos de la red asistencial pública que brinden atención a la salud de un niño, una niña, un adolescente o una adolescente *trans** en Cataluña, en sus distintas modalidades y especificidades, deben asegurar el uso del nombre social con el que tal persona se identifica (con independencia del nombre legal). En consecuencia, se espera que el nombre social sea usado durante el trato y la atención, así como también en los diversos registros destinados a la identificación social del individuo. Esto se aplica tanto en la ficha clínica como en la solicitud de exámenes, procedimientos, prescripción de medicamentos y brazaletes identificativos. Asimismo, la identificación verbal debe ser a través del nombre social de la persona menor de edad *trans**.

Para los casos en que los niños o las niñas deban ser hospitalizados, el equipo de salud debe tomar en consideración el género sentido por la persona menor de edad a la hora de serle asignada cama, así como hacer uso de su nombre social al facilitar información sobre su estado de salud.

En otro orden de cosas y atendiendo ahora al acceso y la atención a la salud de las personas *trans** en Cataluña, dos son los modelos vigentes a día de hoy en el sistema sanitario catalán: el de Tránsito*: Promoción de la Salud de las Personas Trans, del Instituto Catalán de la Salud; y el de la Unidad de Identidad de Género del Hospital Clínico de Barcelona.

El servicio Tránsito*: Promoción de la Salud de las Personas Trans, del Instituto Catalán de la Salud (creado el año 2012), toma como base de su actuación el acompañamiento y la respuesta a las necesidades específicas que presentan las personas *trans**, con independencia de su edad, respetando sus propios procesos y la diversidad de maneras de vivir el género, sin imposición de modelo o construcción social alguna, y ello no desde una perspectiva de servicio especializado, sino, por el contrario, haciendo uso de la red de centros de atención primaria,

manteniéndose el servicio Tránsito* como un mero centro de referencia o coordinación.⁸³

Se trata de un modelo biopsicosocial con una lectura inclusiva de la salud de las personas. Así, es la propia persona, con la ayuda del profesional, quien diseña su hoja de ruta, y el servicio se adapta a sus necesidades, y no a la inversa. En otras palabras, se trata de un sistema fundamentado esencialmente en el consentimiento informado y en el apoyo psicoterapéutico del individuo, y alejado de la patologización, la problematización y la medicalización de la realidad *trans**. Así y atendiendo a la buena acogida que este proyecto ha tenido en la realidad *trans**, desde el mes de noviembre de 2016 el servicio Tránsito* ha sido elegido por el Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya como la puerta de acceso de las personas *trans** al servicio público sanitario catalán, con independencia de su edad y condición social, sustituyendo, en ese sentido, a la Unidad de Trastorno de Género del Hospital Clínico de Barcelona, servicio que, a partir de ese momento, se encarga únicamente de los casos en que se requiera cirugía de reasignación de género.

Precisamente y a diferencia de lo acaecido con el servicio Tránsito*, la Unidad de Identidad de Género del Hospital Clínico de Barcelona (constituida en el año 2006) se ampara, más bien, en un modelo tradicional biomédico, que considera a las personas *trans** como individuos afectados por un trastorno de identidad de género o disforia de género. Se trata, en definitiva, de un sistema construido a partir del diagnóstico. Es decir, se evalúa a la persona desde la mentada Unidad y solo si se obtiene un diagnóstico psicológico/psiquiátrico que determine la disforia de género, se le da acceso a toda una serie de servicios de carácter sociosanitario que han de facilitar su proceso de tránsito.⁸⁴

83. Este servicio Tránsito*: Promoción de la Salud de las Personas Trans, del Instituto Catalán de la Salud, tenía su sede y ofrecía sus atenciones inicialmente en el Centro de Atención Primaria (CAP) Manso (Barcelona), y desde el mes de mayo de 2017 se ha trasladado al Centro de Atención Primaria de Numancia (Barcelona). Está integrado por una ginecóloga, un médico de familia, una matrona, dos psicólogas, una trabajadora social y un administrativo. Para contactar con el servicio Tránsito* se puede escribir a: transit.bcn.ics@gencat.cat.

84. En este sentido, el movimiento Trans Forma la Salut, Plataforma per a un Nou Model de Salut Trans*, redactó en el año 2016 el documento intitulado *Reivindicación de un nuevo modelo de atención a la salud de las personas trans**, en el que se muestra especialmente crítico con el modelo seguido por la Unidad de Identidad de Género del Hospital Clínico de Barcelona, por considerar, entre otras cuestiones, que se legitima a un tipo de «ser trans» y se deslegitima a las personas que no encajan en ese formato. Añade, además, que ese modelo genera una jerarquía de quién es y quién no es realmente *trans**, y parece que da por supuesto que si la persona es transexual, desea hormonarse y someterse a una intervención quirúrgica. Esto provoca, concluye, que haya personas que adapten o reformulen sus relatos vitales para poder acceder a los servicios sanitarios, que, de otra forma, les serían denegados. Para tener acceso al documento completo, acúdase a: <https://transformalasalut.files.wordpress.com/2016/09/model-salut-trans.pdf> (consulta: diciembre 2017).

Finalmente, no podemos pasar por alto que para no pocos adolescentes *trans** el tratamiento bloqueador y el hormonal forman parte de una serie de herramientas que, si lo estiman oportuno, pueden utilizar para hacer efectivos, o facilitar al menos, el respeto de sus derechos fundamentales: dignidad, integridad moral y, en definitiva y especialmente, salud integral. Precisamente por ello, la normativa catalana reconoce de manera expresa el derecho a recibir ese tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad para evitar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados; y el derecho a recibir tratamiento hormonal cruzado en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de caracteres sexuales secundarios deseados.⁸⁵

Además y llegados a este punto, no podemos rehuir la cuestión de a quién corresponde prestar el consentimiento informado para recibir todo este tipo de tratamientos (ya sea el bloqueador o el hormonal). En este sentido y en aplicación del artículo 7.2d de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica,⁸⁶ llegamos a la conclusión de que el criterio que debe prevalecer es el de que la capacidad natural de las personas se erige como la piedra angular que debe guiar la actuación autónoma de todo individuo en el ámbito sanitario.⁸⁷

Esta previsión normativa es reiterada por el artículo 212-2.1 CCCat, que, obviando la mención expresa de los menores emancipados, por considerarla, enten-

85. Encontramos disposiciones explícitas al respecto en las leyes navarra (art. 15.8), vasca (art. 11), andaluza (art. 19.5), catalana (art. 16.3), canaria (art. 7.1), extremeña (art. 10), murciana (art. 15.3) y valenciana (art. 16.2).

86. Establece este precepto que «en el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante legal del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en caso de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor de edad debe dar personalmente su consentimiento».

87. Bajo nuestro punto de vista, el criterio de la capacidad natural sigue manteniéndose como el principio general que debe ordenar la emisión del consentimiento informado en aquellos casos en los que sea necesario para autorizar la administración de estos tratamientos hormonales. Entendemos, pues, que esta debe ser la adecuada interpretación del art. 7.2d de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, a la luz de las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa Relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, de 4 de abril de 1997, también conocido como el Convenio de Oviedo, en vigor en España desde el 1 de enero de 2000. En este sentido, véase Vicente CABEDO MALLOL, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2016, p. 76, y Ignasi RAVETLLAT BALLESTÉ, «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)», *InDret*, núm. 3 (2017), p. 7. No compare nuestra opinión Federico MONTALVO JAASKELAINEN, «Capacidad del menor y tratamiento médico», en Clara MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 798-801.

demos, incluida en el artículo 211-7 del propio texto catalán,⁸⁸ se pronuncia con el siguiente tenor literal: «Las personas mayores de dieciséis años y las menores que tengan una madurez intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance de la intervención en su salud deben dar el consentimiento por sí mismas, salvo en los casos en que la legislación de ámbito sanitario establece otra cosa».

De acuerdo con lo referenciado y de forma generalizada, podemos deducir tres supuestos de hecho claramente diferenciados entre sí, que a la postre se traducen en otras tantas respuestas jurídicas. Cada una de ellas toma como criterio objetivo de fundamentación la edad y las circunstancias intelectivas y volitivas propias del sujeto ante el que nos encontramos. De esta forma, se distingue entre la persona menor de edad que está emancipada o es mayor de dieciséis años; la que ha cumplido los doce pero todavía no ha alcanzado los dieciséis; y, por último, la que no ha llegado ni tan siquiera al lindero de los doce años de edad.

En el primero de los casos, se presume (*iuris tantum*) que el sujeto menor de edad (emancipado o que haya cumplido los dieciséis años) ostenta la madurez suficiente para prestar por sí mismo el consentimiento informado. En el segundo (persona en el intervalo de edad de doce a dieciséis años), en cambio, corresponde al «personal especializado» (que en nuestro caso será el personal sanitario) valorar si la persona reúne o no la aptitud intelectual y volitiva exigida para decidir de forma autónoma. Si la respuesta es negativa, este otorgamiento corresponderá a sus representantes legales, después, eso sí, de haber escuchado la opinión del menor al respecto. Y, por último, si la persona menor de edad aún no ha alcanzado los doce años, se presumirá que no está en situación o en condiciones de autorizar por sí sola un tratamiento hormonal, sino que tendrán que ser sus representantes legales quienes obren al efecto, escuchando al niño o la niña solo si el facultativo lo reputa como estrictamente necesario.

BIBLIOGRAFÍA

AMNESTY INTERNATIONAL. *First, do no harm. Ensuring the rights of children with variations of sex characteristics in Denmark and Germany*. Londres: Amnesty International, 2017.

88. Este precepto hace alusión a los efectos propios de la emancipación, que no son otros que los de habilitar al sujeto para «actuar jurídicamente como si fuera mayor de edad». Por tanto, al considerarse, en principio, a toda persona que haya cumplido los dieciocho años de edad como plenamente capacitada para prestar de manera autónoma su consentimiento informado, ese mismo debe ser el criterio aplicable a las personas menores que presenten la condición de emancipadas.

- APARISI MIRALLES, Ángela. «Discursos de género. Del igualitarismo y el postfeminismo de género, al modelo de la igualdad en la diferencia». *Education Sciences & Society*, vol. 7, núm. 1 (2015), p. 37-49.
- ARJONA LEDESMA, Sheila. *Infancia con creatividad de género. Identidades no binarias, cuerpos transgresores y despatologización trans**. Granada: Universidad de Granada, 2016.
- AVENTÍN BALLARÍN, Natalia. «Aproximación a la transexualidad infantil desde las familias». En: GALLEGO, Aránzazu; ESPINOSA, María (ed.). *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil*. Granada: Comares, 2016, p. 47-63.
- BALZA, Isabel. «Bioética de los cuerpos sexuados: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo». *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40 (2009), p. 245-258.
- BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu. «El derecho a la identidad». En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.). *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 726-742.
- *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- BARUDY, Jorge. *El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BRILL, Stephanie; PEPPER, Rachel. *The transgender child: a handbook for families and professionals*. Berkley: Cleis Press, 2008.
- CABEDO MALLOL, Vicente. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2016.
- CALVO CHARRO, María. «La ideología de género y su repercusión en el ser humano y la familia». En: PRIETO, Tomás (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada: Comares, 2016, p. 133-161.
- CASTAÑEDA, Claudia. «Childhood». *Transgender Studies Quarterly*, vol. I, núm. 1-2 (2014), p. 59-61.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general núm. 20 (2016) sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*. Committee on the Rights of the Children/Comments/General Comments (CRC/C/GC), núm. 20 (6 diciembre 2016).
- *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. CRC/C/GC/14 (29 mayo 2013).
- *Observación general núm. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*. CRC/C/GC/15 (17 abril 2013).
- *Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención*. CRC/C/58 (20 noviembre 1996).

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los estados partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención*. CRC/C/5 (30 octubre 1991).
- ELÓSEGUI ITXASO, María. *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*. Granada: Comares, 1999.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey. Main results*. Bruselas: European Union Agency for Fundamental Rights, 2014.
- *Being trans in the European Union: comparative analysis of EU LGTB survey data*. Bruselas: European Union Agency for Fundamental Rights, 2014.
- GARCÍA ALGUACIL, María José. «Alcance de la autonomía de la voluntad del menor maduro: el camino de la incoherencia legislativa». *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 157 (2012), p. 99-108.
- GAVILÁN MACÍAS, Juan. «Modelo sociocultural para la intervención en la transexualidad infantil». En: GALLEGO, Aránzazu; ESPINOSA, María (ed.). *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil*. Granada: Comares, 2016, p. 3-28.
- GENERELO, Jesús; PICHARDO, J. Ignacio; GALOFRÉ, Guillem. *Adolescencia y sexualidades minoritarias. Voces desde la exclusión*. Jaén: Alcalá Grupo Editorial, 2008.
- LAMA AYMÁ, Alejandra de. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- LÓPEZ GUZMÁN, José. *Transexualismo y salud integral de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia. «La identidad sexual: personas transexuales y con trastornos del desarrollo gonadal. No existen sexos, sólo roles: un experimento antropológico necesitado de la biotecnología». *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, núm. 2 (2012), p. 341-371.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Félix. «Identidad sexual y orientación del deseo en la infancia y la adolescencia». *Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPap)*, núm. 1 (2013), p. 209-225.
- MALDONADO MOLINA, Javier. «Transexualidad infantil y derecho». En: GALLEGO, Aránzazu; ESPINOSA, María (ed.). *Miradas no adultocéntricas sobre la infancia y la adolescencia. Transexualidad, orígenes en la adopción, ciudadanía y justicia juvenil*. Granada: Comares, 2016, p. 29-46.
- MARCUELLO FRANCO, Ana Carmen; ELÓSEGUI ITXASO, María. «Sexo, género, identidad sexual y sus patologías». *Cuadernos de Bioética*, vol. 10, núm. 39 (1999), p. 459-477.
- MISSÉ, Miquel. *Guía para madres y padres de niñ@s con roles y comportamientos de género no-normativos*. Barcelona: AMPGYL, 2013.

- MONTALVO JAASKELAINEN, Federico. «Capacidad del menor y tratamiento médico». En: MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (coord.). *Tratado del menor: La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, p. 798-818.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Health at a glance. OECD Indicators*. París: OECD Publishing, 2015.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel. «La agencia de los jóvenes trans* para enfrentarse a la trans-fobia». *Revista Internacional de Pensamiento Político*, núm. 9 (2014a), p. 183-193.
- *Trans*exualidades. Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2014b.
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás; SÁNCHEZ SÁEZ, Antonio José. «Ideología de género y libertad ideológica: estudio crítico de las recientes leyes autonómicas e identidad sexual». En: PRIETO ÁLVAREZ, Tomás (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada: Comares, 2016, p. 163-198.
- PUCHE CABEZAS, Luis; MORENO ORTEGO, Elena; PICHARDO GALÁN, José Ignacio. «Adolescentes transexuales en las aulas. Aproximación cualitativa y propuestas de intervención desde la perspectiva antropológica». En: MORENO CABRERA, Octavio; PUCHE CABEZAS, Luis (ed.). *Transexualidad, adolescencias y educación: miradas multidisciplinares*. Madrid: Egales, 2013, p. 189-267.
- RAMIRO, Julia. *Ciudadanía e infancias. Los derechos de los niños en el contexto de la protección*. Valencia: Tirant Humanidades, 2015.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. «El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas». *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 13 (2017), p. 30-44.
- «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipada a la luz del libro II del Código civil de Cataluña (artículos 211-3 y 211-5)». *InDret*, núm. 3 (2017), p. 1-28.
- «La toma de decisiones de los progenitores en el ámbito sanitario: a vueltas con el interés superior del niño a propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016». *Ius et Praxis*, vol. 22, núm. 2 (2016), p. 499-512.
- *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2015.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; SANABRIA MOUDELLE, Claudia. «La participación social de la infancia y la adolescencia a nivel municipal. El derecho del niño a ser tomado en consideración». *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales*, vol. 12, núm. 1 (2016), p. 87-102.
- RUIZ JIMÉNEZ, Juana. «La capacidad del menor en el ámbito sanitario». En: PONS DE LA FLOR, María Paz (ed.). *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. Madrid: Exlibris, 2009, p. 75-92.
- SANZ-CABALLERO, Susana. «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio». *American University International Law Review*, vol. 29, núm. 4 (2014), p. 831-868.

SOLSONA PAIRÓ, Núria. *Ni princesas ni piratas. Para educar niños y niñas en libertad*. Barcelona: Eumo, 2016.

SWANN, Stephanie K.; HERBERT, Sarah E. «Ethical issues in the mental health treatment of trans adolescents». En: MALLON, Gerald P. (ed.). *Social work practice with transgender and gender variant youth*. Nueva York: Roudledge, 2009, p. 38-52.

VENTURA, Rafael; VAZ, Iván. «La identidad transexual infantil. Estudio del caso Málaga en el País.com». En: *Libro de Actas del II Congreso Internacional de Comunicación y Género*. Sevilla: Universidad de Sevilla, p. 462-472.

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A. P., Garçon y Nicat *vs.* Francia (2017). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de abril de 2017.

Y. Y. *vs.* Turquía (2015). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 10 de marzo de 2015.

H. *vs.* Finlandia (2012). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 13 de noviembre de 2012.

Van Kück *vs.* Alemania (2003). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 12 de septiembre de 2003.

Christine Goodwin *vs.* Reino Unido (2002). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de julio de 2002.

I. *vs.* Reino Unido (2002). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 11 de julio de 2002.

Sheffield y Horsham *vs.* Reino Unido (1998). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de junio de 1998.

X., Y. y Z. *vs.* Reino Unido (1997). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de abril de 1997.

B. *vs.* Francia (1992). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de marzo de 1992.

Cossey *vs.* Reino Unido (1990). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 27 de septiembre de 1990.

Rees *vs.* Reino Unido (1986). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 17 de octubre de 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Duque *vs.* Colombia (2016). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de febrero de 2016.

Attala Riffo y niñas *vs.* Chile (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

JURISPRUDÈNCIA
I RESOLUCIONS

RECUILL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA¹

Rosa Barceló Compte
Investigadora predoctoral
Universitat de Barcelona

Aquest treball conté un resum de les resolucions en matèria de dret civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del període comprès entre el juliol del 2016 i l'octubre del 2017. 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

1.1. FENOMEN SUCCESSORI

Acceptació de l'herència: art. 461-3, 461-4 i 461-5 CCCat

Tot i que l'acceptació expressa de l'herència realitzada pels recurrents no pot implicar l'acceptació de l'herència deferida a través del testament hològraf posterior fet pel testador, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 20/2017, de 20 d'abril (recurs de cassació i per infracció processal 175/2016; ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués; RJ/2017/3923), sí que observa que hi ha hagut una acceptació tàcita derivada dels actes de disposició d'actius realitzats per aquests, ja que la venda i l'alienació de béns de l'herència no es poden fer si no és amb la qualitat d'hereu, atès que es tracta d'actes de rigorós domini. Per tant, una vegada és eficaç el testament hològraf (des de la seva protocol·lització) i atès que es presumeix la seva validesa, els actes de disposició de béns de l'herència realitzats pels recurrents després de l'acceptació no es poden entendre relatius al testament revocat (art. 129 i 130 del Codi de successions [CS] i 422-8 i 9 del Codi civil de Catalunya [CCCat]), sinó a la seva voluntat d'adir l'herència malgrat tot.

1. Aquest estudi forma part dels treballs del Grup Consolidat en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies (GREDINT)

1.2. CRIDES LEGALS

1.2.1. *Llegítima*

Acció de reclamació: art. 121-11d i 461-3 CCCat

El reconeixement de deute és una causa d'interrupció de la prescripció (*ex art. 1973 del Codi civil espanyol [CC] i 121-11d CCCat*) de l'acció per a reclamar la llegítima. L'acceptació de l'herència per part de l'hereu i el reconeixement abstracte del dret a la llegítima que corresponia a la germana d'aquest —reconeixement que va incloure, a més, la quantificació exacta del seu import— s'han d'entendre formulats com a actes propis d'un reconeixement de deute amb causa lícita i determinada (STSJC 100/2016, de 15 de desembre; recurs de cassació 135/2015; ponent: Carlos Ramos Rubio; RJ/2016/6431).

El maltractament greu com a causa de desheretament

El dret a la llegítima que recull el llibre quart del Codi civil de Catalunya és definit com una atribució successòria legal i un límit a la llibertat de testar. La nova regulació accentua, però, la tendència secular a afeblir la llegítima i a restringir la seva reclamació. Per una banda, modifica la redacció d'algunes de les causes de desheretament que abans recollia el CS (la causa de desheretament que s'invoca en el cas és la de l'art. 370.3 CS, que establia com a causa de desheretament haver maltractat d'obra o haver injuriat, en ambdós casos greument, el testador o el seu cònjuge; causa idèntica a la que s'estableix en l'art. 853.2 CC). S'admetia que aquest maltractament emocional o psicològic s'incardinés dintre del concepte de *maltractament d'obra* que recollien el CS i el CC; així, per exemple, la causa de l'article 451-17.2c CCCat suprimeix que el maltractament hagi de ser d'obra i amplia l'àmbit subjectiu dels afectats: «El maltractament greu al testador, o al seu cònjuge o convivent en parella estable, o als ascendents o descendents del testador» (*ex art. 451-17.2c CCCat*). A més a més, afegeix una altra 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» (451-17.2e CCCat). La llegítima suposa una limitació del dret a la llibertat de testar per a resguardar les famílies dels abusos de les actuacions discriminatòries que fomentin desavinences i plets entre els familiars; quan la solidaritat intergeneracional ha desaparegut perquè el legitimari ha incorregut en alguna de les conductes reprova- bles que preveu la llei, la privació del dret a la llegítima és lícita. La incúria assistencial i emocional dels avis és susceptible de causar el menyscapse psicològic i va motivar el desheretament a l'empara del CS; i no es justifica amb la diferència de caràcter entre el net i l'àvia, ja que no consta cap intent d'acostament per part del net i, per tant, no hi va haver cap reconciliació posterior (STSJC 4/2017, de 2 de febrer; recurs de cassació 115/2016; ponent: María Eugenia Alegret Burgués; RJ/2017/1596).

2. DRET DE FAMÍLIA

2.1. EFECTES DE LA NUL·LITAT DEL MATRIMONI, DEL DIVORCI I DE LA SEPARACIÓ JUDICIAL

2.1.1. *Atribució de l'ús de l'habitatge*

Articles 233-20 i 233-21 CCCat

El llibre segon del Codi civil de Catalunya ha flexibilitzat el règim legal d'atribució de l'ús de l'habitatge i, en els casos en què l'atribució ho sigui per raó de necessitat, posa l'èmfasi en la seva temporalitat, sens perjudici que es puguin instar les pròrrogues que escaiguin. El motiu és posar fre a una jurisprudència anterior excessivament inclinada a dotar de caràcter indefinit l'atribució, en detriment dels interessos del cònjuge titular. La STSJC 8/2017, de 20 de febrer (recurs de cassació 157/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2017/1742), estableix que aquesta pròrroga no es pot concedir per un termini tan dilatat —com ho són els vint anys que es pretenen en el recurs— quan la recurrent ha gaudit de l'atribució de l'habitatge (del qual és copropietària) durant vint-i-set anys i quan el matrimoni en va durar vint. El Tribunal considera que seria excessiva i desmesurada una pròrroga de vint anys que contravin-dria l'abast que el legislador català ha volgut fixar per a les pròrrogues legals amb la fi-nalitat de compatibilitzar les necessitats de la persona a qui s'atribueix l'habitatge amb els drets dominicals. Tanmateix, reconeix que mentre no es dugui a terme la divisió efectiva del bé comú o la liquidació efectiva del règim econòmic familiar, s'atribueixi aquest ús a la recurrent sense establir un termini peremptori perquè la divisió es dugui a terme; en definitiva, es tracta de concedir una pròrroga de l'atribució de l'ús de l'ha-bitatge, però subjecta a un esdeveniment futur com ho és la divisió de la cosa comuna.

Si la guarda dels fills queda compartida o distribuïda entre els progenitors, cal atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge més necessitat (art. 233-30.3a CCCat): atesa la major necessitat de la mare, la cotitularitat de l'habitatge i l'edat actual de la filla (sis anys), així com la hipoteca que grava el domicili familiar i que garanteix el préstec que és satisfet per ambdós cònjuges, el Tribunal considera escaient fixar una limitació temporal de set anys a partir de la resolució, ja que es considera que es tracta d'un temps raonable perquè s'adaptin les respectives vides a la nova situació derivada de la crisi conjugal, amb l'aplicació —si escau— d'una pròrroga posterior si es man-tenen les circumstàncies (art. 233-30.5 CCCat) (STSJC 88/2016, de 3 de novembre; recurs de cassació 78/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/6428).

Articles 233-7 i 233-20 CCCat

L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar no afecta l'interès del major d'edat decla-rat incapaç, ja que no viu a l'habitatge; però l'atribució temporal a la mare és encertada i adequada perquè és el cònjuge més necessitat de protecció, ja que amb ella conviu l'al-

tre fill, que, tot i que és major, segueix cursant estudis universitaris (*ex art. 233-20.3b CCCat*). No s'aprecia la concurrència de circumstàncies realment excepcionals per a passar d'una atribució temporal a una atribució vitalícia de l'ús de l'habitatge familiar, tal com pretén la recurrent (*ex art. 233-7 CCCat*) (STSJC 99/2016, de 12 de desembre; recurs de cassació 173/2015; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/6695).

2.1.2. *Compensació econòmica per raó de treball*

Articles 234-9.2, 232-5 i 232-6 CCCat

En la regulació del Codi civil de Catalunya, la compensació econòmica per raó de treball abandona tota referència a la compensació com a remei substitutori d'un enriquiment injust i es fonamenta en el desequilibri que es produeix entre les economies dels cònjuges o dels convivents pel fet que un desenvolupa una tasca que no genera excedents acumulables i l'altre en fa una que sí que en genera. És pressupòsit per a la compensació que un dels cònjuges o membres de la parella estable hagi treballat per a la casa substancialment més que l'altre o hagi treballat per a l'altre sense remuneració o amb una remuneració insuficient; tanmateix, també és necessari que en el patrimoni del deutor s'hagin produït o generat excedents respecte al seu patrimoni privatiu inicial, calculats d'acord amb unes regles prefixades en l'article 232-6 CCCat que pretenen reduir el marge de discrecionalitat judicial. A banda, aquestes normes substantives han de complir les especialitats processals que s'estableixen en la disposició addicional tercera del llibre segon del CCCat: la nova manera d'establir si existeixen excedents capitalitzats per un dels cònjuges o dels membres de la parella de fet exigeix que qui demani aquesta compensació faciliti al jutjat un inventari, que es pot incorporar en el cos de la demanda, en què es faci una llista dels béns que pertanyien a cadascun a l'inici de la convivència i els béns existents en el moment del cessament d'aquesta. La presentació de la demanda no implica la preclusió, però, del dret a conformar els elements patrimonials necessaris per a obtenir la diferència d'increments patrimonials, ja que la norma preveu que es pugui demanar en el mateix procediment, abans de la vista. Per tant, no resulta admissible que es denegui cap compensació amb l'argument que l'inventari no conté una relació «clara» dels elements patrimonials del demandant pel fet que alguns dels béns que s'indiquen no es poden tenir en compte (perquè es van adquirir i vendre durant la convivència). Una cosa és que no tots els béns i drets indicats en la demanda puguin ser valorats a l'efecte de fer els càlculs que exigeix l'article 232-6 CCCat i una altra, que es rebutgi tota compensació per aquesta circumstància (STSJC 3/2017, de 23 de gener; recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 67/2016; ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués; RJ/2017/2079. En la mateixa línia, vegeu també la STSJC 41/2017, de 28 de setembre; recurs de cassació 19/2017; ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués; JUR/2017/253603).

Article 232-6 CCCat

L'interès cassacional de la STSJC 64/2016, de 6 de setembre (recurs de cassació 107/2014; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/5290), rau en la computació dels béns subrogats que ja no existeixen en el patrimoni, per a l'adquisició de la finca on es va construir el que avui és l'habitatge familiar, i en la forma del càlcul. En efecte, cal descomptar del patrimoni de cada cònjuge el valor dels béns que tenia en començar el règim i que «conserva» en el moment en què s'extingeixi. L'habitatge adquirit pel recurrent abans de contraure matrimoni opera com a bé subrogat respecte a l'habitatge adquirit, per ell mateix, posteriorment. Cal computar, efectivament, dit import satisfet per l'actor abans de casar-se i descomptar la quantitat degudament actualitzada de l'import total del valor actual del que ha constituït l'habitatge familiar. La raó que l'actualització es faci en el moment del cessament de la convivència resideix en la doctrina establerta de no computar les plusvàlues que tinguin l'origen en les variacions del mercat immobiliari, ja que no guarden relació amb la convivència matrimonial; i no es pot obviar que els dubtes que puguin sorgir s'han d'interpretar sobre la base de la menor transmissió entre els patrimonis de l'un i de l'altre.

Article 232-5.3 CCCat

En relació amb els criteris legals per a la determinació del percentatge que s'ha d'aplicar a l'increment patrimonial del cònjuge deutor a l'efecte del còmput de la compensació econòmica per raó de treball, cal tenir en compte el temps de dedicació als fills, que ha de comprendre no només els menors d'edat, sinó també els majors que convisquin amb els progenitors. La intensitat de la dedicació ha de ser substancial i no necessàriament exclusiva, tal com ho determina l'article 232-5.1 CCCat (STSJC 94/2016, de 17 de novembre; recurs de cassació 101/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/6340).

2.1.3. Prestació compensatòria

Modificació de la prestació compensatòria: art. 233-18 CCCat

La millora notable de la situació econòmica de la creditora de la prestació compensatòria, la nova convivència estable d'aquesta amb una altra persona i l'empitjorament de la situació econòmica del deutor, així com l'aparició de noves despeses familiars (art. 233-18.2 i 233-19.1a i b CCCat), permeten l'extinció de la prestació compensatòria establerta. La modificació de circumstàncies obliga, per tant, a canviar la mesura relativa a la prestació compensatòria establerta en la sentència de divorci (STSJC 95/2016, de 21 de novembre; recurs de cassació 166/2015; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/6343).

Excepció: caràcter indefinit de la prestació compensatòria: art. 233-17 CCCat

El Tribunal insisteix en la STSJC de 6 de juny de 2017 (recurs de cassació 64/2016; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2017/3407) en el caràcter essencialment temporal de la prestació compensatòria. L'atorgament amb caràcter indefinit és l'excepció i com a excepcionals cal considerar les circumstàncies que s'aparten del que és ordinari: la perceptora de la pensió no treballa ni té patrimoni productiu, percep una minsa pensió de jubilació i té quasi setanta anys, excepcionalitat que justifica la fixació de la prestació compensatòria amb caràcter indefinit (art. 231-17.4 *in fine* CCCat).

Article 233-14 CCCat

L'edat de la demandant (61 anys), la seva poca preparació professional (ja que, si bé va estar donada d'alta a la Seguretat Social en el règim d'autònoms, no ho fou per al temps suficient per tal de meritjar qualsevol prestació contributiva o assistencial), el seu estat de salut dèbil i la dedicació a la cura de la casa i la família (que va comportar la pèrdua de qualsevol possibilitat d'accés al mercat laboral d'una manera fixa) durant la convivència, que va durar trenta-quatre anys, són els arguments que utilitza la STSJC 69/2016, de 22 de setembre (recurs de cassació 155/2015; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2016/5508), per a fer a la demandant creditora d'una prestació compensatòria de quatre-cents euros al mes de forma indefinida o fins que canviïn les circumstàncies.

Extinció: art. 233-19 CCCat

La convivència marital amb una altra persona és una causa d'extinció del dret a la prestació compensatòria. La STSJC 6/2017, de 9 de febrer (recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 86/2016; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2017/1599), recupera la jurisprudència més recent en aquesta matèria i estableix que per tal de valorar la compatibilitat de la relació en qüestió amb la convivència marital o *more uxorio* s'han de tenir en compte dos elements: el teleològic i la realitat sociològica. El primer consisteix a excloure la prestació compensatòria en favor del cònjuge que hi té dret, quan aquest té una relació amb una tercera persona que comporta un compromís anàleg al de la convivència marital. L'exclusió de la prestació per la relació *more uxorio* no representa una penalització al cònjuge creditor per haver iniciat una relació afectiva, ja que això no escauria a la realitat social del moment. No es pot ignorar que no es pot preveure de forma indubtable el grau de solidesa d'una relació *more uxorio* ni del projecte de vida en comú de les persones, ja que això forma part del seu àmbit més interior i privat. Tanmateix, en relació amb l'element teleològic, suposaria contradir-lo si, davant d'una relació d'igual compromís que la marital, que provoca que la prestació esdevingui innecessària, s'obligués la parella anterior a pagar-la quan ja no existeixen vincles afectius; finalment, el Tribunal insisteix en el segon element, el sociològic, i estableix que no es considera requisit necessari de la convivència *more uxorio* que la parella ho faci de manera permanent sota el mateix sostre, ni que es provi l'existència de relacions materials o econòmiques entre la parella, atesa la dificultat de la prova.

2.1.4. *Cura dels fills: aliments*

L'obligació de prestar aliments: art. 237-1 i 233-10.3 CCCat

La manera d'exercir la guarda dels menors, en cas de separació judicial o divorci dels pares, no altera el contingut de l'obligació d'aliments envers els fills comuns de l'article 233-10.3 CCCat, si bé cal ponderar el temps de permanència dels menors amb cadascun dels progenitors i les despeses que cadascun d'ells hagi assumit pagar directament. En el cas de la guarda compartida, cal atendre, també, les possibilitats reals dels pares. Per aquest motiu, la STSJC 106/2016, de 22 de desembre (recurs de cassació 80/2016; ponent: Maria Eugenia Alegret Burgués; RJ/2016/6433), considera raonable, una vegada acreditada la capacitat econòmica menor del pare i amb la finalitat d'evitar que una possible desigualtat econòmica pugui alterar l'estabilitat del menor i incidir en les seves preferències, atendre la petició del recurrent i establir que siguin els dos progenitors els que es facin càrrec de l'habitatge, la roba, els aliments i les despeses farmacèutiques menors i de lleure de la menor quan la tinguin amb ells, i l'obertura d'un compte comú on domiciliïn els rebuts per despeses escolars i extraescolars o altres de regulars acceptades per ambdós progenitors o decidides pel jutjat en cas de controvèrsia, de les quals cada progenitor ha de satisfer el 50 %. En el mateix sentit es pronuncia el Tribunal en la STSJC 88/2016, de 3 de novembre (recurs de cassació 18/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/6428).

En un sentit similar es pronuncia el Tribunal en la STSJC 68/2016, de 19 de setembre (recurs de cassació 27/2016; ponent: Maria Eugenia Alegret Burgués; RJ/2016/5761), que en un cas de guarda compartida considera que la diferència econòmica substancial entre els ingressos dels progenitors justifica que el pare continuï contribuint al manteniment econòmic de les filles quan siguin amb la mare, amb la finalitat que no associïn una disminució del nivell de vida al canvi de guarda (*ex art. 237-9 CCCat*).

Naixement del dret: art. 237-1, 233-20.7, 211-6 i 211-8 CCCat

La demanda de modificació de mesures s'acull en l'únic extrem relatiu al canvi de guarda d'una de les menors, que l'Audiència estableix en favor de la mare, però no es té en compte el binomi necessitats de les dues menors - patrimoni dels alimentants. Així doncs, no es pot extingir la pensió d'aliments que la mare havia de satisfer a l'altra menor (que es troba sota la guarda paterna) en execució de la sentència, sense raonament ni motivació adequada de l'extinció. Les pensions d'aliments per als menors no es regeixen per un principi dispositiu, sinó que preval l'interès superior del menor de l'article 211-6 CCCat (STSJC 87/2016, de 7 de novembre; recurs de cassació 77/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/612).

Articles 237-5 i 233.7.3 CCCat

En matèria de pensions alimentàries i per al cas de modificacions substancials

posteriors, quan ja s'ha dictat *a priori* una resolució judicial sobre el tema, només s'accepten els efectes retroactius en el pagament d'aquestes pensions a la data de presentació de la demanda si l'alteració que afecta els aliments és tan transcendent que resulta equiparable amb la d'una primera demanda de nul·litat, separació o divorci, en què els aliments es demanen per primera vegada; és a dir, el canvi ha de ser tan radical que ha de suposar el naixement d'una nova obligació. Si les modificacions en la guarda d'un dels fills (o de diversos) suposen un nou règim, i no una simple modificació, és procedent que els efectes d'aquest nou règim es tradueixin en canvis importants en el pagament dels aliments que s'hauran de retrotraure (almenys) a la data de presentació de la demanda. En aquest sentit s'expressa la STSJC 102/2016, de 19 de desembre (recurs de cassació 51/2016; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2016/6710). En el mateix sentit s'havia expressat el Tribunal en la STSJC 77/2016, de 6 d'octubre (recurs de cassació 164/2015; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2016/5937).

Actualització de la quantia: art. 237-9.1 CCCat

Els índexs de preus de consum o similars, utilitzats com a base de l'actualització de la quantia dels aliments, poden ser complementats, però no substituïts, per altres bases de valoració. No és el mateix establir unes bases d'actualització de la pensió alimentària que emprar un sistema per a la determinació anual de la quantia dels aliments, ja que, en aquest últim cas, la suma que hauria de satisfer l'alimentant en el futur, un cop transcorreguda la primera anualitat, quedaria indeterminada. La finalitat de l'actualització de la quantia dels aliments de l'article 237-9.1 CCCat és que l'alimentista pugui mantenir el poder adquisitiu respecte al *quantum* fixat prèviament en la sentència, i per aquest motiu el legislador pren en consideració l'índex de preus de consum, que és l'índex oficial de variació del nivell de vida. Tanmateix, també cal tenir present que els aliments van lligats a la capacitat econòmica dels alimentants i a les necessitats de l'alimentista, i per això es permet prendre en consideració altres índexs (p. ex., l'augment de les pensions laborals de la part obligada al pagament) (STSJC 17/2017, de 29 de març; recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 5/2016; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2017/2097).

Si els obligats a prestar aliments són més d'una persona, aquesta obligació ha de distribuir-se entre ells en proporció als seus recursos econòmics i les seves possibilitats (art. 237-7 CCCat). La STSJC 76/2016, de 3 d'octubre (recurs de cassació 31/2016; ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués; RJ/2016/5935), considera que, en relació amb el criteri de proporcionalitat establert en l'article 237-9 CCCat, la quantia dels aliments que ha de determinar-se en proporció a les necessitats dels alimentistes i les possibilitats de les persones obligades a prestar-los ha de ser ponderada en cada cas concret. El tribunal d'instància té la facultat exclusiva de determinar la quantia, que no ha de ser necessàriament aritmètica o matemàtica, excepte que hi hagi un raonament il·lògic, arbitrari o irracional, si es té en compte la regla ja mencionada de proporcionalitat i el binomi necessitat-possibilitat, que cal examinar de confor-

mitat amb les circumstàncies concurrents en els membres de la família que hagin de sufragar-los i amb els criteris més concordes amb el seu nivell de vida.

Extinció del dret d'aliments; interpretació restrictiva: art. 237-13.1 i 417.2 CCCat

L'extinció del dret d'aliments perquè l'alimentista concorre en una causa de desheretament, com ara la manca de relació entre el causant i el legitimari (sempre que sigui imputable de forma exclusiva a aquest darrer), s'ha d'interpretar d'una forma rigorosa, atesa la naturalesa d'aquest dret. Les afirmacions del legislador en el context de la llegítima no són mimèticament traslladables als aliments, almenys en supòsits d'obligació dels pares envers els fills que, tot i ésser majors d'edat, no hagin acabat la seva formació, ja que no es tracta només d'un dret-obligació de reflex familiar i d'un sentit de justícia, sinó d'un dret bàsic considerat expressament en l'article 236-17.1 CCCat, que diu: «Els progenitors, en virtut de llurs responsabilitats parentals, han de tenir cura dels fills, prestar-los aliments en el sentit més ampli, conviure-hi, educar-los i proporcionar-los una formació integral» (STSJC 11/2017, de 2 de març; recurs de cassació 15/2016; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2017/2354).

2.1.5. *Cura dels fills; guarda: art. 233-8, 10 i 11 CCCat*

La guarda compartida és el règim més convenient per a l'evolució i el desenvolupament del menor, ja que evita l'aparició de «conflictes de lleialtats», fomenta la igualtat de drets i deures entre els progenitors, i afavoreix la col·laboració en els aspectes educatius, afectius i econòmics. El paràmetre essencial per a determinar, en tot cas, el règim de guarda és l'interès superior del menor (*ex art. 211-6 CCCat*), en la mesura que el *favor filii* és el principi que ha d'inspirar qualsevol decisió que l'afecti o el pugui afectar. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya considera en aquest cas escaient acordar la guarda compartida perquè existeix una vinculació afectiva dels fills amb els dos progenitors, hi ha una aptitud suficient per a garantir el benestar per part de tots dos, l'actitud ha estat col·laborativa dins un marc de crisi matrimonial en què s'ha procurat preservar l'interès del menor i, encara que la mare té una major disponibilitat horària, el pare també disposa de flexibilitat dins un horari laboral que permet la guarda compartida (STSJC 88/2016, de 3 de novembre; recurs de cassació 78/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/6428).

El rebuig de la guarda compartida no té cabuda davant de qualsevol grau de conflictivitat (amb l'excepció dels casos de violència de gènere, abús o abandonament del menor) com ara una comunicació difícil entre els progenitors, ja que, encara que no serveixi perquè les diferències entre aquests desapareguin, tampoc no es pot afirmar que aquestes es vegin accentuades. Així ho estableix la STSJC 73/2016, de 29 de setembre (recurs de cassació 95/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/5512).

La vinculació afectiva del menor amb la mare no és l'adequada i ni aquesta ni el seu entorn poden garantir el benestar emocional del fill; per tant, no s'aconsella el manteniment de la guarda compartida, malgrat que sigui —en abstracte— el sistema que millor garanteixi la coparentalitat. L'interès del fill requereix que només circumstàncies molt excepcionals puguin portar a una ruptura d'una part d'un vincle familiar i que hagin d'adoptar-se totes les mesures necessàries per a mantenir les relacions personals i, si escau, restablir el vincle familiar. Les relacions jurídiques que es ventilen en processos de família contenen una càrrega emocional que els operadors jurídics no poden defugir; cal considerar el caràcter evolutiu i dinàmic d'aquest tipus de relacions familiars, que a vegades s'aprecia en les variacions que experimenta el mateix procés en les seves diverses instàncies i sobretot en l'execució, i és precisament en aquesta fase on s'observa l'obsolescència dels instruments processals oferts per la Llei d'enjudiciament civil (LEC) per a solucionar les controvèrsies que van sorgint. El Tribunal no considera suficient exhortar les parts a iniciar una teràpia familiar adequada a fi d'aconseguir l'acostament necessari entre mare i fill, sinó que aconsella un suport especialitzat (coordinador de parentalitat) que intervingui en una primera fase d'aproximació entre mare i fill (*ex art. 236-3, 236-4.1 i 3 i 233-13.1 CCCat*) (STSJC 1/2017, de 12 de gener; recurs de cassació 99/2016; ponent: María Eugenia Alegret Burgués; RJ/2017/2078).

La inviabilitat de l'atribució compartida del domicili per torns (que s'ha demostrat conflictiva i insatisfactòria per a ambdós progenitors, ja que no només exigeix un nivell alt d'entesa a fi de planificar-la degudament, sinó que suposa un model de vida nòmada i d'economia col·laborativa per a la qual sovint no s'està preparat o disposat) no significa que no es pugui establir un règim de guarda compartida. Tampoc no és una raó per a excloure la guarda compartida que un dels progenitors necessiti l'ajuda de tercers per a poder complir adequadament amb les obligacions de guarda. En aquest cas, queden paleses la implicació i l'actitud del pare per a la guarda dels menors, equiparables amb les de la mare, i, per tant, el Tribunal acorda la guarda compartida amb alternança setmanal de les menors per part dels pares (art. 231-11.1 CCCat) (STSJC 5/2017, de 6 de febrer; recurs de cassació 142/2015; ponent: Carlos Ramos Rubio; RJ/2017/1597).

Si bé els dos progenitors presenten habilitats parentals suficients i vinculació afectiva amb el fill, els seus llocs de residència es troben força allunyats a l'efecte de la fixació de la guarda compartida. La vigent normativa del llibre segon del Codi civil de Catalunya, tal com es recull en el preàmbul, determina que la coparentalitat i les responsabilitats compartides reflecteixen materialment l'interès del fill per continuar mantenint una relació estable amb ambdós progenitors, però també és cert que l'autoritat judicial ha de decidir el sistema de guarda d'acord amb les circumstàncies concretes del supòsit i sempre donant prevalença a l'interès superior del menor (art. 211-6 CCCat). L'article 233-11 CCCat proporciona una sèrie de criteris que s'han de ponderar conjuntament per a determinar el règim i la forma d'exercir la guarda; l'apartat g fa referència a la situació dels domicilis dels progenitors, tenint en

compte tant els horaris i les activitats dels fills, com els dels progenitors. I en el cas, ateses l'edat del menor i la considerable distància quilomètrica i temporal que hi ha entre el domicili d'ambdós progenitors, així com la distància existent entre l'habitatge on viu la mare i la seu del col·legi on està escolaritzat el fill, resulta inviable el sistema de guarda compartida (STSJC 104/2016, de 22 de desembre; recurs de cassació 156/2014; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/6435).

2.1.6. *Cura dels fills: règim de visites*

Articles 233-9.2c, 233-10 i 233-11 CCCat

La distància tan considerable entre el domicili de la mare i el del pare del menor implica una modificació substancial pel que fa a la mesura relativa al règim de visites paternofamiliar. La llunyania d'ambdós domicilis és realment considerable i, per tant, cal estimar adient el sistema d'alternança en la recollida del menor en cadascuna de les poblacions on viuen els progenitors, d'acord amb el criteri del repartiment equitatiu de càrregues —despeses i esforços dels trasllats— derivades del règim de visites entre ambdós progenitors. Tanmateix, el Tribunal també assenyala que existeixen formes alternatives a la fixada per a realitzar el règim de visites paternofamiliar i recomana als progenitors que mitjançant la institució de la mediació busquin un sistema diferent i millor per a portar a terme el règim de comunicació i contacte pare-fill (STSJC 66/2016, de 8 de setembre; recurs de cassació 142/2014; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/5502).

Articles 233-8.3, 233-13.1 i 236-3 CCCat

L'autoritat judicial pot adoptar mesures per tal que les relacions personals del menor amb el progenitor que no exerceix la guarda es desenvolupin en condicions que garanteixin la seguretat i l'estabilitat emocional del menor (art. 233-13.1 CCCat). Considerada la situació de risc que pot comportar la pernoctació de la menor amb el pare, atesa la problemàtica de personalitat i inestabilitat conductual que pateix aquest, esdevé oportú fixar un règim de visites sense pernoctació en el punt de trobada més proper al domicili de la menor i sempre amb la presència de l'avi patern, fins que l'equip professional estimi que es poden tornar a portar a terme les visites pernoctant al domicili patern, amb la comunicació prèvia al jutjat i a ambdós progenitors (STSJC 65/2016, de 8 de setembre; recurs de cassació 79/2014; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/5291).

2.1.7. *Cura dels fills: pla de parentalitat (art. 233-8.2 i 233-9 CCCat)*

L'incompliment de l'obligació d'aportar un pla de parentalitat s'aprecia d'ofici, encara que aquest, tècnicament, no té naturalesa de requisit de procedibilitat (ex

art. 266 LEC), sinó que l'article 233-8.2 CCCat estableix una previsió que preveu evitar futurs litigis entre els progenitors, ja que el pla de parentalitat té com a finalitat organitzar la vida diària del menor en el seu interès (*favor filii*). Atesa l'especial rellevància que atorga el Codi civil de Catalunya a aquest pla, la STSJC 18/2017, de 29 de març (recurs de cassació i recurs extraordinari per infracció processal 201/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2017/2098), disposa la nul·litat de totes les actuacions i la devolució d'aquestes a la primera instància, amb la finalitat que s'aporti aquest pla —amb tot el contingut que estableix l'art. 233-9 CCCat— a l'efecte de poder resoldre la guarda del menor de la manera més adequada i d'acord amb el principi del *favor filii*, i, un cop fet això, donar-ne trasllat al ministeri fiscal i a cadascuna de les parts perquè tot se sotmeti a contradicció i es resolgui pel jutge de primera instància, que, en definitiva, és el jutge d'execució; aquest dictarà una nova sentència en què es pronunciarà sobre el pla de parentalitat proposat, sense que això comporti que el jutge sentenciador se subjecti a les pretensions adduïdes per les parts en el pla.

3. DRET REALS

3.1. COMUNITAT ORDINÀRIA INDIVISA

3.1.1. *Divisió de la cosa comuna (art. 552-11.5 CCCat)*

Segons la STSJC 84/2016, de 3 de novembre (recurs de cassació 159/2014; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2016/6334), l'interès a què fa referència l'article 552-11.5 CCCat (que determina que si l'objecte de la comunitat és indivisible, s'ha d'adjudicar al cotitular que hi tingui més interès) no és un interès merament subjectiu, sinó que es tracta d'un interès legítim i jurídicament tutelable i que no pot dependre només de motivacions personals i subjectives dels comuns. En el cas, queda palès l'interès de la recurrent a continuar vivint a l'habitatge en litigi des de la primera vegada que es dirigeix als tribunals, en adquirir-lo i pagar la part del preu just que correspongui.

3.1.2. *Ús i gaudi de la cosa comuna (art. 552-6 CCCat)*

L'ús a què fa referència l'article 552-6 CCCat ha d'incloure forçosament tant l'ús per part d'un dels cotitulars, com l'ús compartit i solidari, com l'ús per torns, com l'ús que en pugui fer un tercer al qual s'arrendi l'immoble o se li cedeixi per qualsevol títol. Un ús exclusiu derivat normalment d'una situació legítima anterior no suposa la condemna automàtica al que es consideri que podria haver meritat l'objecte de la comunitat (per exemple, rendes), però quan la possessió continua contra l'oposició expressa de l'altre comuner, no es pot mantenir que no hi ha perjudici per als altres ni

possessió legítima, la qual cosa comporta que aquesta possessió indeguda generi una indemnització pels danys causats des que consti l'oposició expressa de l'altre comuner i les seves pretensions respecte de l'ús de la finca. La reclamació del recurrent es considera des de la interpel·lació judicial; no escau, però, pagar la quantitat reclamada perquè únicament es pot exigir a la demandada el pagament de la meitat del lloguer de l'habitatge que es consideri just. Cal, doncs, fer una nova valoració de l'immoble que condueixi a una nova quantificació de la quantitat que s'ha de pagar (STSJC 91/2016, de 10 de novembre; recurs de cassació 117/2015; ponent: Núria Bassols Muntada; RJ/2016/6338).

3.1.3. *Drets individuals sobre la comunitat: retracte (art. 552-4.2 CCCat)*

L'actuació de mala fe persegueix que les facultats que s'atorguen als comuners en la comunitat ordinària (tempteig i retracte) esdevinguin ineficaces. El CCCat, tot i que manté el principi de llibertat de disposició del dret entre els comuners, seguidament estableix els drets de tempteig i retracte. La comunitat no és una situació que la llei hagi de promoure i la concentració de la propietat és una de les aspiracions de la tradició jurídica catalana, ja que l'eficiència econòmica de les situacions de titularitat compartida per a la presa de decisions és molt inferior a la de les situacions de titularitat individual. El dret civil català estableix els drets de tempteig i retracte per a les situacions de comunitat ordinària indivisa quan es produeix una transmissió onerosa a favor de terceres persones alienes a la comunitat: es parteix de la dualitat de facultats d'aquests dos drets en coherència amb el sistema de transmissió i amb el que disposa l'article 463-6 CCCat per al retracte entre cohereus. El retracte apareix configurat com una segona fase en l'exercici del dret de tempteig (a diferència del Codi civil espanyol, que no té aquesta dualitat) que només té lloc si falta la notificació o si hi ha una modificació de les circumstàncies de preu i de venda en relació amb les comunicades en el tempteig. Quan ambdues facultats es frustren de mala fe, no només perquè el venedor, que és qui té l'obligació d'informar el copropietari de la seva intenció de vendre, no ha fet la notificació preceptiva, sinó perquè això ha ocorregut amb el coneixement i la connivència del comprador, el primer no pot emparar-se en la inscripció registral com a data d'inici del termini de caducitat del dret. La STSJC 75/2016, de 29 de setembre (recurs de cassació 42/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/5515), estableix que si a través de l'acte transmissor que té accés al Registre de la Propietat, el que realment es pretén és fer ineffectius tant el tempteig com el retracte en contra de la tradició jurídica catalana, que cerca la concentració de la propietat en la comunitat ordinària indivisa, i impedir, de mala fe, l'exercici legítim dels drets que la legislació ha previst per a promoure aquesta concentració, la conseqüència no pot ser altra que l'exercici efectiu dels drets desconeguts. Per tant, la data que ha de comptar com a inici del còmput de la caducitat és la de la notificació.

3.2. PROPIETAT HORITZONTAL

3.2.1. *Quota (art. 553-3 CCCat)*

La norma general en el règim jurídic de configuració de la propietat horitzontal en el Codi civil de Catalunya és que la distribució de les despeses s'ha d'acomodar a la quota de participació (art. 553-3.1c CCCat), si bé la norma admet el pacte en sentit contrari (art. 553-3.1c CCCat). L'existència d'un acord sobre el repartiment i la distribució de les despeses resulta clara i palmària, ja que totes les liquidacions corresponents a cada exercici econòmic, mitjançant la distribució de les despeses a parts iguals, van ser aprovades per unanimitat en les juntes anuals corresponents, durant deu anys, cosa que evidencia (amb l'acceptació i l'assumpció d'aquesta situació de forma perllongada) que hi havia un pacte en tal sentit. No resulta contradictori amb el repartiment de les despeses al 50% que el cost de l'obra de rehabilitació parcial de l'immoble fos abonada al contractista en proporció als respectius coeficients dels comuners, atès que es tractava d'una despesa important i puntual assumida al marge del règim ordinari establert i que anava destinada al manteniment de l'edifici; per tant, no es pot considerar un acte vinculant per a modificar el sistema de repartiment igualitari, ja que el sistema de distribució de les despeses ordinàries a parts iguals va seguir essent emprat en els exercicis següents. Cap precepte del CCCat prohibeix la distribució de les despeses a parts iguals; ni els estatuts ni el títol constitutiu de la comunitat estableixen la manera concreta del repartiment de les despeses, però és suficient la majoria per a tornar al sistema legal de distribució segons les quotes de participació (STSJC 86/2016, de 7 de novembre; recurs de cassació 26/2015; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/6336).

3.2.2. *Impugnació d'acords*

Article 553-31.4 CCCat

La STSJC 83/2016, de 24 d'octubre (recurs de cassació 88/2016; ponent: José Francisco Valls Gombau; RJ/2016/5936), resol si l'inici del còmput del termini per a la impugnació d'acords de la junta de propietaris que estableix l'article 553-31.3 CCCat ho és per als propietaris presents des de la celebració de la junta o des de la notificació de l'acord, ja que en el cas es tracta d'un acord successiu en què el còmput dels absents es considera favorable si, transcorregut un mes, no s'hi han oposat (art. 553-25.6 CCCat); el termini comença a comptar el dia que es notifica l'acord. L'article qüestionat (art. 553-31.3 CCCat), en la redacció vigent en aquell moment establiria que l'acció d'impugnació s'havia d'exercir en el termini de dos mesos a comptar de la notificació de l'acord o en el termini d'un any si era contrari al títol de constitució o als estatuts. Cal observar que la modificació operada per la Llei 5/2015, de 13

de maig, inaplicable al cas concret per una qüestió de dret intertemporal, donà una nova redacció al paràgraf quart de l'article 553-31 CCCat i actualment disposa que els terminis han de computar-se, per a la impugnació de l'acord, des de la notificació de l'acta o l'annex de l'acta, segons el que correspongui. El legislador català, quan regula el règim de la propietat horitzontal, opta per un sistema més garantista, en pro de la seguretat jurídica del futur impugnant de l'acord, ja que aquest té la confiança que podrà impugnar-lo, hagi estat present o no a la junta, des de la data de la notificació, ja que es tracta d'un cas d'acord successiu en què per al càlcul de les majories necessàries es computa favorablement el vot dels absents; i atès que així ho va fer el demandant dins del termini d'un any des de la notificació, el Tribunal declara improcedent l'exceptió de caducitat de l'acció aollida.

Article 553-39.2 CCCat

El fet que origina el litigi és l'acord de la junta de propietaris per a instal·lar un ascensor en un dels tres patis privatus propietat del demandant, i no en el forat de l'escala comunitària. El recurrent aporta una interpretació literal, abstracta i maximalista de l'article 553-39.2 CCCat («La comunitat pot exigir la constitució de servituds permanents sobre els annexos dels elements d'ús privatiu si són indispensables per a l'execució dels acords de supressió de les barreres arquitectòniques o de millorament adoptats per la junta de propietaris o per a l'accés a elements comuns que no en tinguin d'altre») i pretén que la qualitat d'indispensable de la servitud d'ascensor impliqui que l'afectació de l'element privatiu ha de ser necessàriament l'única solució tècnicament viable. El Tribunal descarta aquesta interpretació perquè portaria a la inoperància de l'article 553-39.2 CCCat, que no es pot reduir únicament a un criteri tècnic o economicista que prengui en consideració només les despeses o les dificultats tècniques. La solució que proposava el recurrent —instal·lació de l'ascensor en el buit de l'escala comunitària— implicava una afectació estructural major de la finca i incomoditats per a la resta de propietaris (impossibilitat d'accedir als habitatges durant la realització de les obres, entre d'altres). La STSJC 105/2016, de 22 de desembre (recurs de cassació 100/2015; ponent: Carlos Ramos Rubio; RJ/2016/6434), estableix que per a determinar quan es considera indispensable la constitució d'una servitud d'ascensor sobre un element privatiu que no constitueixi habitatge en sentit estricte, cal valorar (a part de la viabilitat tècnica de les solucions que es proposin i del cost econòmic) tots els perjudicis transitoris i permanents que comporti per a tota la comunitat.

4. DISPOSICIONS GENERALS

Prescripció d'accions (art. 121-21b CCCat)

Existeix una voluntat manifesta del legislador català de dotar la institució de la prescripció d'una regulació autònoma i completa, així com d'escurçar-ne els terminis.

El contracte d'execució d'obra (art. 1588 i seg. CC) és definit com aquell en el qual el contractista o empresari s'obliga davant l'altra part a la producció d'un determinat resultat amb la seva activitat independent a canvi d'un preu cert. El contracte no deixa de ser d'execució d'obra perquè el contractista hi posi també els materials i a l'obra hi treballin altres persones, ja que la finalitat primordial és la realització de l'obra comprometent-ne el resultat, i no la venda del material. Les normes s'han d'interpretar segons el sentit propi de les paraules en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius i la realitat social (art. 3 CC); no escau pressuposar que el legislador va voler excloure de l'article 121-21b CCCat els supòsits més freqüents d'execució d'obra (aquells en què el contractista subministra també el material i els seus treballadors) per a reduir-la als supòsits comptats en què el contractista només hi posa directament la seva feina. Així, la STSJC 93/2016, de 14 de novembre (recurs de cassació 55/2016; ponent: Maria Eugènia Alegret Burgués; RJ/2016/6708), declara doctrina legal que resulta aplicable el termini de prescripció de l'article 121-21b CCCat al contracte d'execució d'obra amb subministrament de materials.

5. PERSONES JURÍDIQUES

5.1. ACTUACIÓ I REPRESENTACIÓ DE LES PERSONES JURÍDIQUES: INEFICÀCIA D'ACORDS, DECISIONS I ACTES (ART. 312-10.1 CCCAT)

L'acord per a la delimitació de les parcel·les entre l'associació i un tercer, que contenia una estipulació a favor del recurrent, no fou acceptat per aquest. Però si bé és cert que ell no hi va intervenir de forma directa, l'advocada del recurrent, actuant en nom d'ell, va acceptar que el procediment esmentat es dugués a terme. El conflicte per a fixar els llindars d'ambdues parcel·les es resolgué de forma extrajudicial mitjançant el mesurament de llur superfície amb la finalitat de poder calcular i fixar així la diferència de metres existents entre l'una i l'altra. El recurrent no pot pretendre ara la nul·litat d'un acord adoptat per a resoldre un problema concret plantejat perquè la solució que finalment s'adoptà no fou la més avantatjosa per als seus interessos, ja que el procediment dut a terme sí que va ser degudament acceptat en el seu dia per tots els associats afectats (STSJC 85/2016, de 3 de novembre; recurs de cassació 178/2015; ponent: Enric Anglada Fors; RJ/2016/6335).

5.2. FUNDACIONS: MODALITAT DE CONSTITUCIÓ (ART. 331-3.3 CCCAT)

L'objecte del litigi és l'ordenació d'un llegat a favor d'una fundació que ha de ser constituïda sota el patronat de la ciutat de Barcelona, que és qui ha d'assumir en exclusiva les funcions de govern de la fundació. En cap cas, doncs, les hereves havien

d'atorgar la carta fundacional, negoci jurídic fundacional que té com a objecte crear una persona jurídica, la qual es pot constituir mitjançant actes *inter vivos* o actes *mortis causa*. En aquest darrer cas, la condició de fundador s'atribueix al testador, que manifesta així, com a contingut atípic del testament, la seva voluntat de constituir aquesta classe de persona jurídica, tot i que aquesta voluntat només resultarà eficaç i operativa una vegada mort el testador sense haver revocat el testament. Així doncs, es tracta d'un negoci jurídic que es consuma en dos temps: la declaració de voluntat fundacional en l'acte solemne testamentari i l'execució, amb integració, si s'escau, de la voluntat del testador en l'escriptura fundacional, que ha d'atorgar aquell a qui el testador hagi designat i, supletòriament, el protectorat. L'execució de la voluntat del testador per a complir els requisits que la llei exigeix per a donar vida jurídica a la fundació després de la seva mort (atorgament de la carta fundacional amb els requisits de l'art. 8 de la Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades a Catalunya, i la seva inscripció en el registre corresponent) correspon a les persones que aquest designi per a tal fi: poden ser els executors legals del testament (marmessors o hereus) si així ho ha disposat expressament el testador; però si aquesta persona designada no existeix o no compleix el seu encàrrec, serà el protectorat qui atorgarà la carta fundacional (art. 6 de la Llei 1/1982, de 3 de març; també ho refereix així ara l'art. 331-3 CCCat). En el cas, es tracta d'una fundació constituïda *mortis causa* per una persona privada, encara que l'executor fos un ens públic: la intervenció en l'acte fundacional de l'Ajuntament per a complementar el contingut legal de la fundació, estatuts, etc., no converteix la fundació en una fundació de caràcter públic, en la mesura que no és una fundació constituïda per una entitat pública amb béns de caràcter públic. El que l'article 1 de la Llei 1/1982 tractava d'impedir (i l'actual art. 331-2.1 CCCat limita) era que les administracions públiques utilitzessin indiscriminadament la constitució de fundacions per a la realització d'activitats pròpiament administratives i eludissin així els controls imposats per la normativa pública (STSC de 6 de juny de 2017; recurs de cassació 116/2016; ponent: María Eugenia Alegret Bugués; JUR/2017/218478).

RECULL DE SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA¹

Adrian Di Pizzo Chiacchio
Investigador i docent predoctoral
Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu
Universitat de Barcelona

SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA
(STJUE) (SALA SETENA) DE 2 DE MARÇ DE 2017,² SOBRE EL CONCEPTE
DE *TARIFA BÀSICA* EN LES COMUNICACIONS TELEFÒNIQUES
ENTRE COMERCIANT I CONSUMIDOR EN LA DIRECTIVA 2011/83/CE

El concepte de *tarifa bàsica* que considera l'article 21 de la Directiva 2011/83/CE³ ha d'interpretar-se en el sentit que el cost d'una trucada telefònica d'assistència, operada per un comerciant i en relació amb un contracte que ha conclòs amb el consumidor, no pot excedir el cost d'una trucada a una línia telefònica fixa geogràfica o mòbil estàndard (par. 32). Ara bé, com que no hi és regulat el concepte de *tarifa bàsica*, el seu significat i el seu abast han d'establir-se de conformitat amb el seu sentit habitual en el llenguatge corrent, tot considerant el context en què s'empra i els objectius perseguits per la normativa de què forma part (par. 19). Pel que fa al seu sentit habitual, el concepte suggereix la tarifa que correspon a una trucada estàndard (par. 20), mentre que la seva interpretació sistemàtica en el context en què s'empra (art. 6.1f) permet deduir que, tret que hi hagi indicacions en sentit contrari, la tarifa bàsica es refereix al cost estàndard

1. Aquest recull exposa les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en matèria civil que hem considerat més adients per a tractar aquí. Les sentències s'hi relacionen en ordre cronològic.

2. STJUE (Sala Setena) de 2 de març de 2017, assumpte C-568/15, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV* (associació de lluita contra les pràctiques comercials deslleials) *versus* Comtech GmbH (empresa alemanya dedicada a la comercialització de productes electrònics i elèctrics).

3. Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors, per la qual es modifiquen la Directiva 93/13/CEE del Consell i la Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell i es deroguen la Directiva 85/577/CEE del Consell i la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell (*Diari Oficial de la Unió Europea* [DOUE] 2011, L 304). L'art. 21.I de la Directiva encomana als estats membres que vetllin perquè «en cas que el comerciant operi una línia telefònica per tal de comunicar-se amb ell en relació amb el contracte celebrat, el consumidor —quan es comuniqui amb el comerciant— no estigui obligat a pagar més de la tarifa bàsica».

d'una comunicació ordinària que el consumidor pot esperar i que el comerciant no ha de comunicar-li (par. 22). Altrament, els consumidors s'abstindrien d'utilitzar la línia telefònica d'assistència per a dissipar qualssevol dubtes sobre el contracte conclòs o per a exercir els seus drets (par. 29). Per tant, el comerciant només pot imputar al consumidor les despeses que no excedeixin el cost d'una comunicació telefònica estàndard, per a la qual cosa és indiferent si n'obté o no beneficis particulars (par. 31).

STJUE (SALA DESENA) DE 30 DE MARÇ DE 2017,⁴ SOBRE
LA INCLUSIÓ DE DETERMINADES DADES DEL PROVEÏDOR
EN LA PUBLICITAT IMPRESA D'UNA INVITACIÓ A COMPRAR,
D'ACORD AMB LA DIRECTIVA 2005/29/CE

En el marc de la publicitat de productes concrets que es presenta en un mitjà imprès, quan els consumidors compren aquests productes mitjançant el lloc web que s'hi indica (això és, a través d'una plataforma en línia o plataforma digital),⁵ correspon a l'òrgan jurisdiccional nacional determinar tant si les limitacions d'espai en el text publicitari justifiquen que la informació sobre el proveïdor només consti a la plataforma digital, com si aquesta informació es comunica de manera senzilla i ràpida (par. 34). En aquest cas, l'anunci publicitari controvertit (que presentava productes de diferents venedors que podien adquirir-se a través d'una plataforma de vendes en línia) constitueix una invitació a comprar, d'acord amb el que preveu l'article 2i de la Directiva 2005/29/CE,⁶ atès que la informació que s'hi ofereix sobre els productes anunciats —que inclou el preu— és suficient

4. STJUE (Sala Desena) de 30 de març de 2017, assumpte C-146/16, Verband Sozialer Wettbewerb eV (associació alemanya integrada per proveïdors d'articles elèctrics i electrònics, entre d'altres) *versus* DHL Paket GmbH (societat alemanya que explota una plataforma de vendes en línia com a intermediària entre venedors i compradors).

5. Vegeu una anàlisi global dels problemes que presenten les plataformes digitals o en línia, feta a partir de l'examen d'una proposta de directiva, a Adrian Di Pizzo Chiacchio, «Rol y régimen jurídico de las plataformas en línea en el *Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*», a UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA, *Managing Risk in the Digital Society. 13th International Conference on Internet, Law & Politics. Barcelona, CosmoCaixa, 29-30 June 2017*, Barcelona, UOC, 2017. Disponible a: http://bit.ly/IDP_2017, p. 288-304.

6. Directiva 2005/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors en el mercat interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consell, les directives 97/7/CE, 98/27/CE i 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell i el Reglament (CE) núm. 2006/2004 del Parlament Europeu i del Consell (DOUE 2005, L 149). L'art. 2i de la Directiva disposa que és invitació a comprar la «comunicació comercial que indica les característiques del producte i el seu preu d'una manera adient al mitjà de la comunicació comercial utilitzat, i permet així al consumidor efectuar una compra».

per tal que el consumidor pugui prendre una decisió (par. 25). Tanmateix, l'article 7.4*b* de la Directiva considera substancial que, en la informació presentada en el context d'una invitació a comprar, el venedor hi especifiqui la seva adreça geogràfica i la seva identitat, exigència que s'ha d'interpretar d'acord amb el context físic i les limitacions del mitjà utilitzat (par. 26 i 28),⁷ tal com especifica l'article 7.3 de la Directiva (par. 27). Així, en un mitjà imprès en què es fa publicitat d'una plataforma en línia que permet comprar-hi productes hi pot haver limitacions d'espai (par. 29) que exceptuïn l'exigència en relació amb l'adreça i la identitat del comerciant, i més si el consumidor pot esbrinar aquestes dades al lloc web de la plataforma (par. 30).

STJUE (SALA DESENA) DE 20 DE JULIOL DE 2017,⁸
 SOBRE ELS CONCEPTES DE *PRÀCTICA COMERCIAL DESLLEIAL*
 I *PRODUCTE* DE LA DIRECTIVA 2005/29/CE EN RELACIÓ
 AMB LES AGÈNCIES DE COBRAMENT

La relació jurídica entre una agència privada de gestió de cobraments i el deutor incomplidor d'un contracte de crèdit al consum —el deute del qual ha estat cedit a la primera— està inclosa en l'àmbit d'aplicació de l'article 2*d* de la Directiva sobre pràctiques comercials deslleials.⁹ Atès que aquest precepte empra una fórmula força àmplia per a definir el concepte de *pràctiques comercials* —les quals han d'estar relacionades directament amb la promoció o la venda d'un producte als consumidors—,¹⁰ les activitats de gestió de cobrament que porta a terme l'agència per tal d'aconseguir el pagament del seu crèdit estan incloses dins del concepte de *producte* que assenyala l'article 2*c* de la Directiva (par. 23). El fonament d'aquesta interpretació és que l'expressió «directament relacionat amb [...] la venda [...] d'un producte» inclou totes les mesures adoptades no només en relació amb la conclusió del contracte, sinó també en relació amb la seva execució, particularment les que s'adrecen a obtenir el pagament

7. Concretament, l'art. 7.4*b* de la Directiva estableix que «[e]n els casos en què hi hagi una invitació a comprar es considerarà substancial la informació que figura a continuació, si no es desprèn clarament del context: l'adreça geogràfica i la identitat del comerciant, com ara el seu nom comercial i, si escau, l'adreça geogràfica i la identitat del comerciant per compte del qual actua».

8. STJUE (Sala Desena) de 20 de juliol de 2017, assumpte C-357/16, UAB Gelvora (agència privada de gestió de cobraments) *versus* Valstybinė Vartotojų Teisių Apsaugos Taryba (oficina nacional lituana de protecció dels drets dels consumidors).

9. Directiva 2005/29/CE.

10. L'art. 2*d* de la Directiva estableix que és pràctica comercial «tot acte, omisió, conducta o manifestació, o comunicació comercial, incloses la publicitat i la comercialització, procedent d'un comerciant i directament relacionat amb la promoció, la venda o el subministrament d'un producte als consumidors».

del producte (par. 21), tal com ho assenyalen les orientacions relatives a l'execució/aplicació de la Directiva 2008/29/CE (par. 26).¹¹

STJUE (SALA DESENA) DE 7 DE SETEMBRE DE 2017,¹²
SOBRE EL CONCEPTE DE *CONTRACTE DE COMPRAVENDA*
EN LA DIRECTIVA 1999/44/CE

La Directiva 1999/44/CE¹³ limita el seu àmbit d'actuació al contracte de compravenda i, tot i que no en defineix el concepte (par. 29 i 30), no es remet a l'ordenament dels estats membres per tal d'interpretar-lo. Per tant, la Directiva designa un concepte autònom de *contracte de compravenda*, que ha de ser interpretat de manera uniforme dins de la Unió Europea (par. 32). En aquesta línia, el concepte de *venda* que se'n desprèn també s'estén als contractes que poden romandre inclosos en altres categories contractuals —com ara l'arrendament de serveis i d'obra (par. 34)—, fet pel qual la Directiva no només s'aplica als contractes de compravenda *stricto sensu*, sinó també a determinades categories que comporten una prestació de serveis (par. 37), però de caràcter accessori a la compravenda (par. 38). Per aquesta raó, un contracte d'obra com el controvertit (la construcció d'una piscina particular amb defectes en el sistema de neteja i de bombes) no constitueix un contracte de compravenda en virtut de la Directiva (par. 46), fonament que n'exclou l'aplicació al supòsit a fi d'exercitar els drets secundaris de garantia —relatius a la reducció del preu i a la resolució del contracte— que preveu l'article 3.5 de la Directiva.

STJUE (SALA SEGONA) DE 20 DE SETEMBRE DE 2017,¹⁴
SOBRE LA CLÀUSULA EN VIRTUT DE LA QUAL S'ESTABLEIX
EL CRÈDIT EN DIVISA ESTRANGERA I EL SEU CARÀCTER ESSENCIAL
EN ELSENTIT DE LA DIRECTIVA 93/13/CE

En un contracte de crèdit en divisa estrangera que ha estat conclòs entre un professional i un consumidor, la clàusula en virtut de la qual s'estableix que el prestatari

11. Vegeu COMISSIÓ EUROPEA, «Orientacions relatives a l'execució/aplicació de la Directiva 2005/29/CE, relativa a les pràctiques comercials deslleials, de 25 de maig de 2016», *Staff Working Documents* (SWD) (2016) 163 final, par. 1.1.1.

12. STJUE (Sala Desena) de 7 de setembre de 2017, assumpte C-247/2016, Heike Schottelius *versus* Falk Seifert.

13. Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum (DOUE 1999, L 171).

14. STJUE (Sala Segona) de 20 de desembre de 2017, assumpte C-186/16, Ruxandra Paula Andriciu i altres *versus* Banca Românească SA.

haurà de retornar el crèdit en la mateixa divisa —i que no ha estat negociada individualment— forma part de l'objecte del contracte en el sentit de l'article 4.2 de la Directiva 93/13/CE.¹⁵ En aquesta línia, les expressions «objecte principal del contracte» i «adequació entre preu i retribució», d'una banda, i «serveis o béns que hagin de proporcionar-se com a contraprestació», de l'altra, han de ser objecte d'una interpretació autònoma i uniforme en tota la Unió Europea (par. 34). Per això, tenint en compte que el fet que un crèdit s'hagi de retornar en una determinada moneda fa referència a la pròpia naturalesa de l'obligació del deutor, la clàusula controvertida constitueix un element essencial del contracte de préstec (par. 38). Per tant, aquesta clàusula no pot considerar-se abusiva si està redactada de manera clara i comprensible (par. 41). Aquesta circumstància concorre si, pel que fa als contractes de crèdit, les institucions financeres faciliten als prestataris informació suficient sobre l'apreciació o la depreciació de la divisa en què s'ha conclòs el préstec a fi que puguin prendre decisions fundades i prudents (par. 51). En qualsevol cas, per a determinar si la clàusula causa un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts, d'acord amb el que estableix l'article 3.1 de la Directiva, l'apreciació del caràcter abusiu ha de realitzar-se en relació amb el moment en què el contracte ha estat conclòs (par. 58).

STJUE (SALA SEGONA) DE 27 DE SETEMBRE DE 2017,¹⁶
 SOBRE ELTRACTAMENT DE DADES PERSONALS EN LLISTATS
 CREATS PER L'ADMINISTRACIÓ TRIBUTÀRIA SENSE
 EL CONSENTIMENT DE LA PERSONA INTERESSADA
 EN RELACIÓ AMB LA DIRECTIVA 95/46/CE

Les dades que figuren en llistes amb informació de caràcter fiscal creades per instàncies tributàries (en què es relacionen determinades persones físiques amb una o més persones jurídiques respecte de les quals aquelles ocupen llocs directius ficticis) a fi de recaptar impostos i de lluitar contra el frau fiscal, són «dades personals» en virtut de l'article 2a de la Directiva 95/46/CE,¹⁷ perquè identifiquen o permeten identificar

15. Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors (DOUE 1993, L 95). L'art. 4.2 de la Directiva estableix una excepció al mecanisme de control de fons de les clàusules abusives: «L'apreciació del caràcter abusiu de les clàusules no es referirà a la definició de l'objecte principal del contracte ni a l'adequació entre preu i retribució, d'una banda, ni als serveis o béns que hagin de proporcionar-se com a contrapartida, de l'altra, sempre que dites clàusules es redactin de manera clara i comprensible».

16. STJUE (Sala Segona) de 27 de setembre de 2017, assumpte C-73/16, Peter Puškár i Finančné Riaditeľstvo Slovenskej Republiky (Direcció de Tributs de la República Eslovaca) *versus* Kriminálny Úrad Finančnej Správy (Unitat de Delictes de l'Administració Tributària, Eslovàquia).

17. Directiva 95/46/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 24 d'octubre de 1995, relativa a la

una persona física (par. 33). En conseqüència, tant la recollida d'aquelles dades com la seva utilització per diferents instàncies tributàries tenen la consideració de «tractament de dades personals», segons l'article 2*b* de la Directiva (par. 34). En aquesta línia, l'article 7^e¹⁸ de la Directiva no s'oposa que, sense que consti el consentiment de les persones interessades, les autoritats dels estats membres en tractin les dades personals amb finalitat recaptatòria i de lluita contra el frau fiscal. No obstant això, han de concórrer determinats pressupòsits: *a*) la normativa nacional ha de conferir missions d'interès públic a aquestes autoritats; *b*) l'elaboració de les llistes i la inclusió en aquestes de les persones interessades han de ser idònies i necessàries per a assolir els objectius previstos inicialment; *c*) han d'existir prou motius per a fonamentar la inclusió en les llistes de les persones interessades, i *d*) finalment, s'han de complir les condicions a fi que el tractament en qüestió sigui lícit (par. 117) d'acord amb el principi de licitud establert en la Directiva (art. 5 i 6.1*a*).

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). L'art. 2*a* de la Directiva defineix les dades personals com «tota informació sobre una persona física identificada o identificable ("l'interessat")»; es considerarà identificable tota persona la identitat de la qual pugui determinar-se, directament o indirecta, en particular a través d'un número d'identificació o un o diversos elements específics, característics de la seva identitat física, fisiològica, psicològica, econòmica, cultural o social».

18. L'art. 7 de la Directiva afirma: «Els Estats membres disposaran que el tractament de dades personals només pugui efectuar-se si: [...] e) és necessari per al compliment d'una missió d'interès públic o inherent a l'exercici del poder públic conferit al responsable del tractament o a un tercer a qui es comuniquin les dades».

L'EXCLUSIÓ DEL SUPÒSIT D'ADJUDICACIÓ DIRECTA D'IMMOBLES EN L'APLICACIÓ DE LA RESCISSIÓ PER LESIÓ *ULTRA DIMIDIUM*. COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA 12/2017, DE 13 DE MARÇ DE 2017 (RJ/2017/2082)

Rosa Barceló Compte

Investigadora predoctoral

Grup de Recerca en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies

Universitat de Barcelona

Resum

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 12/2017, de 13 de març de 2017, exclou la possibilitat de rescindir per lesió la compravenda efectuada a través d'un procediment d'adjudicació directa, ja que assimila la naturalesa d'aquesta figura a la de la subhasta, exceptuada de l'àmbit d'aplicació de la lesió en més de la meitat per l'article 321 de la Compilació de dret civil de Catalunya. Tanmateix, l'exclusió del supòsit de subhasta de l'acció rescissòria desapareix en la nova regulació dels contractes i les obligacions del Codi civil de Catalunya.

Paraules clau: *laesio ultra dimidium*, subhasta, avantatge injust, Codi civil de Catalunya, acció rescissòria.

LA EXCLUSIÓN DEL SUPUESTO DE ADJUDICACIÓN DIRECTA DE INMUEBLES EN LA APLICACIÓN DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN *ULTRA* *DIMIDIUM*. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 12/2017, DE 13 DE MARZO DE 2017 (RJ/2017/2082)

Resumen

La STSJC 12/2017, de 13 de marzo de 2017, excluye la posibilidad de rescindir por lesión la compraventa efectuada a través de un procedimiento de adjudicación directa, ya que asimila la naturaleza de esta figura a la de la subasta, exceptuada del ámbito de aplicación de la lesión en más de la mitad por el artículo 321 de la Compilación del derecho civil de Cataluña. Con todo, la exclusión del supuesto desaparece en la nueva regulación de los contratos y las obligaciones del Código civil de Cataluña.

Palabras clave: *laesio ultra dimidium*, subasta, ventaja injusta, Código civil de Cataluña, acción rescisoria.

EXCLUSION OF REAL STATE DIRECT AWARDING UNDER
THE APPLICATION OF *LAESIO ENORMIS* DOCTRINE. TEXT COMMENTARY
ON THE JUDICIAL DECISION OF THE HIGH COURT OF JUSTICE
OF CATALONIA 12/2017, OF 13 MARCH 2017

Abstract

The judicial decision nº 12/2017, of 13 of March, excludes the possibility to rescind a contract of real state direct awarding justifying it because of the similar nature of this figure with the auction procedure, which is kept out from the application of *laesio enormis* doctrine under the article 321 of the Catalan compilation of civil law. However, under the new regulation on obligations and contracts of the Catalan civil code, the exclusion of the auction procedure from the rescission remedy disappears.

Keywords: *laesio ultra dimidium*, auction, unfair advantage, Catalan civil code, rescission action.

1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

El supòsit de la resolució judicial és el següent: el sr. I. va comprar la finca objecte de litigi el 17 de desembre de 1997. El 17 de desembre de 2006 fou anotat en el Registre de la Propietat l'embargament de la finca per l'Agència Tributària arran d'un procés de recaptació d'assistència mútua seguit contra el sr. I. i derivat d'una actuació de la hisenda pública britànica.

Arran d'aquest embargament, la parella del sr. I. (la sra. E.) va entaular una demanda a fi de reivindicar la propietat de la meitat indivisa de la finca. La demanda fou estimada pel Jutjat de Primera Instància Número 33 de Barcelona, que dictà una sentència per la qual reconeixia la titularitat de la meitat indivisa de la finca a la sra. E. El demandat era el mateix sr. I., que s'havia aplanat a la demanda.

Tot seguit, la sra. E. va instar una tercera de domini contra l'Agència Estatal d'Administració Tributària (AEAT) en relació amb la finca, tercera que fou desestimada i per això el procediment es va seguir sobre la totalitat de la finca.

En el procediment de constrenyiment, la sra. E. va aportar —abans que tingués lloc la primera subhasta— un contracte d'arrendament de la finca a favor seu amb una vigència de tres anys a partir del 2007 i amb una renda mensual de quatre-cents euros, cosa que podia afectar la concurrència de licitadors a la subhasta.

Finalment, en el si del procediment de constrenyiment de l'AEAT la finca fou adjudicada a l'empresa ETSL. Les dues primeres subhastes van quedar desertes i es va seguir el procediment d'adjudicació directa, sense preu mínim.

El sr. I. planteja un recurs de cassació articulat en un únic motiu per infracció de l'article 321 de la Compilació de dret civil de Catalunya (CDCC), ja que l'adjudicació realitzada per l'AEAT a ETSL va ser satisfeta per un preu inferior a la meitat de la taxació realitzada per l'AEAT abans de procedir a la subhasta en el procediment de constrenyiment.

Per tant, la qüestió que planteja el cas és si l'alienació d'un bé immoble a través d'un procediment d'adjudicació directa portat a terme per l'Administració exclou o no la possibilitat d'aplicar la figura jurídica de la lesió *ultra dimidium*.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) desestima el recurs de cassació perquè assimila la naturalesa de l'adjudicació directa amb la del procediment de subhasta administrativa, cosa que comporta que les alienacions fetes mitjançant la figura jurídica restin excloses de la rescissió per lesió (tal com es desprèn de l'art. 32 CDCC). És a dir, atès que es tracta d'un procediment d'execució forçosa del patrimoni del deutor, en què l'Administració adjudica el bé a la millor oferta (postura) a través del procediment administratiu previst i en el marc del susdit procés d'alienació forçosa, s'infereix que, tot i la denominació d'adjudicació directa *ex* article 107.1 del Reglament general de recaptació, realment s'està davant d'una hipòtesi substancialment idèntica a la subhasta.¹

2. LA RESCISSIÓ PER LESIÓ EN LA COMPILACIÓ DE DRET CIVIL DE CATALUNYA

L'article 321 CDCC, incorporat pel Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, regula la institució de la rescissió per lesió. Aquest instrument, propi del dret civil català, permet una protecció de la part feble de l'*iter contractual*. Així, l'article 321 CDCC estableix la possibilitat de rescindir els contractes onerosos relatius a béns immobles en què l'alienant hagi sofert una lesió en més de la meitat del preu just. Tanmateix, el segon paràgraf de la norma estableix una sèrie d'excepcions a l'acció rescissòria:

Aquesta acció rescissòria no serà procedent en les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública, ni en aquells contractes en els quals el preu o contraprestació hagi estat decisivament determinat pel caràcter aleatori o litigiós del que s'adquireix o pel desig de liberalitat de l'alienant.

1. En un sentit contrari va resoldre la STSJC de 17 de juny de 2002 (president: Antoni Bruguera i Munté). Vegeu també l'anàlisi del vot particular de la sentència objecte de comentari: *infra*, ap. 3.

2.1. EL PRESSUPÒSIT OBJECTIU DE LA LESIÓ *ULTRA DIMIDIUM*

La lesió *ultra dimidium* com a causa de rescissió dels contractes no es defineix per la presència d'un consentiment viciat, sinó per l'existència de la lesió; per tant, a partir d'un fonament purament objectiu, sense vinculació a l'existència d'un vici del consentiment.² Així, la STSJC de 20 de desembre de 1990 (RJ\1992\2580) ja estableix:

Si la desproporción del precio es tan enorme que excede de la mitad, resultando precio vil o rayano en irrisorio el estipulado, la venta torna rescindible por el solo hecho de la lesión salvo que el comprador desvirtúe por prueba en contrario la presunción *iuris tantum* de que en tal supuesto el vendedor no contrató libremente, sino con la voluntad captada por error o por engaño, o acuciado por necesidad agobiante de vender [...].³

2. La figura jurídica de la rescissió per lesió entronca amb el Codi de Justinia (C. 4, 44, 2) sense passar per la revolució liberal i connecta amb la tradició jurídica medieval, que estén l'àmbit d'aplicació de la rescissió justiniana. A més, configura l'equilibri de les prestacions, amb un marge d'un 50 %, com a element essencial del contracte. La institució de la rescissió per lesió es manté en la Compilació catalana, per tant, des d'una vessant purament objectiva. Així ho assenyala Miquel MARTÍN CASALS, «Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana», a Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid, EDESA, 1987, p. 497 i 498: «[...] en resumen, el fundamento de la lesión *ultra dimidium* en la Compilación catalana es puramente objetivo. La institución actúa como norma causal de la onerosidad, distinta a la del Código civil, que exige, además de la recíproca causalidad de prestaciones, la observancia de una equivalencia económica no inferior a la mitad del justo precio. La presencia de una l.u.d. en un contrato ocasiona un defecto o vicio de la causa onerosa. Dado que ésta exige un mínimo de equivalencia no inferior a la mitad del justo precio, cuando no se alcance ese mínimo estará viciada. Como ha señalado la doctrina más autorizada, no puede objetarse a esta postura que las anomalías causales contempladas en el Código civil (cfr. arts. 1275, 1276, 1305 y 1306) provocan la nulidad del contrato. Esas anomalías provienen de la ausencia de causa (art. 1275 CC, inexistencia; art. 1276 CC, falsedad) o del choque frontal de las causas previstas con el ordenamiento (art. 1275 del CC., causa ilícita; arts. 1305 y 1306, causa torpe), pero no está contemplado en el Código civil un supuesto parecido a la rescisión por l.u.d., ya que en el artículo 1291.1.º y 2.º, del CC —que procede de la *restitutio in integrum* de los menores— lo que se protege es el interés de quien ha contratado (ausente o sometido a tutela) por medio de un representante legal sin poder hacerlo personalmente y por ello desde un punto de vista subjetivo. El resultado es que en el Código civil la rescisión por lesión —*restitutio in integrum minorum* que tiene como presupuesto una lesión, no rescisión por l.u.d.— sólo se admite combinada con la deficiente gestión de intereses ajenos y en cuanto remedio a la misma, mientras que en la Compilación, si la lesión es *ultra dimidium*, por sí misma, provoca en un contrato que tiene causa y si ésta es onerosa, un vicio causal que no ocasiona la nulidad, sino otro tipo de ineficacia, la rescindibilidad, dado que ese vicio, por su naturaleza —falta de equivalencia mínima requerida— es perfectamente subsanable».

3. En el mateix sentit, vegeu la STSJC 8/2012, de 23 de gener de 2012 (fonament jurídic [FJ] 1r, par. 2n) (RJ 2012/4210): «Així, en la CDCC; el concepte de rescissió per lesió, es refereix als contractes que s'han dut a terme de manera eficaç, vàlida i efectiva, però, com que han produït un perjudici a una de les parts i produeixen resultats injustos, la llei permet, a instàncies del perjudicat, obtenir la declaració de la seva ineficàcia, perquè la venda per menys de la meitat del preu just i l'acció de rescissió que d'ella se'n

Que la rescissió per lesió de la Compilació actua com a norma causal de l'onerositat que tutela l'equivalència objectiva de les prestacions, ho argumenta, entre altres, Martín Casals.⁴ La rescissió per lesió es fonamenta en un vici o efecte de la causa onerosa, que el legislador català considera oportú prendre en consideració quan la lesió supera en més de la meitat el preu just del bé immoble alienat. L'estructura econòmica del contracte tendeix al resultat econòmic de la seva causa típica; la causa onerosa, per tant, s'inclina cap a l'equivalència econòmica de les prestacions. Així doncs, la inexistència absoluta d'una equivalència de les prestacions denota una manca de subsistència de la causa onerosa⁵ (fonament jurídic [FJ] 4t, par. 2n).

La lesió produïda determina una ruptura de l'equilibri econòmic del contracte en la fase de formació d'aquest (*laesio ab initio*).⁶

Malgrat que els límits a l'autonomia de la voluntat no constitueixen un tema nou en l'àmbit civil, sí que es detecta l'extensió d'un moviment doctrinal que pretén redefinir el principi d'igualtat contractual sobre criteris de solidaritat entre les parts.⁷ Hi farem referència *infra* (ap. 4).

deriva no signifiquen ni fan presumir que el venedor va contractar amb la voluntat viciada per engany, error o necessitat peremptòria, atès que això seria una postura subjectivista que consideraria la lesió com un vici del consentiment amb una regulació semblant a la dels articles 1265 i següents del Codi civil». En la mateixa línia també s'hi refereix la STSJC 34/2006, de 18 de setembre de 2006 (RJ 2006/8118).

4. Miquel MARTÍN CASALS, «Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur del dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 173.

5. María Rosa LLÁCER MATAÇAS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 92 i seg.

6. El desequilibri sobrevingut (*laesio superveniens*) dona peu a l'aplicació del remei de la *hardship* o alteració sobrevinguda de les circumstàncies, present en el dret contractual europeu: *cfr.* art. 6:111 dels Principis de dret contractual europeu o Principis Lando (PECL), art. III.-1:110 del Projecte de Marc Comú de Referència (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR), art. 6.2.1-6.2.3 dels Principis UNIDROIT (2010), art. 89 del decaigut Projecte de reglament sobre un instrument opcional en matèria de compravenda (COM[2011] 635 final, CESL) i art. 313 del Codi civil alemany (BGB). En el nostre entorn, l'encunyació jurisprudencial de la *rebus sic stantibus* ha estat objecte d'un gir jurisprudencial favorable a la seva aplicació arran de la Sentència del Tribunal Suprem (STS) de 30 de juny de 2014 (RJ/2014/3526). Vegeu l'estat de la qüestió i el plantejament entorn de la *rebus* que planteja M. Ángeles PARRA LUCÁN, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 2015, p. 1 i seg. Vegeu també el «maridatge» entre la *rebus* i l'avantatge injust a Gemma RUBIO GIMENO, «Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», a Mariló GRAMUNT FOMBUENA i Carles E. FLORENSA I TOMÀS, *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 197-224.

7. Vegeu, per exemple, Brigitta LURGER, «The “social” side of Contract Law and the new Principle of Regard and Fairness», a Arthur HARTKAMP, Ewoud HONDIUS, Chantal MAK i Edgar DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, p. 366 i seg.

2.2. L'ALIENACIÓ MITJANÇANT SUBHASTA: SUPÒSIT EXCLÒS DE L'APLICACIÓ DE LA RESCISSIÓ PER LESIÓ

Com ja hem indicat *supra*, la causa onerosa tutela una equivalència objectiva entre les prestacions intercanviades per les parts del contracte i possibilita la rescissió d'aquells contractes en què no s'observa un grau mínim de correlació econòmica o d'equivalència de les prestacions.⁸ La rescissió per lesió es configura, per tant, com un supòsit d'ineficàcia contractual que té com a fonament una causa onerosa anòmala (*cfr.* art. 321 CDCC en relació amb l'art. 1274 del Codi civil espanyol [CC]). Convé recordar, no obstant això, que el nostre ordenament no pressuposa ni pretén preservar el principi iusnaturalista de la igualtat de les prestacions intercanviades pròpies de la causa onerosa segons el qual cada contractant obté el mateix que l'altre i cap d'ells no pot ser gravat per l'altre després de l'execució del contracte. Aquest principi fou superat amb la consagració del principi de l'autonomia de la voluntat, que exclou el control sobre l'economia del contracte.⁹

En la compravenda que es vehicula mitjançant subhasta es presumeix que el preu obtingut és el millor de tots els possibles i es justifica, així, l'exclusió de la rescissió *ultra dimidium*.¹⁰

En aquest sentit, en les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública el preu no és determinat lliurement per les parts, sinó que s'obté d'una taxació objectiva prèvia i en una licitació pública posterior. El Reglament general de recaptació (Reial decret 939/2005, de 20 de juliol; d'ara endavant, RGR) estableix com a pas previ a tota alienació forçosa d'un immoble embargat, la seva valoració a «precios de mercado y de acuerdo con los criterios habituales de valoración» (*ex* art. 97.1 RGR).

Aquesta valoració que efectua l'Administració es notifica al deutor, el qual, si no hi està d'acord, pot presentar una valoració contradictòria (art. 97.3 RGR), i caldrà realitzar una tercera valoració si hi ha discrepància (art. 97.4 RGR). L'import que resulti d'aquests tràmits és el que es fixarà com a preu tipus de la subhasta que s'hagi de celebrar (art. 97.6 RGR).

8. En els casos de contraprestació *nummus unus* no s'observa l'equivalència econòmica necessària a què tendeix la causa onerosa (*ex* art. 1289.1 CC) i, per tant, no podem afirmar que existeixi la causa típica; la inexistència absoluta d'equivalència econòmica impossibilita la causa onerosa. Així ho comenten Miquel MARTÍN CASALS, *Lesió «ultra dimidium» i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació*, tesi doctoral, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1984, p. 212, i María Rosa LLÁCER MATAÇAS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil*, p. 101.

9. María Rosa LLÁCER MATAÇAS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil*, p. 58 i seg.

10. Convé recordar que l'art. 321.2 CDCC diu: «Aquesta acció rescissòria no serà procedent en les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública [...]».

La STSJC de 17 de juny de 2002¹¹ ja assenyala que «aquesta valoració prèvia a la subhasta és garantia fonamental per als drets de l'executat i té per a ell una importància cabdal ja que li assegura que, a pesar de l'alienació forçosa, l'immoble embargat no serà subhastat per sota del seu valor real de mercat» (FJ 4t, par. 5è).

Aquest acord de procedir a la subhasta s'ha de notificar a les persones interessades (art. 101.2 RGR) i s'ha de donar la màxima publicitat a la convocatòria (art. 101.3 RGR) per tal que puguin prendre part en la subhasta totes les persones amb capacitat. La subhasta s'ha de celebrar davant la mesa (art. 101.4 RGR).

Per tant, podem concloure que a través de «la salvaguarda d'aquests requisits ineludibles (una valoració objectiva contradictòria a preus de mercat, un tipus de subhasta determinat per aquella valoració objectiva i prèvia, la màxima publicitat de la convocatòria, la lliure concurrència de licitadors i la solvència de la mesa) queden garantits els drets del deutor i a l'ensem la subhasta compleix la seva funció d'alienació per al cobrament del deute» (STSJC 17/2002, de 17 de juny de 2002, FJ 4t, par. 7è).

Per aquest motiu, l'article 321.1 CDCC exclou la rescissió per lesió de les compravendes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública, ja que el preu no el determinen lliurement les parts, sinó que ja ha estat establert amb anterioritat pel procediment administratiu; i per això «la Compilació catalana presumeix *iuris et de iure*, a fi de preservar la seguretat jurídica de l'adjudicació feta en subhasta pública, que en la venda en subhasta pública el preu obtingut és el més alt que es podia obtenir per la cosa venuda i que era el seu veritable valor en venda sense possible lesió per a ningú» (STSJC 17/2002, de 17 de juny de 2002, FJ 4t, par. 8è). Així doncs, s'esdevé una presumpció de preu just en les compravendes realitzades mitjançant subhasta judicial.¹²

11. La Sentència de 17 de juny de 2002 no es troba en les principals bases de dades, però és accessible en el comentari de Lluís PUIG I FERRIOL, *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2001-2002*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2005, p. 204-213.

12. Tanmateix, el preu que s'obtingui de la subhasta no ha de coincidir, necessàriament, amb el preu just. Vegeu Miquel MARTÍN CASALS, «Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana», p. 518: «Si el justo precio de un objeto es aquel que resulta de la común estimación de los hombres (precio común, y diríamos hoy, precio de equilibrio del mercado), el precio que se obtiene en pública subasta no tiene por qué coincidir con él. El precio de remate será el precio singular que aquel que ofrece más esté dispuesto a pagar, por motivaciones individuales y subjetivas. En base a esas motivaciones individuales, el precio alcanzado podrá ser muy elevado, si elevado es el interés de los licitantes concurrentes en la obtención del objeto, o muy bajo, en caso contrario, pero nunca, por definición, el precio común [...]. Como ha señalado algún autor, la exclusión obedece a una razón de orden práctico: el interés social en la estabilidad de los remates y la evitación de un sinnúmero de pleitos. Razón a la cual cabe añadir otra de orden teórico: la incompatibilidad institucional entre el mecanismo de la compraventa en pública subasta y el rescisorio por l.u.d. La primera tiene por objeto la adjudicación al mejor postor, sea cual sea el precio alcanzado. La segunda tiene la misión de tutelar la observancia de un cierto grado de equivalencia entre el precio pagado y el justo precio o precio de mercado del inmueble enajenado. La aplicación de la institución rescisoria iría

Tanmateix, en el supòsit descrit en el cas, la venda es realitza mitjançant la gestió i l'adjudicació directa regulades en l'article 107 RGR,¹³ i no mitjançant subhasta judicial. Cal plantejar-se si l'article 321.1 CDCC exclou, també, l'acció rescissòria en les compravendes realitzades mitjançant aquest tipus de procediment d'alienació de béns o drets embargats (art. 100.1 i 107 RGR). El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la sentència que comentem, ho resol en clau afirmativa.

2.3. L'ADJUDICACIÓ DIRECTA COM A SUPÒSIT EXCLÒS DE L'ACCIÓ RESCISSÒRIA

En la Sentència, el TSJC entén que les raons per les quals s'exclou la rescissió en els supòsits de subhasta judicial són les mateixes que impedeixen l'activació del mecanisme rescissori *ex* article 321 CDCC en el supòsit d'adjudicació directa descrit en el cas i assenyalat:¹⁴

Puede afirmarse, por tanto, que en los procedimientos de apremio por deudas tributarias la adjudicación directa constituye la última fase de la subasta y, de hecho, en lo no previsto expresamente para aquella, se dispone que deberá estarse a lo regulado para esta (art. 107.8 RGR). Por ello ambas formas de realización pueden asimilarse a los efectos que aquí se debaten, ya que en la adjudicación directa concurren las mismas razones que, según hemos dicho *ut supra*, justifican la exclusión de la rescisión por lesión *ultra dimidium* en la subasta. (FJ 4t, ap. 4, par. 2n)

La naturalesa administrativa del procediment de constrenyiment (*ex* art. 163.1 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària [LGT]) permet entendre que aquest procediment, segons el criteri establert pel magistrat Puig Ferriol en el seu vot particular incorporat a la Sentència de 17 de juny de 2002,¹⁵ «no és altra cosa que un

contra la finalidad práctica de la subasta, obligando a desistir de ella en el caso que, a pesar de las subastas sucesivas, no se pudiera alcanzar un precio de remate no lesivo».

13. Vegeu l'art. 107 del Reglament general de recaptació (Reial decret 939/2005, de 20 de juliol).

14. A més a més, la STSJC també fa referència a l'adjudicació directa com un contracte no civilista i que, per tant, no pot ser analitzat des de la vessant privada. *Cfr.* FJ 4t, par. 3r, 6: «[...] tanto porque el deudor propietario del bien inmueble embargado carece de libertad para prestar el consentimiento a su transmisión, como porque, aunque se respete el principio de composición y de contradicción en la valoración del inmueble (art. 97.3 RGR), no puede hablarse de igualdad de partes, al ser una de ellas la Administración Tributaria en el ejercicio de funciones públicas —gestión recaudatoria—, cuyo adecuado control, por tanto, solo puede atribuirse al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arts. 1 y 2 LJCA) y, en cualquier caso, no está expresamente atribuido al civil (art. 3.a LJCA), con la salvedad de las especialidades previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (cfr. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción núm. 1/2016 de 27 abril)».

15. Vegeu el paràgraf segon del vot particular emès pel magistrat Lluís Puig i Ferriol en la STSJC de 17 de juny de 2002.

seguit d'actes interrelacionats entre ells, als quals escau la qualificació d'actes administratius, que no són altra cosa que una modalitat d'actes jurídics, que es defineixen com manifestació de voluntat destinada i apta per a produir efectes jurídics; amb la particularitat que l'acte administratiu de forma unilateral produeix efectes jurídics que s'imposen als seus destinataris sense comptar amb la seva voluntat perquè es presumeix la seva conformitat amb l'ordenament jurídic».

En la Sentència de 17 de juny de 2002, que resolva un cas similar al de la sentència del 2017, el TSJC va resoldre afirmant la possibilitat de rescissió per lesió en el supòsit d'adjudicació directa de béns embargats per deutes tributaris.¹⁶ Per tant, observem que la resolució de les dues sentències és de signe contrari. Així, l'any 2002 el TSJC argumentava que hi havia diferències consubstancials entre les subhastes públiques i les vendes mitjançant gestió i adjudicació directa i que, per tant, l'exclusió de la rescissió en els supòsits d'alienació per subhasta judicial no impregnava els casos de venda mitjançant la gestió i l'adjudicació directa. Així, en la Sentència de 17 de juny de 2002 el TSJC observava que en l'adjudicació directa:¹⁷

a) No es té en compte cap valoració objectiva ni contradictòria prèvia perquè no existeix preu mínim per a l'adjudicació (art. 150.3.b).

b) No hi ha doncs, cap tipus de valoració ni preu mínim per a l'alienació. El preu es fixa lliurement entre l'adjudicador i l'adjudicatari sense intervenció de l'executat.

c) Tampoc no hi ha publicitat obligatòria perquè es deixa al criteri de l'adjudicador fer-la o no (art. 150.2).

d) Sense una publicitat objectiva no és possible aconseguir la lliure concurrència; i menys en aquest cas, en què s'havia establert un termini màxim de 6 mesos per a l'adjudicació directa i just al cap d'un mes ja s'havia adjudicat.

e) D'aquesta manera no es pot dir —ni presumir— que s'ha obtingut el millor preu.

f) Podrà, sí, ser un preu suficient per pagar el crèdit, però pot ser absolutament lesiu per a l'executat, cosa que, justament i precisa, és el que ha succeït en aquest cas, com s'evidencia seguidament.¹⁸

16. Lluís PUIG I FERRIOL, *Jurisprudència civil del Tribunal Superior*, p. 204 i seg.

17. Els motius de distinció entre ambdós procediments els trobem descrits en la STSJC de 17 de juny de 2002. Segons el TSJC, «queda demostrat que l'adjudicació directa no és igual, ni idèntica ni equiparable i ni tan sols semblant a la subhasta pública, ja que no compta amb cap de les garanties inherents i consubstancials a aquesta darrera» (FJ 7è, par. 1r). El Reglament general de recaptació al qual fa referència la STSJC de juny de 2002 és el que estava vigent en aquell moment (Reial decret 1684/1990, de 20 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament general de recaptació).

18. En la sentència que comentem, el preu també esdevé lesiu, ja que el preu final pel qual s'adjudica la finca a ETSL és d'1.501.125 euros, mentre que en la primera licitació el tipus que es fa servir és el valor

En la sentència que comentem, però, el Tribunal recorda que la rescissió per lesió es fonamenta en un vici o defecte de la causa onerosa (vegeu-ne el subapartat 2.1) i s'aplica, únicament, als contractes que es fonamenten en una causa onerosa *ex* article 1274 CC (FJ 4t, par. 3r). En aquest sentit, per tant, d'acord amb la configuració dels actes administratius, és l'Administració qui en determina els efectes, com a actes unilaterals que són; i la conseqüència és que aquest vici o defecte causal de l'onerositat no se'ls pot aplicar.¹⁹

En conseqüència, en la sentència del 2017 el TSJC equipara la naturalesa de l'adjudicació directa amb la de la subhasta pública i exclou l'aplicació de la rescissió per lesió en el supòsit descrit *supra*.²⁰

3. LA DISTINTA NATURALESA DE LA SUBHASTA JUDICIAL I L'ADJUDICACIÓ DIRECTA: EL VOT PARTICULAR A LA SENTÈNCIA 12/2017, DE 13 DE MARÇ DE 2017

El vot particular que planteja la magistrada Núria Bassols Muntada a la Sentència 12/2017 considera encertada la doctrina del TSJC en la Sentència de 17 de juny de 2002. Com ja hem indicat, el nucli fàctic d'ambdues sentències és molt similar, encara que la resolució final del TSJC és diferent en cada una d'elles.

Així doncs, el vot particular (VP) coincideix plenament amb la doctrina reflectida en la Sentència de 17 de juny de 2002 (cal recordar que aquella sentència també va incorporar un vot particular emès pel magistrat Lluís Puig i Ferriol, cosa que fa palès l'interès jurídic que desperta el nucli central de la qüestió plantejada) i, per tant, la magistrada no comparteix l'exclusió de l'adjudicació directa de forma general de la rescissió *ultra dimidium*.

de la finca, que era de 6.162.942 euros.

19. Vegeu també el vot particular del magistrat Lluís Puig Ferriol en la STSJC de 17 de juny de 2002, ap. 4t, par. 1r.

20. El Tribunal assenyalava que també en «la adjudicación directa puede presumirse fundadamente que se ha obtenido el mejor precio posible para la finca objeto de la litis en función de sus concretas circunstancias. Téngase en cuenta que, por lo que se refiere al presente supuesto, los elevados tipos de subasta en relación con el precio de remate aprobado finalmente en la adjudicación directa no son compatibles con que el recurrente hubiera concertado su ocupación por un tercero mediante un título arrendaticio de 30 años de duración con una renta mensual de 400 euros, lo que es indicativo de que su precio era sensiblemente inferior». En aquest sentit, el vot particular que efectua la magistrada Núria Bassols i Muntada a la sentència que comentem (vegeu-ne el par. 3) considera que aquest contracte d'arrendament podia afectar la concurrència de licitadors a la subhasta i també que aquesta circumstància influï en el fet que l'Administració hagués d'acudir al procediment d'adjudicació directa. A més, aquesta actitud del recurrent és contrària a la bona fe *ex* art. 111-7 CCCat (VP, FJ 8è, par. 12è).

Bassols considera, doncs, que l'adjudicació directa no és equiparable amb la subhasta pública, ja que, com s'infereix del text després de la STSJC de 17 de juny de 2002, «[...] l'adjudicació directa *no compta amb les garanties inherents i substancials*» (a la subhasta) (VP, FJ 3r, par. 17è). I, per tant, segons la magistrada, cal donar viabilitat a l'aplicació de la figura rescissòria.

Bassols assenyala que «la manca de valoració objectiva, la manca de publicitat objectiva i la manca de lliure concurrència de licitadors (conseqüència de la minsa publicitat) que denunciava la Sentència de 17 de juny de 2002 pel cas de l'adjudicació directa, s'han de predicar de l'adjudicació directa regulada en el vigent RGR, i conseqüentment també la distinta naturalesa entre la subhasta i l'adjudicació directa, que impedeix l'aplicació de la rescissió per lesió o ultra dimidium a la darrera» (VP, FJ 4t, par. 2n).

Per tant, la magistrada determina que la subhasta i l'adjudicació directa tenen naturaleses diferents: en la primera s'estableix un requisit obligatori de publicitat i preu mínim, que permet una major concurrència de licitadors i un millor preu; en canvi, en l'adjudicació directa *ex* article 107 RGR, el preu pot baixar fins a nivells desproporcionats. A més a més, el mateix RGR tracta els dos procediments com a formes distintes d'adjudicació en la via de constrenyiment.

Així mateix, Bassols també exposa que, malgrat que l'adjudicació forçosa sigui una forma d'alienació de caràcter oneros dins d'un procés judicial o administratiu, no per aquest motiu queden mitigats o anul·lats els drets de caràcter privat. L'acte d'adjudicació, si bé es considera un acte administratiu, té conseqüències civils. «Per tant, té sentit reconèixer els drets de qui s'ha vist privat del seu bé immoble amb el pagament per part d'un tercer d'un preu injust, quasi vil, si precisament aquests drets estan protegits per una norma civil, en concret per l'article 321 de la Compilació de dret civil de Catalunya» (VP, FJ 7è, par. 9è).

En conseqüència, segons la magistrada, el Tribunal hauria d'haver mantingut la doctrina establerta per la STSJC de 17 de juny de 2002 i d'aquesta manera crearia doctrina jurisprudencial per al recurs de cassació.²¹ Tanmateix, la magistrada assenyala en el seu vot particular que la doctrina de la rescissió per lesió no és aplicable al cas concret perquè el recurrent, el sr. I., va actuar de manera contrària a la bona fe i a la lleialtat processal, ja que, com hem indicat en la relació dels fets, la seva companya va presentar en el procediment de constrenyiment, i abans que tingués lloc la primera subhasta, un contracte d'arrendament de la finca a favor seu amb una vigència de tren-

21. La contradicció amb la jurisprudència que resulta de sentències reiterades del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya o del Tribunal de Cassació de Catalunya és un dels criteris que estableix la llei com a assumpte el motiu d'impugnació del qual té accés a la cassació davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (*cfr.* art. 111-2.2 CCCat i 3 Llei 4/2012, de 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya).

ta anys i per una renda mensual de quatre-cents euros, cosa que podia afectar la concurrència de licitadors en la subhasta. I, a més, el sr. I. es va aplanar a aquesta demanda. Recordem que el jutjat havia reconegut a la sra. E., anteriorment, la copropietat sobre la finca. Aquesta conducta contrària a la bona fe i l'honradesa en els tractes *ex* article 111-7 CCCat evidencia que el sr. I. no pot demanar, ara, empara davant d'una conseqüència que, en part, ha estat causada per la seva actitud contrària a la bona fe.

Considerem encertat l'argument emès per la magistrada ja que del procediment que s'esdevé en la subhasta judicial es desprèn la idea d'un preu mínim o just; no podem dir el mateix del procediment d'adjudicació directa, que, tal com queda exposat en el cas, ocasiona una lesió enorme en el recurrent. Es produeixen, doncs, conseqüències de dret privat per al recurrent que provenen del procediment administratiu.

A més a més, cal recordar també que, si bé ambdós procediments administratius tenen naturalesa anàloga, el TSJC ha reconegut que la institució de la rescissió per lesió no s'ha d'aplicar restrictivament. En el supòsit descrit en la Sentència de 18 de setembre de 2006²² el Tribunal decideix procedir a la rescissió per lesió d'un contracte de renda vitalícia o violari,²³ que és, per definició, un contracte aleatori (recordem que l'art. 321 CDCC també exclou els contractes aleatoris de l'acció rescissòria *ultra dimidium*). Si es produeix una lesió objectiva quan es fixa la pensió, el contracte es pot rescindir (FJ 8è, par. 6è). Així, quan l'equivalència de les prestacions és només formal o funcional, però no quantitativa (una és causa de l'altra, arg. *ex* art. 1274 CC), l'acció de rescissió per lesió exigeix que es compleixi un nivell de proporcionalitat; per tant, el que protegeix l'acció de la lesió en més de la meitat és que existeixi una equivalència objectiva que asseguri el mínim d'equitat contractual, que s'estableix en el llinar de la meitat del preu just o preu de mercat. La dificultat rau a determinar quin és el preu de mercat que es pot establir en un procediment d'adjudicació directa, però això no hauria d'impedir la viabilitat de l'acció rescissòria en supòsits com el descrit per la sentència que comentem.

El cas hauria estat diferent si ens trobéssim davant, no d'un procediment d'adjudicació directa, sinó, per exemple, d'una subhasta notarial.²⁴ Entenem que en aquest supòsit també es compleix el requisit de la publicitat objectiva i s'estableix una «cantidad mínima admisible para la licitación en su caso» (*ex* art. 74.1 Llei del notariat). Constatem, per tant, que analògicament tampoc no seria procedent una acció rescissòria en una alienació feta mitjançant una subhasta notarial.

22. STSJC 34/2006, de 18 de setembre de 2006 (RJ/2006/8118).

23. Recollit en la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques, així com en el llibre sisè del CCCat (art. 624-1 i seg.).

24. Art. 72-76 de la Llei de 28 de maig de 1862, del notariat. Aquests articles han estat incorporats per la disposició final 11.1 de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària, que ha impulsat la modernització del nostre ordenament processal civil.

Finalment, la nova regulació de la lesió en més de la meitat del preu just que fa el Codi civil de Catalunya²⁵ no fa referència tampoc, com veurem més endavant, a la subhasta judicial com a supòsit d'exclusió de l'acció de rescissió per lesió *ultra dimidium*, ja que el llibre sisè no ho incorpora. És qüestionable, tanmateix, que el legislador s'oblidi dels supòsits d'exclusió de l'article 321 CDCC en la regulació de la lesió en més de la meitat (la nova regulació de l'art. 621-45 CCCat només fa referència als contractes aleatoris o a l'existència d'una causa gratuïta) quan clarament es mostra partidari de mantenir aquesta institució tradicional del dret civil català.²⁶ El més raonable hauria estat, si s'opta per regular la rescissió per lesió i l'avantatge injust com a supòsits distints (vegeu l'ap. 5), definir també les causes d'exclusió de l'acció rescissòria de la lesió en més de la meitat.²⁷

4. LA RESCISSIÓ PER LESIÓ SEGONS EL DRET CONTRACTUAL EUROPEU

El dret contractual europeu regula un mecanisme que permet protegir la part feble en els contractes econòmicament desequilibrats *ab initio*. Aquest mecanisme, que es troba en l'article 4:109 dels Principis de dret contractual europeu o Principis Lando (PECL), permet anul·lar el contracte en els casos en què un dels contractants s'aprofita, il·lícitament, de la situació de feblesa en què es troba l'altra part, per tal de concloure un contracte del qual es deriva un avantatge excessiu. El supòsit és una causa més d'anul·labilitat del contracte.²⁸ Es tracta d'una regulació molt similar a la ja establerta en els principis UNIDROIT (art. 3.2.7, *gross disparity* o desproporció excessiva). I, en el mateix sentit, el Projecte de Marc Comú de Referència descriu l'explotació injusta.²⁹

25. Vegeu, *infra*, l'apartat 5.

26. En el preàmbul del llibre sisè ja queda palès l'interès del legislador català per mantenir i generalitzar la doctrina de la *laesio enormis* a fi de resoldre supòsits de greu desequilibri de les prestacions.

27. En tot cas, però, la nostra postura s'allunya del manteniment de la figura tradicional de la rescissió per lesió i s'apropa més a una regulació com la que s'estableix en els diferents textos del dret contractual europeu. Per a una aproximació a la proposta, vegeu el subapartat 5.4.

28. El decaigut Projecte de reglament sobre un instrument opcional en matèria de compravenda (COM(2011) 635 final) també regulava l'explotació injusta en l'art. 51. *Cfr.* Reiner SCHULZE (ed.), *Common European Sales Law (CESL) —Commentary—*, Baden-Baden, C. H. Beck, Hart i Nomos, 2012, p. 276-284.

29. Esteve BOSCH CAPDEVILA, «Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato», a Esteve BOSCH CAPDEVILA et al. *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tom I, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2012, p. 491:

Art. II.-7:207 DCFR. «Explotación injusta»

Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión:

La regulació d'un principi com el de l'avantatge injust o explotació injusta respon al sorgiment de nous dissenys legals que permeten evidenciar els resultats injustos que resulten d'un abús de la part forta del vincle contractual sobre l'altra, la feble. Des d'aquesta perspectiva, la lectura formalista de la regulació tradicionalista dels interessos de les parts queda qüestionada i es fa evident la necessitat de plantejar mecanismes que permetin una protecció de la part feble del contracte quan l'equilibri econòmic d'aquest, sia aparent, sia inicial, es trenca (a causa de la situació de dependència d'una de les parts o bé perquè les circumstàncies han variat de forma totalment inesperada).^{30,31}

La regulació de la figura en el dret contractual europeu presenta una doble vessant: objectiva, determinada per la desproporció excessiva entre les prestacions, encara que, a diferència de l'article 321 CDCC, les propostes del *soft law* no incorporen cap límit aritmètic;³² i subjectiva, ja que es relacionen les circumstàncies que deno-

Tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperimentada o carente de habilidad en la negociación; y

Esta otra parte sabía o es razonable suponer que sabía dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

30. La protecció de la part feble de l'*iter* contractual emergeix per a confrontar l'escassa sensibilitat social dels codis propis de l'època liberalista. Així, Brigitta LURGER (2011), «The “social” side of Contract Law», p. 363, planteja el principi «of Regard and Fairness», que persegueix una socialització progressiva del dret privat, en què el contracte s'enfoca, també, des d'una perspectiva més altruista. En un mateix sentit, Ewoud HONDIUS, «The protection of the weak party in a harmonised European Contract Law: a synthesis», *Journal of Consumer Policy*, núm. 27 (2004), p. 246, anivella el principi de protecció de la part feble amb el de llibertat contractual, i els col·loca a tots dos en el mateix escaló.

31. Propostes acadèmiques en el nostre entorn també han plantejat la incorporació d'una figura similar a l'avantatge injust en el Codi civil. Vegeu COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Secretaría General Técnica, 2009, art. 1301; també, l'art. 526-5.2c de la «Propuesta de los libros v y vi del Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil» (PAPDC), a ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil. Libros quinto y sexto*, València, Tirant lo Blanch, 2016.

32. Tanmateix, alguna doctrina es mostra propera a incorporar un límit quantitatiu, tal com succeeix, com ja hem vist, en la lesió en més de la meitat o lesió *ultra dimidium*. Entre d'altres, vegeu Martijn. W. HESSELINK i G. J. P. DE FRIES, *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, p. 58; en un sentit similar, Ulrich DROBNIG, «Protection of the weaker party», a Michael J. BONELL i Franco BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milà, Guiffrè, 1997, p. 220, que proposa establir com a criteri objectiu el desequilibri fonamental que en matèria de *hardship* (ex art. 6.2.2 dels Principis UNIDROIT) els comentaris oficials quantificaven del 50 % o més. Recentment, en el nostre entorn, Núria GINÉS CASTELLET, «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? derecho contractual», *InDret*, any 2016, núm. 4 (octubre), p. 31, també considera necessari establir un límit aritmètic a fi de presumir que hi ha un desequilibri rellevant d'explotació. Pel que fa a la doctrina de la *rebus sic stanti-*

ten un factor de feblesa (situació econòmica angoixant, necessitats urgents, relació de confiança, ignorància o inexperiència, entre d'altres). S'afegeix un altre element subjectiu: la part que obté l'avantatge és conscient (o almenys hauria de ser-ho) de la situació de feblesa de l'altra.³³

El legislador català, inspirant-se en aquest model, ha inclòs en el llibre sisè del Codi civil de Catalunya la regulació de l'avantatge injust. Veurem, en relació amb el cas que analitzem, si la nova regulació hauria permès una solució diversa al supòsit.

5. LA NOVA REGULACIÓ DE L'AVANTATGE INJUST I LA LESIÓ EN MÉS DE LA MEITAT EN EL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

El llibre sisè del Codi civil de Catalunya³⁴ presenta una regulació de l'avantatge injust i la lesió en més de la meitat a través de dos articles: l'article 621-45, que fa referència a l'avantatge injust; i l'article 621-46, relatiu a la lesió en més de la meitat.

bus, vegeu Gemma RUBIO GIMENO, «Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», p. 219, que determina que, en relació amb el requisit de l'excessiva onerositat per als casos de *hardship*, «convendrá que se idee alguna suerte de limitación económica que permita establecer un umbral por debajo del cual no sea posible solicitar la revisión de los términos de un contrato válido y vinculante en el que no haya concurrido ninguna clase de vicio, abuso ni conducta dolosa por la parte que no ha padecido las vicisitudes del riesgo. Ese umbral puede tomar prestada la noción de lesión enorme que en Cataluña se sitúa en el 50 % del valor del bien y que otras normas directamente relacionadas con el riesgo contractual también refieren (1575 CCE)».

33. Christian VON BAR i ERIC CLIVE (ed.), *Principles, definitions and model rules of european private law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), full edition*, vol. 1, Munic, Sellier European Law Publishers, 2009, p. 508: «It would create also too much uncertainty to upset contracts which are one-sided when the party who gains the advantage neither knew nor could reasonably be expected to have known that the other party was in a weaker position».

34. Vegeu la Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relativa a les obligacions i els contractes i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314, de 22 de febrer de 2017). Segons la disposició final novena del text legal, aquesta llei entrarà en vigor l'1 de gener de 2018, llevat de l'apartat primer de la disposició final segona, l'apartat onzè de la disposició final quarta i la disposició final sisena, que van entrar en vigor l'1 de març de 2017. Cal dir, però, que el president del Govern espanyol va promoure un recurs d'inconstitucionalitat contra una part de l'articulat del llibre sisè, recurs que fou admès a tràmit pel Tribunal Constitucional (recurs d'inconstitucionalitat núm. 2557-2017) en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) de 14 de juny de 2017, en què s'acordava la suspensió d'alguns preceptes del text, entre d'altres els relatius a la compravenda (art. 621-1 a 621-54 CCCat). Recentment, el Tribunal Constitucional, a través de la interlocutòria de data 3 d'octubre de 2017 (publicada en el BOE del dia 16 del mateix mes) ha decidit aixecar la suspensió dels preceptes objecte del recurs d'inconstitucionalitat promogut des del Govern central.

5.1. L'AVANTATGE INJUST COM A INSTRUMENT DE PROTECCIÓ DE LA PART FEBLE

La regulació de l'avantatge injust en el Codi civil de Catalunya,³⁵ des d'un àmbit subjectiu, es presenta amb la finalitat d'evitar casos clars d'abús d'una de les parts envers l'altra i vetlla per la justícia de l'intercanvi, en sintonia amb els textos del dret contractual europeu.³⁶

A més a més, l'article 621-45.2 CCCat estableix la possibilitat de rescindir, en la compravenda de consum, el contracte que, a més dels motius a què fa referència l'article en el primer apartat, «ocasiona en els drets i obligacions de les parts un greu desequilibri en perjudici del consumidor, contrari a les exigències de la bona fe i l'honradesa de tractes».³⁷

5.2. LA LESIÓ EN MÉS DE LA MEITAT DEL PREU JUST

Com assenyalava el preàmbul de la Llei, la figura de la *laesio enormis* es manté en el llibre sisè «per a resoldre supòsits de greu desequilibri de les prestacions». La regulació de l'article 621-46.1 CCCat diu:

El contracte de compravenda i els altres de caràcter onerosos es poden rescindir si la part perjudicada prova que, en el moment de la conclusió del contracte, el valor de mercat de la prestació que rep és inferior a la meitat del valor de mercat de la prestació que fa.

35. Art. 621-45 CCCat. Avantatge injust

El contracte de compravenda i els altres de caràcter onerosos es poden rescindir si, en el moment del contracte, una de les parts depenia de l'altra o hi mantenien una relació especial de confiança, estava en una situació de vulnerabilitat econòmica o de necessitat imperiosa, era incapaç de preveure les conseqüències dels seus actes, palesament ignorant o manifestament mancada d'experiència, i l'altra part coneixia o havia de conèixer aquesta situació, se'n va aprofitar i en va obtenir un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.

36. Vegeu, *supra*, la nota 29.

37. Des de l'òptica del dret comparat, la *Loi sur la protection du consommateur* quebequesa preveu, també, la ineficàcia per lesió en els contractes de consum (*ex art. 8 i 9*). Des d'una perspectiva objectiva, permet anul·lar un contracte si existeix una desproporció considerable entre les prestacions intercanviades per les parts i, en el cas de l'art. 9, encara que no existeixi equilibri entre les prestacions, el contracte pot ser anul·lat si les obligacions que se'n deriven són excessives o abusives perquè el consentiment no s'ha prestat d'una forma totalment lliure. Veg. Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur. Analyse et commentaires*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999, p. 134-135.

Així, observem que el legislador català aposta per mantenir el límit *ultra dimidium* per a facilitar el recurs i evitar, per tant, la inseguretat jurídica que podria generar una noció, per exemple, de contracte altament desequilibrat.

Alguns autors ja s'han mostrat partidaris, amb matisos, de tornar a incorporar en les legislacions actuals una regla similar a la del preu just (així ho considera, per exemple, l'art. 934 del Codi civil austríac). Eisenmüller³⁸ considera encertat establir un límit aritmètic clar, tal com ho denota la noció *ultra dimidium* establerta en l'article 621-46 CCCat,³⁹ així com el vigent article 321 CDCC.

Hesselink,⁴⁰ a través d'una aproximació filosòfica a la qüestió, manté l'opinió que només uns principis de justícia metafísics exigirien una regla sobre el preu just i traspasa al legislador la decisió final de la seva incorporació al dret positiu: «Therefore, the question whether or not contract law (eg the CESL) should contain an unfair price rule is a matter for the legitimate lawmaker to decide».⁴¹

Finalment, cal palesar que la regulació catalana d'ambdues figures queda emmarcada en el si del contracte de compravenda, però ambdues regles aprecien un contingut que s'estén més enllà de l'intercanvi de la compravenda.^{42,43}

38. Horst EISENMÜLLER, «Justifying fair price rules in Contract Law», *European Review of Contract Law*, vol. 11, núm. 3 (2015), p. 227. Vegeu també James GORDLEY, «The just price: the Aristotelian tradition and John Rawls», *European Review of Contract Law*, vol. 11, núm. 3 (2015), p. 197 i seg.

39. La dificultat resideix, en part, a determinar quan un preu és excessivament injust. Cfr. Andrea PERRONE, «The just price doctrine and Contemporary Contract Law: some introductory remarks», *Orizzonti del Diritto Commerciale. Rivista Telematica*, any 2013, núm. 3, p. 12.

40. Martijn W. HESSELINK, «Could a fair price rule (or its absence) be unjust?», *European Review of Contract Law*, vol. 11, núm. 3 (2015), p. 7.

41. Martijn W. HESSELINK, «Could a fair price rule (or its absence) be unjust?», p. 9. Així mateix, l'autor assenyalava que un dels arguments per a introduir una regla sobre el preu just és que no existeix cap raó per la qual la llei presumeixi que les parts volen fer una donació i, per tant, un preu que es desviï del preu normal del mercat «requires an explanation».

42. Núria GINÉS CASTELLET, «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro?», p. 8 i 9.

43. A més a més, el remei previst en el llibre sisè per a ambdues figures és el mateix, el rescissori, cosa que es pot qüestionar perquè, per als casos d'avantatge injust, la solució més idònia hagués estat (en consonància amb els textos del *soft law*) l'establiment d'una causa de nul·litat, ja que ens trobem davant d'una norma relativa a un factor d'anul·labilitat per defecte de capacitat o vici del consentiment. Vegeu, en aquest sentit, Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, «Un projecte de llei de llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i contractes», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*, Girona, Documenta Universitaria, 2015, p. 44: «[...] la rescissió per lesió objectiva es manté, doncs, com una norma causal onerosa, inherent a l'equilibri de les prestacions i no com un factor d'anul·labilitat per defectes de capacitat o vicis de consentiment [...]. L'avantatge injust es va passar de causa de nul·litat a rescissió, amb dubtosa oportunitat».

5.3. SUPÒSITS D'EXCLUSIÓ DE L'ACCIÓ RESCISSÒRIA EN EL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La nova regulació de la figura rescissòria en el llibre sisè exclou la possibilitat de rescindir els contractes lesius si la part que no ha sofert la lesió pot oposar «que el pretès desequilibri es justifica en el risc contractual propi dels contractes aleatoris o en l'existència d'una causa gratuïta» (art. 621-46.2 CCCat).

Si recordem l'articulat de la Compilació, l'exclusió de l'acció rescissòria s'esdevé no només pel desig de liberalitat de l'alienant o pel caràcter aleatori que recull el llibre sisè, sinó també en les compravendes fetes mitjançant subhasta pública o en els contractes en què la contraprestació va ser determinada pel caràcter litigiós d'allò adquirit (art. 321, 2n par., CDCC).

Constatem que l'exclusió del supòsit de subhasta de l'acció rescissòria desapareix en la nova regulació dels contractes i les obligacions del Codi civil de Catalunya. Per tant, el supòsit descrit per la sentència que comentem, si s'hagués resolt amb la nova regulació de la lesió en més de la meitat que es conté en el llibre sisè, hauria permès una solució diferent, ja que, malgrat que es conclou que la naturalesa del procediment de subhasta i la del d'adjudicació directa són similars o bé la mateixa, la no inclusió del supòsit de subhasta com a motiu de no procedència de l'acció rescissòria en el Codi civil de Catalunya hauria permès al Tribunal estimar el recurs presentat i, per tant, rescindir l'adjudicació directa que realitza l'AEAT, sense considerar ara la qüestió relativa a la infracció de la bona fe que, addicionalment, s'esdevenia en el cas plantejat.

De la nova regulació que fa el legislador català de figures com la rescissió per lesió o l'avantatge injust es desprèn que l'objectiu últim és assegurar un mínim d'equitat contractual en el si dels contractes. Aquesta interferència de la justícia contractual, emfasitzada en bona part de la doctrina,⁴⁴ persegueix, doncs, un dret contractual més just.

Com indica Bassols en el seu vot particular a la Sentència, «no podem obviar que en moments d'importants canvis socials i ideològics s'exigeix als tribunals de justícia postures que suposin una interpretació evolutiva o de reajustament de l'ordenament jurídic» (VP, FJ 2n, par. 9è).

44. Andrea NICOLUSSI, «Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona», a Luca NOGLER i Udo REIFNER (ed.), *Life time contracts. Social long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, La Haia, Eleven International Publishing, 2014, p. 123-167; Hugh COLLINS, «La giustizia contrattuale in Europa», *Rivista Critica del Diritto Privato*, vol. XXI, núm. 4 (desembre 2003), p. 678 i seg.; Martijn W. HESSELINK, *CFR & Social Justice*, Munic, Sellier European Law Publishers, 2008, p. 43 i seg.; Martijn W. HESSELINK, Chantal MAK i Jacobin W. RUTGERS, «Constitutional aspects of European Private Law. Freedoms, rights and social justice in the Draft Common Frame of Reference», *Centre for the Study of European Contract Law Working Papers*, any 2009, núm. 5, entre d'altres.

5.4. LA LESIÓ QUALIFICADA COM A MECANISME D'EQUILIBRI ECONÒMIC DEL CONTRACTE I DE PROTECCIÓ DEL CONSENTIMENT

A parer nostre, el legislador català hauria pogut unificar les dues figures en una de sola (tal com succeeix en les propostes del procés de construcció del dret privat europeu de contractes).⁴⁵ Entenem que la idea d'equilibri contractual no només s'ha de buscar en el resultat del contracte (cosa que certament pretén la lesió en més de la meitat), sinó també en el procediment de negociació, que ha de comportar la conseqüència d'una formació correcta de la voluntat contractual. Si bé la majoria de propostes acadèmiques i legislatives palesen una preferència per configurar la figura com un vici del consentiment (p. ex., l'art. 51 del decaïgut Projecte de reglament sobre un instrument opcional en matèria de compravenda⁴⁶ o el recent art. 1143 del *Code*,⁴⁷ que regula la violència econòmica), caldria un reajustament de l'ordenament jurídic que donés encaix a una figura de lesió qualificada⁴⁸ que reflectís el maridatge de justícia substantiva i justícia procedimental alhora. Aquest caràcter híbrid és precisament el que hauria de desprendre's d'una figura de lesió qualificada.⁴⁹

Es podria presumir l'element objectiu de la desproporció excessiva; és a dir, existiria lesió quan el desequilibri entre les prestacions de les parts fos *ultra dimidium*.^{50,51}

45. Vegeu, per exemple, els art. 4:109 dels Principis Lando i 3.2.7 dels Principis UNIDROIT.

46. Vegeu, *supra*, la nota 28.

47. Art. 1143: «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif». Vegeu la reforma del *Code* operada per l'Ordenança núm. 2016-131, de 10 de febrer, accessible a: www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte (consulta: 6-11-2017).

48. Vegeu la proposta d'Esteve BOSCH CAPDEVILA, Pedro del POZO CARRASCOSA i Antoni VAQUER ALOY, *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 42.

49. JAVIER MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Notas sobre las "condiciones relativas al contenido" del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)», a CARLOS VATTIER, JOSÉ M. DE LA CUESTA i JOSÉ M. CABALLERO (dir.), *Código europeo de contratos. Academia de Insprivatistas Europeos (Pavía)*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2003, p. 64.

50. És l'opinió defensada, també, per CARMEN GÓMEZ BUENDÍA, «*Laesio enormis* y *unfair advantage*: perspectiva histórica y comparada», *Revista General de Derecho Romano*, núm. 26 (2016), p. 19. Certament, també és la línia defensada per Esteve BOSCH CAPDEVILA, Pedro del POZO CARRASCOSA i Antoni VAQUER ALOY, *Teoría general del contrato*, p. 204. Enfront de la dificultat d'apreciació i de prova dels elements subjectius i amb la finalitat d'objectivitzar la figura (aquí és on apareix la remissió a la lesió en més de la meitat), els autors estableixen una presumpció *iuris tantum*: si la lesió és superior al 50 %, existeix un benefici excessiu que podrà ser causa d'anul·lació del contracte; si no s'arriba a aquest límit, el contracte també pot ser anul·lat si s'aconsegueixen acreditar els requisits subjectius establerts en l'article d'avantatge injust que proposen.

51. Per exemple, en la proposta de lesió que el legislador francès feia l'any 2006 (vegeu GÄEL CHANTEPIE, *La lésion*, París, LGDJ, 2006, p. 491 i seg.) s'establia la presumpció d'importància d'una lesió superior al 50 %. Així, la proposició era la següent: «Art. 1118 Code civil: La lésion est une cause de révision des

A més a més, seria convenient que s'establís una segona presumpció (tal com ho fa la lesió quebequesa):⁵² el desequilibri excessiu entre les prestacions intercanviades per les parts (que es presumeix quan és *ultra dimidium*) denota que existeix una situació de feblesa i un abús d'aquest estat de necessitat que comporta, com a resultat, l'obtenció d'un benefici excessiu o avantatge injust.^{53,54,55}

Finalment, en un moment de fragilitat en què les institucions jurídiques corren el risc d'esdevenir obsoletes, el dret ha d'adaptar-se i ha d'evolucionar per donar encaix a noves figures que, com l'avantatge injust, palesen una oportunitat de combatre contractes altament desequilibrats i protegeixen, al mateix temps, un consentiment que nombroses vegades no és del tot lliure.

BIBLIOGRAFIA

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Propuesta de Código civil. Libros quinto y sexto*. València: Tirant lo Blanch, 2016.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve. «Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato». A: BOSCH CAPDEVILA, Esteve et al. *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tom I. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve; POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni. *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- CHANTEPIE, Gäel. *La lésion*. París: LGDJ, 2006.
- COLLINS, H. «La giustizia contrattuale in Europa». *Rivista Critica del Diritto Privato*, vol. XXI, núm. 4 (desembre 2003).

contrats lorsqu'elle crée un déséquilibre important entre les prestations échangées au jour du contrat. Un déséquilibre qui excède de plus de moitié la valeur des prestations fournies est présumé important. Néanmoins, à titre exceptionnel, le juge peut tenir compte dans l'appréciation de la lésion de toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat».

52. L'art. 1406 del Codi civil del Quebec diu: «Lesion results from the exploitation of one of the parties by the other, which creates a serious disproportion between the prestations of the parties; the fact that there is a serious disproportion creates a presumption of exploitation».

53. És el cas de la presumpció que proposen Esteve BOSCH CAPDEVILA, Pedro del POZO CARRASCOSA i Antoni VAQUER ALOY, *Teoría general del contrato*, p. 42 i 201.

54. Manté la mateixa opinió Núria GINÉS CASTELLET, «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro?», p. 31.

55. A *Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982* ja es proposava la presumpció que l'avantatge injust provenia d'una excessiva desproporció entre les prestacions que alterava l'equilibri contractual. Cfr. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to April 1982 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT) - Rome, June 1982. Study L-Doc.22*, Roma, UNIDROIT 1982, p. 8 i 9.

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*. Madrid: Secretaría General Técnica, 2009.
- DROBNIG, Ulrich. «Protection of the weaker party». A: BONELL, Michael J.; BONE-LLI, Franco. *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*. Milà: Guiffrè, 1997.
- EISENMÜLLER, Horst. «Justifying fair price rules in Contract Law». *European Review of Contract Law*, vol. 11, núm. 3 (2015).
- GINÉS CASTELLET, Núria. «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? derecho contractual». *InDret*, any 2016, núm. 4 (octubre).
- GÓMEZ BUENDÍA, Carmen. «*Laesio enormis* y *unfair advantage*: perspectiva histórica y comparada». *Revista General de Derecho Romano*, núm. 26 (2016).
- GORDLEY, James. «The just price: the Aristotelian tradition and John Rawls». *European Review of Contract Law*, vol. 11, núm. 3 (2015).
- HESSELINK, Martijn W. *CFR & Social Justice*. Munic: Sellier European Law Publishers, 2008.
- «Could a fair price rule (or its absence) be unjust?». *European Review of Contract Law*, vol. 11, núm. 3 (2015).
- HESSELINK, Martijn W.; FRIES, G. J. P. de. *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*. Deventer: Kluwer, 2001.
- HESSELINK, Martijn W.; MAK, Chantal; RUTGERS, Jacobin W. «Constitutional aspects of European Private Law. Freedoms, rights and social justice in the Draft Common Frame of Reference». *Centre for the Study of European Contract Law Working Papers*, any 2009, núm. 5.
- HONDIUS, Ewoud. «The protection of the weak party in a harmonised European Contract Law: a synthesis». *Journal of Consumer Policy*, núm. 27 (2004).
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Study Group on the Progressive Codification of International Trade Law. Report on the 2nd Session of the Study Group held in Rome from 5 to 9 April 1982 (prepared by the Secretariat of UNIDROIT) - Rome, June 1982. Study L-Doc. 22*. Roma: UNIDROIT, 1982.
- LLÁCER MATAÇAS, María Rosa. *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch, 1992.
- LURGER, Brigitta. «The “social” side of Contract Law and the new Principle of Regard and Fairness». A: HARTKAMP, Arthur; HONDIUS, Ewoud; MAK, Chantal; DU PERRON, Edgar. *Towards a European Civil Code*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- MARTÍN CASALS, Miquel. «Perspectives de futur de la rescissió per lesió *ultra dimidium*». A: ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *El futur del dret patrimonial de Catalunya. Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*. València: Tirant lo Blanch, 1998.

- MARTÍN CASALS, Miquel. «Comentarios a los artículos 321-325 de la Compilación catalana» A: ALBALADEJO, Manuel (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: EDERSA, 1987.
- *Lesió «ultra dimidium» i equivalència. Naturalesa de la lesió i àmbit d'aplicació*. Tesis doctoral. Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Javier. «Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)». A: VATTIER, Carlos; CUESTA, José M. de la; CABALLERO, José M. (dir.). *Código europeo de contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*. Vol. I. Madrid: Dykinson, 2003.
- MASSE, Claude. *Loi sur la protection du consommateur. Analyse et commentaires*. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1999.
- MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni. «Un projecte de llei de llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i contractes». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *El llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei*. Girona: Documenta Universitaria, 2015.
- NICOLUSSI, Andrea. «Etica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona». A: NOGLER, Luca; REIFNER, Udo (ed.). *Life time contracts. Social long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*. La Haia: Eleven International Publishing, 2014.
- PARRA LUCÁN, M. Ángeles. «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos». *InDret*, any 2015, núm. 4.
- PERRONE, Andrea. «The just price doctrine and contemporary Contract Law: some introductory remarks». *Orizzonti del Diritto Commerciale. Rivista Telematica*, any 2013, núm. 3.
- PUIG I FERRIOL, Lluís. *Jurisprudència civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2001-2002*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 2005.
- RUBIO GIMENO, Gemma. «Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias». A: GRAMUNT FOMBUENA, Mariló; FLORENSA I TOMÀS, Carles E. *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Madrid: Dykinson, 2017.
- SCHULZE, Reiner (ed.). *Common European Sales Law (CESL) —Commentary—*. Baden-Baden: C. H. Beck, Hart i Nomos, 2012.
- VON BAR, Christian; CLIVE, Eric (ed.). *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*. Vol. I. Munic: Sellier European Law Publishers, 2009.

NOUS ESCENARIS DEL DRET A L'OBLIT: PODEN LES PERSONES FÍSQUES EXERCIR-LO RESPECTE D'INFORMACIÓ EXISTENT EN EL REGISTRE MERCANTIL? COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DE 9 DE MARÇ DE 2017

Adrian Di Pizzo Chiacchio

*Investigador i docent predoctoral
Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu
Universitat de Barcelona*

Resum

La petició de decisió prejudicial que examinarem a continuació va ser plantejada davant del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) per la Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Suprem italià) pel que fa a la interpretació conjunta de l'article 3 de la Directiva 68/151/CEE del Consell, de 9 de març de 1968¹ —actualment derogada i substituïda per la Directiva 2009/101/CE—,² sobre la publicitat obligatòria de determinades circumstàncies en relació amb societats mercantils, i l'article 6.1e de la Directiva 95/46/CE,³ sobre el principi de qualitat del tractament de dades de caràcter personal.

1. Directiva 68/151/CEE del Consell, de 9 de març de 1968, tendent a coordinar, per a fer-les equivalents, les garanties exigides en els estats membres a les societats definides en el segon paràgraf de l'article 58 del Tractat, per a protegir els interessos de socis i tercers (*Diari Oficial de la Comunitat Europea* [DOCE], núm. L 065, de 14 de març de 1968). Tenint en compte l'època dels fets narrats *infra* (par. 2), aquest és l'instrument les disposicions del qual s'han d'interpretar, tot i que posteriorment va ser derogat i substituït per una altra directiva (veg. n. 2).

2. Directiva 2009/101/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de setembre de 2009, tendent a coordinar, per a fer-les equivalents, les garanties exigides en els estats membres a les societats definides en el paràgraf segon de l'article 48 del Tractat, per a protegir els interessos de socis i tercers (*Diari Oficial de la Unió Europea* [DOUE], núm. L 258, d'1 d'octubre de 2009). Posteriorment, el legislador europeu va aprovar i publicar la Directiva 2012/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juny de 2012, per la qual es modifiquen la Directiva 89/666/CEE del Consell i les directives 2005/56/CE i 2009/101/CE del Parlament Europeu i del Consell, pel que fa a la interconnexió dels registres centrals, mercantils i de societats (DOUE, núm. L 156, de 16 de juny de 2012).

3. 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 (DOCE, núm. L 281, de 23 de novembre de 1995).

Les qüestions formulades posen en relleu la col·lisió entre, d'una banda, els interessos del tràfic juridicoeconòmic a protegir el principi de publicitat registral (en aquest cas, quant al registre de societats de Lecce) i, de l'altra, el dret de protecció de dades personals que concierneix una persona física que en el passat ha estat vinculada a una societat per ser-ne administradora concursal i liquidadora.

Paraules clau: dret a l'oblit, registres públics, protecció de dades personals.

NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO AL OLVIDO: ¿PUEDEN LAS PERSONAS FÍSICAS EJERCERLO EN RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN EXISTENTE EN EL REGISTRO MERCANTIL? COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE MARZO DE 2017

Resumen

La petición de decisión prejudicial que se examinará se planteó ante el TJUE por la Corte Suprema di Cassazione en relación con la interpretación conjunta del artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, del Consejo, de 9 de marzo de 1968 —actualmente derogada y sustituida por la Directiva 2009/101/CE—, sobre la publicidad obligatoria de determinadas circunstancias relativas a sociedades mercantiles, y el artículo 6.1e de la Directiva 95/46/CE, sobre el principio de calidad del tratamiento de datos de carácter personal.

Las cuestiones formuladas ponen de relieve la colisión entre, por una parte, los intereses del tráfico jurídico-económico en proteger el principio de publicidad registral y, por otra, el derecho de protección de datos personales concernientes a una persona física que en el pasado ha estado vinculada a una sociedad, siendo su administrador concursal.

Palabras clave: derecho al olvido, registros públicos, protección de datos personales.

NEW FRAMEWORKS OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: MAY NATURAL PERSONS BE ENTITLED TO IT WITH REGARD TO PERSONAL DATA ENTERED AT THE COMMERCIAL REGISTRY? JUDGEMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 9 MARCH 2017

Abstract

The request for a preliminary ruling that we will examine below was raised before the Court of Justice of the European Union (CJEU) by the Supreme Court of Cassazione (Italian Supreme Court) regarding the joint interpretation of article 3 of Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 —currently repealed and replaced by Directive 2009/101/EC— on the compulsory advertising of certain circumstances in relation to commercial companies; and article 6, ap. 1, letter e, of Directive 95/46/CE, on the principle of quality of the treatment of personal data.

The issues raised highlight the collision between, on the one hand, the interests of legal-economic traffic in protecting the principle of registration advertising (in this case, as regards the registration of societies of Lecce) and, on the other hand, the right to protection of personal data that concerns a natural person who in the past has been linked to a company as a bankruptcy and liquidator administrator.

Keywords: right to forgetfulness, public registers, protection of personal data.

1. INTRODUCCIÓ

En la Sentència de 9 de març de 2017, assumpte Manni,⁴ el TJUE ha tornat a incidir en una de les matèries que s'incardinien en el dret al respecte de la vida privada i el dret a la protecció de les dades de caràcter personal.⁵ Aquesta matèria ha despertat l'interès jurídic-social de ciutadans i operadors des que el màxim intèrpret va dictar la paradigmàtica Sentència de 13 de maig de 2014, assumpte Google Spain,⁶ en què va interpretar per primer cop l'abast material del dret a l'oblit en el context digital.⁷

Ara bé, en l'assumpte Manni, en canvi, el dret a l'oblit es planteja en un escenari diferent del que es va plantejar en l'assumpte Google Spain, i l'interrogant de partida crea nous dubtes que concretament es materialitzen en la delimitació d'aquesta facultat: ¿pot una persona física sol·licitar al Registre Mercantil la supressió o anonimització, o la limitació a un públic determinat, d'informació que sobre la seva persona hi consti, si ha transcorregut un període moderadament dilatat i si la publicitat d'aquesta informació obstaculitza la seva projecció econòmica actual?

2. EL LITIGI PRINCIPAL

En el si del litigi principal, l'interessat, administrador d'una societat adjudicatària de la construcció d'un complex turístic (Italiana Costruzioni, SRL), va interposar una demanda davant del Tribunale di Lecce contra la Camera di Commercio d'aquesta

4. STJUE de 9 de març de 2017, assumpte C-398/15, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce *versus* Salvatore Manni.

5. Veg. art. 7 i 8, respectivament, de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea, feta a Niça el 7 de desembre de 2000 (DOCE, núm. C 364, de 18 de desembre de 2000).

6. STJUE de 13 de maig de 2014, assumpte C-131/12, Google Spain, SL i Google Inc. *versus* Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) i Mario Costeja González (d'ara endavant, STJUE Google Spain).

7. Vegeu properament una anàlisi *in extenso* del dret a l'oblit digital a Adrian Di Pizzo Chiacchio, *La expansión del derecho al olvido digital*, Barcelona, Atelier, 2018.

localitat a finals de l'any 2007. Prèviament, la Camera havia declinat la petició de l'interessat de suprimir del Registre de Societats les dades que s'hi recollien sobre ell i que hi eren vinculades a la societat de la qual havia estat administrador únic i liquidador (Immobiliare e Finanziaria Salentina, SRL).

En efecte, la societat havia estat declarada en concurs l'any 1992, però, tot i que els assentaments registrals van ser cancel·lats l'any 2005, les dades personals del demandant que es relacionaven amb l'empresa continuaven sent accessibles en el Registre els anys següents. Per aquesta raó, la *causa petendi* que va al·legar atribuïa un nexa causal entre les negociacions infructuoses per a vendre els immobles del complex turístic i el fet que els potencials compradors podien consultar-hi aquella informació, sobretot a partir de la recollida i el tractament posteriors que va efectuar una empresa especialitzada en informació de mercat i avaluació de riscos.

Com que la Camera di Commercio no va acollir la petició de suprimir les dades en el Registre, el particular va demanar per via jurisdiccional que se n'hi instés la supressió, l'anonimització o el bloqueig d'acord amb el que disposa el *Codice in materia di protezione dei dati personali*.⁸ Tanmateix, de conformitat amb l'esmentat nexa causal que el demandant defensava que hi havia entre l'accés encara possible a les seves dades i el dany que això generava a la seva reputació, el seu *petitum* també incloïa la condemna de la Camera al pagament d'una indemnització en concepte dels perjudicis irrogats a la seva reputació.

A l'agost del 2011 el Tribunale di Lecce va dictar una sentència condemnatòria⁹ en virtut de la qual, d'una banda, ordenava a la Camera di Commercio que anonimitzés les dades que relacionaven el particular amb la liquidació de la immobiliària esmentada i, de l'altra, la instava a indemnitzar el propietari pels danys causats, amb una quantia econòmica fixada en dos mil euros més els interessos i les costes corresponents.

Així, el jutge *a quo* va considerar que «els assentaments que vinculen el nom d'una persona física a una fase crítica de la vida de l'empresa (com ara el concurs de creditors) no poden ser indefinits si manca un interès general específic en la seva conservació i divulgació» (ap. 28). En aquesta línia, la manca de previsió normativa sobre la duració màxima de la inscripció en el *Codice civile italiano*,¹⁰ el transcurs d'un

8. Decret legislatiu núm. 196, pel qual s'estableix el *Codice in materia di protezione dei dati personali* (Codi en matèria de protecció de dades personals italià), de 30 de juny de 2003 (*Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* [GURI], núm. 174, de 29 de juliol de 2003), que transposa a l'ordenament jurídic italià la Directiva 95/46/CE. D'acord amb el que preveu l'art. 7.3b d'aquesta norma, «[l']interessat ha diritto di ottenere: la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati».

9. *Sentenza del Tribunale di Lecce* 1118/2011, d'1 d'agost de 2011.

10. *Codice civile italiano*, promulgat pel *Regio decreto* núm. 262, de 16 de març de 1942 (GURI, núm. 79, de 4 d'abril de 1942). En aquest sentit, l'art. 2188 del *Codice* estableix:

E' istituito il registro delle imprese per le iscrizioni previste dalla legge. Il registro è tenuto dall'ufficio del registro delle imprese sotto la vigilanza di un giudice delegato dal presidente del

període adient des del concurs de creditors i la cancel·lació dels assentaments registrals de l'empresa exigeixen que es tinguin en compte els criteris de necessitat i utilitat per a conèixer el nom de l'antic administrador.¹¹

D'acord amb aquests criteris, el Tribunal va entendre que ja no era ni necessari ni útil que el nom de l'antic administrador de la societat fos recollit en el Registre, car l'interès públic sobre l'existència de la societat —o l'interès de la «memòria històrica» que se'n pugui tenir, afirma l'interpret—, així com sobre les dificultats que va travessar, pot ésser igualment satisfet un cop s'animitzin les dades personals que s'hi relacionen.

3. LES QÜESTIONS PREJUDICIALS

Com a conseqüència d'aquesta resolució, la Camera di Commercio va interposar un recurs de cassació davant la Corte Suprema di Cassazione, la qual va decidir suspendre'n el procediment i formular al TJUE dues qüestions prejudicials:¹²

tribunale. Il registro è pubblico.

11. Els criteris de necessitat i utilitat es corresponen, en matèria de protecció de dades personals, amb el principi de qualitat de les dades (licitud, correcció, finalitat, legitimitat, exactitud i completeness, pertinència, i conservació per un temps no superior a l'estipulat) que estableix l'art. 6.1 de la Directiva 95/46/CE (*cfr.* considerant 28) i transposat en l'art. 11.1 del *Codice* en matèria de protecció de dades personals:

- I dati personali oggetto di trattamento sono:
- a) trattati in modo lecito e secondo correttezza;
 - b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi;
 - c) esatti e, se necessario, aggiornati;
 - d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati;
 - e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.

En la nostra legislació, el principi de qualitat de les dades s'ha transposat a l'art. 4 de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (LOPD) (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 298, de 14 de desembre de 1999).

No obstant això, atesa l'aplicabilitat imminent del Reglament (UR) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE, núm. L 119, de 4 de maig de 2016) (en endavant, RGPD), el principi de qualitat de les dades que haurem de tenir en compte a partir del 25 de maig de 2018 serà el que *mutatis mutandis* recull l'art. 5 del nou instrument supranacional.

12. Mitjançant l'*Ordinanza interlocutoria* núm. 15096, de 17 de juliol de 2015.

a) En primer lloc, va qüestionar si el sistema de publicitat que regeix el registre de societats (d'acord amb l'art. 2.1 de la Directiva 68/151/CE) preval i, per tant, s'oposa al principi de conservació de dades personals quan permet la identificació de les persones interessades en un període no superior al necessari per als fins per als quals van ser recollides o per als quals es tractin posteriorment (en virtut de l'art. 6 Directiva 95/46/CE).

b) En segon lloc, va qüestionar si l'article 3 de la Directiva 68/151/CE permet que les dades publicades al registre de societats no siguin públiques de manera il·limitada i per a qualssevol destinataris, sinó que, ben al contrari, hi siguin accessibles durant un període limitat i per a destinataris específics en funció d'una valoració casuística del responsable del tractament d'aquestes dades.

Mentre que el principi de finalitat del tractament exigeix que, en virtut de l'article 6.1e de la Directiva 95/46/CE, les dades es conservin de manera que no permetin identificar la persona interessada quan s'hagi assolit la finalitat per a la qual van ser recollides o per a la qual s'hagin de tractar posteriorment, la publicitat obligatòria d'informació sobre les societats mercantils exigeix que el registre de societats en reculli informació, almenys, en relació amb un seguit d'actes o d'indicacions recollides en l'article 2.1 de la Directiva 68/151/CE.

En particular, la lletra *d* d'aquest darrer precepte es refereix al nomenament, el cessament de funcions i la identitat de les persones que, com a òrgans legalment previstos o persones integrants d'aquests òrgans, poden obligar la societat respecte de tercers i representar-la en judici, o bé hi participen en l'administració, la vigilància o el control. A més, segons la lletra *j* del mateix precepte, el nomenament i la identitat dels liquidadors, així com els poders de què són investits, també han de ser públics. D'acord amb l'article 3 del mateix instrument, aquestes indicacions han de ser transcrits, en cadascun dels estats membres, en un registre central, en un registre mercantil o en un registre de societats, i se n'ha de poder obtenir una còpia íntegra o parcial a instància d'una de les parts.

4. LA INTERPRETACIÓ DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA A PARTIR DE LES CONCLUSIONS DE L'ADVOCAT GENERAL

Un cop analitzades les qüestions per l'advocat general (AG), que va emetre les seves conclusions (CAG) el 8 de setembre de 2016,¹³ el TJUE va dictar sentència.¹⁴

13. Conclusions de l'advocat general, sr. Y. B., de 8 de setembre de 2016, assumpte C-398/2015, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce *versus* Salvatore Manni.

14. STJUE de 9 de març de 2017, assumpte C-398/15.

El TJUE entén que una interpretació correcta dels preceptes esmentats de les directives 68/151/CE i 95/46/CE exigeix que siguin els estats membres els qui determinin, en el si d'un examen casuístic, si les persones físiques vinculades a una societat han de poder sol·licitar a un registre mercantil que comprovi la concurrència excepcional de raons preponderants i legítimes que permetin limitar només a determinats sol·licitants la publicitat —el coneixement— de les dades personals. De tota manera, a fi d'accedir-hi, els sol·licitants han d'al·legar i provar l'existència d'un interès concret a conèixer-les (requisit subjectiu) i, a més, ha d'haver transcorregut un període extens després de la dissolució de la societat en qüestió (requisit objectiu).¹⁵

En aquest sentit, recordem que, en l'esfera del dret a l'oblit, el factor temps no només constitueix un dels eixos vertebradors de la seva existència (que, a més, n'il·lustra de manera ben significativa el *nomen*), sinó que també esdevé el principal presupòsit per a l'apreciació o la denegació del seu exercici. Així, el *quantum* del temps transcorregut des de la publicació de les dades personals fins al moment d'exercici del dret a l'oblit és determinant en un doble sentit: per una banda, de cara a la pròpia existència del dret, que, per definició, fa referència a dades passades; per l'altra, de cara al seu exercici amb èxit, que demana ponderar els interessos i drets en conflicte.

En el nostre cas, el TJUE considera que en el litigi principal no concorren les raons preponderants i legítimes, fet del qual es poden extreure dues idees: d'una banda, això és coherent amb el parer que ha anat perfilant a través de la seva interpretació —els potencials adquirentes dels immobles tenen dret a accedir al registre—, i, de l'altra, posa en dubte l'exclusiva tasca interpretativa que li competeix —el Tribunal, a més de la seva exegesi, aporta la solució al litigi principal, com ja ha fet en altres resolucions.¹⁶

Al marge d'aquestes apreciacions, per a assolir aquesta interpretació el TJUE parteix de la premissa que la informació sobre la identitat de les persones que ha de constar en el registre (art. 2.1*d* i *j* de la Directiva 8/151/CE)¹⁷ inclou dades personals, ja que identifiquen o permeten identificar persones físiques (art. 2*a* Directiva 95/46/CE), i no és rellevant que aquestes dades s'incardinin en una activitat professional (par. 34).

A més, en dur a terme les activitats de transcripció, conservació i comunicació d'aquestes dades personals, l'autoritat encarregada efectua un tractament de dades personals del qual és també responsable, en virtut de l'article 2*b* i *d*, respectivament, de la Directiva 95/46/CE (par. 35). Per tant, aquestes activitats no escapen de l'àmbit d'aplicació material de l'instrument i així ho deixa palès, a més, l'article 7 *bis*

15. Hem estudiat aquest requisit, pel que fa a la recepció de la doctrina de la STJUE Google Spain en l'ordenament espanyol, a Adrian Di PIZZO CHIACCHIO, «Efectos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la doctrina sentada en el caso "Google Spain"», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 115 (2016), núm. 4, p. 939-976.

16. Cfr. STJUE Google Spain, par. 98 («En relació amb una situació com la del litigi principal [...]»).

17. Cfr. l'art. 2*d* i *j* de la Directiva 2009/101/CE.

de la Directiva 2009/101/CE¹⁸ (par. 36). Així mateix, aquestes activitats responen a causes legitimades enumerades en els apartats *c* —respecte d'una obligació legal—, *e* —exercici de l'autoritat pública o l'execució d'una missió d'interès públic— i *f* —interès legítim perseguit pel responsable o pels tercers a qui es comuniquen les dades— de l'article 7 de la Directiva 95/46/CE (par. 42).

Naturalment, la lletra *e* és particularment aplicable al cas, perquè habilita l'autoritat pública (en el cas, el registre de societats) per a tractar dades en el si de l'exercici de les prerrogatives de poder públic que li són atribuïdes. Per això, en emmagatzemar dades en bases de dades, en comunicar-les per obligació legal, en permetre'n als tercers la consulta o en facilitar-los-en còpies, l'autoritat pública desenvolupa operacions de tractament de dades personals legitimades pels dos títols habilitants assenyalats, ja que el tractament és inherent a l'exercici de la seva autoritat i també és necessari per a l'execució d'una missió d'interès públic (par. 43).

Ara bé, no és menys transcendent per al cas que l'article 6.1e de la Directiva 95/46/CE imposa un mandat que exigeix als estats membres (deure de mitjans) el compliment del principi de finalitat del tractament: la conservació de les dades personals ha de permetre la identificació de les persones interessades durant un període que no ha d'estendre's més enllà del que calgui per al compliment dels fins que van legitimar-ne la recollida o el tractament ulterior, amb l'excepció del tractament posterior amb finalitat històrica, estadística o científica (par. 45),¹⁹ que ja avançava el considerant 29 de la Directiva 95/46/CE.²⁰ En cas contrari, la persona interessada gaudeix de la facultat d'exigir a la persona responsable del tractament (la rectificació), la supressió

18. L'art. 7 bis, que constitueix una de les modificacions introduïdes per la Directiva 2012/17/UE, afirma que «[e]l tractament de dades personals que s'efectuï en el context d'aquesta Directiva es farà de conformitat amb allò disposat en la 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» (traducció de l'autor).

19. La previsió de l'art. 6.1b de la Directiva 95/46/CE ha estat transposada a l'art. 4.2 de la LOPD amb un tenor similar: «Les dades de caràcter personal que siguin objecte de tractament no podran usar-se per a finalitats incompatibles amb aquelles altres per a les quals les dades haguessin estat recollides. No es considerarà incompatible el tractament posterior d'aquestes dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques» (traducció de l'autor). Ara bé, per a determinar el caràcter històric, estadístic o científic de les finalitats, l'art. 9.1 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (RLOPD) (BOE, núm. 17, de 19 de gener de 2008), estableix que s'ha de complir el que prevegi la legislació aplicable en cada cas i, en particular, el que preveuen la Llei 12/1989, de 9 de maig, reguladora de la funció estadística pública (BOE, núm. 112, d'11 de maig de 1989), la Llei 16/1985, de 25 de juny, del patrimoni històric espanyol (BOE, núm. 155, de 29 de juny de 1985), i la Llei 13/1986, de 14 d'abril, de foment i coordinació general de la investigació científica i tècnica (BOE, núm. 93, de 18 d'abril de 1986), així com les seves disposicions que en desenvolupen el contingut i, naturalment, la normativa autonòmica que sigui aplicable.

20. El considerant 29 de la Directiva 95/46/CE sosté:

(l'oblit) o el bloqueig de les dades tractades, d'acord amb l'article 12*b* de la Directiva (par. 46) —que n'exemplifica l'exercici en els supòsits d'inexactitud i incompletesa de les dades, en relació amb l'article 6.1*d* del mateix instrument—, possibilitat que ha recordat el TJUE en la STJUE Google Spain.²¹

Tanmateix, en virtut de l'article 14*a* de la Directiva 95/46/CE, les persones interessades han de poder oposar-se, en qualsevol moment i per les raons legítimes que la casuística permeti, al fet que les seves dades personals siguin objecte de tractament —en concret, però no únicament, pel que fa als supòsits considerats en l'art. 7*e* i *f*, ja esmentat—, tret que la legislació nacional disposi una altra cosa. En cas que l'oposició al·legada per la persona interessada sigui justificada, el tractament de la persona responsable no podrà incloure les dades controvertides (par. 47). El TJUE ha manifestat en la STJUE Google Spain que la ponderació que deriva d'aquesta facultat «permet de tenir en compte de manera més específica totes les circumstàncies que envolten la situació concreta de l'interessat».²²

Tot i així, l'operador haurà de determinar prèviament la finalitat de la inscripció a fi d'observar si els estats membres tenen l'obligació de reconèixer a les persones físiques —*ex art. 2.1*d* i *j* Directiva 68/151/CE*, ja citat— el dret —*rectius*: la facultat— de sol·licitar a l'autoritat encarregada del registre que, després del transcurs d'un període determinat, supimeixi o bloquegi les dades personals que hi siguin inscrites, o bé que en limiti l'accés a persones concretes (par. 48).

Des d'aquest punt de vista, el règim de publicitat que estableix la Directi-

Considerant que el tractament ulterior de dades personals, amb fins històrics, estadístics o científics no ha de considerar-se en general incompatible amb els objectius per als quals les dades van ser recollides, sempre que els estats membres estableixin les garanties adients; que les esmentades garanties hauran d'impedir que les dades siguin utilitzades per prendre mesures o decisions contra qualsevol persona. (Traducció de l'autor)

21. Respecte d'aquest punt, la STJUE Google Spain va reconèixer de manera encertada el caràcter exemplificatiu (*numerus apertus*) de la causa que habilita l'exercici de la rectificació, la supressió o el bloqueig, prevista en l'art. 12*b in fine* de la Directiva 95/46/CE (par. 70):

En relació amb l'art. 12, lletra *b*), de la Directiva 95/46, el precepte disposa que els estats membres garantiran a tots els interessats el dret d'obtenir del responsable del tractament, si escau, la rectificació, la supressió o el bloqueig de les dades el tractament de les quals no s'ajusti a les disposicions de la Directiva, en particular a causa del caràcter incomplet o inexacte de les dades. Aquest darrer aclariment, relatiu al supòsit de l'incompliment d'alguns requisits recollits a l'art. 6, ap. 1, lletra *d*), de la Directiva 95/46, té caràcter d'exemple i no és taxatiu, de la qual cosa es desprèn que la manca de conformitat del tractament, que pugui oferir a l'interessat el dret garantit per l'art. 12, lletra *b*), de l'esmentada Directiva, també pot derivar-se de l'incompliment d'altres requisits de legalitat imposats al tractament de dades personals. (Traducció de l'autor)

22. Cfr. STJUE Google Spain, par. 76.

va 68/151/CE té com a finalitat protegir els interessos de tercers en relació amb les societats anònimes i les societats de responsabilitat limitada,²³ ja que, com sabem, aquestes societats —com a part de les societats capitalistes— només ofereixen el seu patrimonial social com a garantia.²⁴ Per aquesta raó, la publicitat ha de permetre als tercers conèixer-ne els actes essencials i les indicacions que hi siguin relatives, com ara, sobretot, la identitat dels qui tenen poder per a assumir obligacions a càrrec o en nom de la societat en el tràfic juridicoeconòmic (par. 49).

Aquesta perspectiva és coherent amb una de les finalitats de la Directiva 68/151/CE, la de garantir la seguretat jurídica en les relacions entre societats i tercers en el mercat interior, per a la qual cosa les persones han de poder tenir coneixement de les dades essencials quant a la constitució de la societat i les persones que la representen (par. 50). Això suposa que la protecció dels drets i interessos de tots els tercers —perspectiva generalista— no ha d'acotar-se solament als creditors de la societat controvertida.²⁵ A més, categoritzar els diferents tipus de sol·licitants no s'ajustaria al fet que, en accedir al registre, no calgui justificar la concurrència d'un dret o interès susceptible de protecció o tutela (par. 51).²⁶

Ara bé, si per a assolir aquella finalitat les dades personals que es relacionen en el registre sobre una societat han de romandre accessibles, àdhuc després que tingui lloc la dissolució d'aquesta, és una qüestió que la Directiva 68/151/CE no resol (par. 52). De tota manera, és comprensible que, rere la dissolució d'una societat, puguin subsistir drets i relacions que hi siguin vinculats i per als quals calgui comprovar les dades essencials que recull el registre (par. 53) —després inclús de diverses dècades, afirma l'AG—,²⁷ sobretot si es considera l'heterogènia quantitat de terminis de prescripció aplicables en els diferents estats membres (par. 54).

23. Vegeu el darrer considerant de la Directiva 68/151/CE i confronteu-lo amb el núm. 10 de la Directiva 2009/101/CE.

24. En efecte, veg. els ap. 2 i 3 de l'art. 1 del Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de societats de capital (BOE, núm. 161, de 3 de juliol de 2010), que tracten sobre aquesta idea:

2. En la societat de responsabilitat limitada, el capital, que estarà dividit en participacions socials, s'integrarà per les aportacions de tots els socis, que no hauran de respondre personalment dels deutes socials.

3. En la societat anònima, el capital, que estarà dividit en accions, s'integrarà per les aportacions de tots els socis, que no hauran de respondre personalment dels deutes socials. (Traducció de l'autor)

25. Com ha dictaminat la STJUE de 4 de desembre de 1997, assumpte C-97/96, *Verband Deutscher Daihatsu-Händler eV versus Daihatsu Deutschland GmbH*, par. 19.

26. Veg. par. 88 CAG.

27. Veg. par. 72 i seg. CAG.

Tot plegat dificulta —si no impossibilita, entén l'AG—²⁸ que les autoritats d'aquests registres puguin fixar amb certesa una data concreta a partir de la qual els drets dels tercers hagin expirat i, per tant, el recull de dades personals relacionades amb una societat deixi de ser necessari. En aquesta línia, tampoc no seria viable que, després d'un període des de la cessació d'activitats de la societat, només un grup determinat de persones pogués accedir a les dades personals de la societat, recollides en el registre, quan justificués un interès singular a conèixer-les, i que aquest interès prevalgués sobre la protecció de dades personals de la persona afectada.²⁹

Aquesta interpretació no suposa en cap sentit una ingerència desproporcionada en els drets de les persones interessades les dades de les quals són al registre —ni quant al dret al respecte de la seva vida privada ni quant al dret a la protecció de dades personals— (par. 57). Això es comprèn si es considera que, d'una banda, la publicitat exigida per la Directiva 68/151/CE es limita a una relació de dades específiques (par. 58) i, de l'altra, les persones físiques que decideixen participar en les relacions juridicoeconòmiques mitjançant una societat capitalista han de permetre com a contrapartida³⁰ l'accés a les dades personals que s'hi relacionen (par. 59), car la seva elecció «suposa una exigència permanent de transparència».³¹

No obstant això, tot i que els estats membres no poden garantir que, després del transcurs d'un període concret des de la liquidació de la societat, les persones físiques que hi estiguin lligades puguin exigir la supressió de dades personals inscrites en un registre (en virtut de l'art. 12b Directiva 95/456/CE), hi pot haver situacions en què la persona interessada manifesti raons preponderants i legítimes que justifiquin, de manera excepcional, la limitació de l'accés a les seves dades personals a les persones que provin un interès concret a consultar-les, sempre que el dret nacional no estableixi cap disposició en sentit contrari (en virtut de l'art. 14a Directiva 95/46/CE) (par. 56 i 61).

5. LA RECEPCIÓ DE LA INTERPRETACIÓ PER LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Finalment, d'acord amb l'exegesi efectuada pel TJUE i a partir de l'exercici de ponderació entre els drets i els interessos contraposats, la Corte Suprema di Cassazione va dictaminar³² que el sr. M. havia de suportar que, en el registre de societats,

28. Veg. par. 80 CAG.

29. Veg. par. 87 CAG.

30. Veg. par. 84 CAG.

31. Veg. par. 100 CAG.

32. *Ordinanza della Corte Suprema di Cassazione (Prima Sezione Civile)* 560/2017, de 9 d'agost de 2017 (rec. 10042/2012).

encara es relacionés el seu nom amb la condició d'administrador únic i liquidador d'Immobiliare e Finanziaria Salentina, SRL.

Els motius esgrimits per a assolir aquesta conclusió assumeixen la interpretació del TJUE en els termes següents (fonament jurídic [FJ] 5.2):

a) *Legitimitat del tractament*: el tractament de les dades personals que efectua l'autoritat encarregada de la gestió del registre de societats està legitimat per l'article 7c, e i f de la Directiva 95/46/CE.

b) *Finalitat del registre de les societats*: la finalitat de la inscripció de les dades en el registre de societats és la certesa del dret en les relacions entre les societats i els tercers, a través de la tutela dels interessos d'aquests darrers, a conèixer els actes essencials de la societat interessada i les indicacions que la concerneixen, i això sense haver de provar cap dret o interès susceptible de protecció o tutela.

c) *Exigència del coneixement de les dades després de la dissolució de la societat*: en aquest punt, àdhuc després de la dissolució d'una societat poden restar drets i interessos jurídics que hi siguin relatius, amb la qual cosa les dades inscrites en el registre poden resultar necessàries per a un seguit de qüestions com ara verificar la legitimitat d'un acte efectuat a nom de la societat quan era activa.

d) *Impossibilitat de fixar un termini de prescripció*: atès que hi ha tota una diversitat de règims de prescripció arreu de la Unió Europea, no és possible identificar un únic termini a partir de l'expiració del qual no caldria la publicitat en el registre de les dades esmentades.

e) *Aprovació d'una norma excepcional limitativa de la publicitat*: correspon al legislador nacional decidir l'aprovació d'una norma que permeti, en l'ordenament jurídic intern, la restricció de l'accés a les dades personals relacionades amb una societat i inscrites en el registre corresponent, als tercers que provin un interès específic per a accedir-hi, després d'un període avaluable de forma casuística i suficientment extens des de la dissolució de la societat.

f) *Verificació de l'existència de la norma d'excepció*: correspon al jutge nacional de reenviament avaluar l'estat del dret intern pel que fa a l'existència de la norma d'excepció esmentada, considerant que, com bé afirma la STJUE (par. 63), el mer fet que, suposadament, els immobles d'un complex turístic no es venguin perquè els potencials adquirents tenen accés a les dades personals del demandant, inscrites en el registre de societats, no constitueix una raó de caràcter preponderant i legítim que permeti exceptuar-ne el règim de publicitat.

A partir d'aquestes referències exegetiques, la Corte Suprema di Cassazione sosté que l'ordenament italià no considera el dret d'obtenir la limitació temporal o subjectiva de l'accés a les dades inscrites en el registre de societats a determinats tercers, en particular pel que fa al nom de l'administrador o liquidador de societats fallides i que hi han estat cancel·lades (FJ 5.3).

En aquest sentit, la publicitat jurídica respon als interessos generals del coneixement de determinats fets jurídics que, com que són accessibles a tothom, produeixen

seguretat jurídica, atès que donen certesa als fets jurídicament rellevants (FJ 5.3.1). Tanmateix, el fet que la societat hagi estat subjecta a un procediment concursal no representa, *per se*, una dada lesiva de la reputació o l'honor de l'administrador que la representa (FJ 5.3.4).

Per tant, l'exigència de garantir la transparència registral a fi de dotar de seguretat els intercanvis econòmics dona raó de la funció històrica del registre de societats, que exigeix als qui decideixen participar en el mercat econòmic a través d'una societat que hagin de suportar la publicitat de determinades dades personals que hi siguin relacionades. Aquesta circumstància es relaciona amb el principi de solidaritat, que imposa deures individuals per a la tutela i la protecció de béns i valors de la comunitat en conjunt (FJ 5.3.6).

6. CONCLUSIÓ: LA INTERPRETACIÓ EN L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL

Un criteri diferent del postulat per la STJUE Manni —i possiblement més encertat— és el que ha mantingut l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) en el nostre ordenament intern. Així, en reiterats informes,³³ l'AEPD ha interpretat que, en virtut de l'article 2.2 del Reglament de la Llei orgànica de protecció de dades (LOPD),³⁴ tant les persones jurídiques com els professionals i els comerciants individuals (aquests dos últims, quan les seves dades hagin estat tractades tan sols en la seva consideració d'empresaris) queden exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LOPD i, per extensió, les informacions tractades sobre la seva persona no constitueixen dades personals ni hi ha, en conseqüència, tractament de dades (*ex art. 3a i c*, respectivament, LOPD).

Així, l'empresari respecte de qui no es confon públicament la seva faceta professional amb la seva faceta personal no és titular del dret a l'oblit quan actuï en el si d'aquella, de manera que una pretensió amb idèntiques circumstàncies a les del cas que ens ocupa seria, en principi, inviable en el nostre ordenament.

En qualsevol cas, tenint en compte el criteri d'excepcionalitat estricta postulat pel TJUE per a considerar la possibilitat que una persona física vinculada a una societat pugui exercir l'oblit respecte de dades personals que s'hi lliguen, l'efecte al qual condueixen ambdues interpretacions és pràcticament el mateix: la negació material

33. Poden valer com a exemples els informes jurídics de l'AEPD núm. 164/2008, 119/2009, 652/2009 i 248/2010.

34. Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desenvolupament de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (BOE, núm. 17, de 19 de gener de 2008).

de l'exercici del dret —i, per extensió, de la seva titularitat— a l'empresari quant a les dades personals pròpies relacionades amb la seva activitat empresarial i inscrites en el registre de societats (mercantil).

I això perquè, entre altres circumstàncies restrictives del dret —com ara el règim de publicitat i la protecció de tercers, que fomenten la seguretat jurídica—, el factor temps continua sent de cabdal importància en aquesta matèria. Així, com que no és possible identificar un termini determinat per a tots els estats membres a partir del qual la inscripció registral de les dades de la persona interessada es pugui considerar innecessària, no és possible garantir a les persones físiques un dret en virtut del qual, transcorregut un termini determinat des de la liquidació d'una societat, puguin exigir al registre la supressió o el bloqueig de les dades personals que hi constin (*ex art. 12b Directiva 95/46/CE*).

A partir d'aquesta premissa entra en joc, naturalment, l'anàlisi casuística mitjançant la qual l'autoritat nacional ha de determinar, en primer lloc, si ha transcorregut un període extens (per a la qual cosa haurà de fixar *a priori* què s'ha d'entendre per «extens») i, en segon lloc, si concorren les raons legítimes i preponderants que permetrien l'exercici del dret d'oposició. No obstant això, ja que l'exercici del dret d'oposició està condicionat al fet que el dret nacional de què es tracti no estableixi una disposició contrària (art. 14a Directiva 95/46/CE), el criteri que ha de regir la seva aplicació excepcional s'acota encara més.

Una postura continuïsta en aquest sentit adopta el RGPD, que, en el reconeixement explícit del dret a l'oblit, en l'article 17.3 n'impedeix l'exercici quan concorri una obligació legal que faci necessari el tractament de dades o que estableixi que s'ha de realitzar per al compliment d'una missió en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits al responsable (lletra *b*), o respecte del tractament amb fins d'arxiu en interès públic, quan l'exercici del dret a l'oblit impossibiliti o obstaculitzi greument la consecució dels objectius d'aquest tractament (lletra *d*). D'aquesta manera es pronuncia l'advocat general, qui afirma que la seva anàlisi (favorable a la publicitat registral del nom de la persona interessada en relació amb una societat fallida i dissolta) és compatible amb l'article 17.3*b* i *d* RGPD.³⁵

35. Veg. par. 101 CAG.

A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 24 DE ABRIL DE 2017. NOTA EN MATERIA DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. UNA VEZ MÁS: EL SOBREPrecio Y LA DISCUTIDA VALIDEZ DEL CONTRATO DE VENTA Y OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS

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

Resumen

El trabajo incide en la relevancia que puede llegar a tener, a efectos de validez y otras cuestiones, el pacto relativo al precio de viviendas de protección oficial en caso de exceder el precio fijado legalmente para este tipo de inmuebles. Se cuestiona abiertamente la lectura jurisprudencial que reduce la cuestión a una materia de derecho administrativo sancionador.

Palabras clave: compraventa, precio, nulidad.

A PROPÒSIT DE LA RESOLUCIÓ DE LA DIRECCIÓ GENERAL
DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT DE 24 D'ABRIL DE 2017.
NOTA EN MATÈRIA D'HABITATGES DE PROTECCIÓ OFICIAL.
UNA VEGADA MÉS: EL SOBREPREU I LA DISCUTIDA VALIDESA
DEL CONTRACTE DE VENDA I ALTRES NEGOCIS JURÍDICS

Resum

El treball tracta de la rellevància que pot arribar a tenir, a l'efecte de la validesa i altres qüestions, el pacte relatiu al preu d'habitatges de protecció oficial en el cas que s'excedeixi el preu fixat legalment per a aquest tipus d'immobles. Es qüestiona obertament la lectura jurisprudencial que redueix la qüestió a una matèria de dret administratiu sancionador.

Paraules clau: compravenda, preu, nul·litat.

ABOUT THE RDGRN 24TH APRIL 2017. NOTE REGARDING
OVER-PRICING AND THE DISCUSSED VALIDITY OF THE SALES
AND OTHER JURIDICAL ACTS

Abstract

The comment focuses on the relevance that may have, for the purposes of validity and others, the agreement relative of the price of housing for official protection in the case of exceeding the legally set for this type of property.

Keywords: sales law, price, validity.

1. PRELIMINAR

Aunque se remonta a ya hace veinte años la primera vez que traté del sobreprecio en las viviendas de protección oficial (VPO)¹ y aunque es materia que parecía haber decaído, por la más reciente y aquilatada jurisprudencia del Tribunal Supremo, al diferenciar diversos supuestos, así cuando se trataba de venta, de la liquidación de gananciales o de la adjudicación hereditaria, aún y así sigue mereciendo la atención doctrinal² y, desde luego, la consideración registral, como resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 24 de abril de 2017, que tomo como base, cuando precisa que «hay que señalar que ni la legislación estatal ni la autonómica consideran la venta de una vivienda de protección oficial con

1. En concreto, véase Ángel SERRANO DE NICOLÁS, *Los arrendamientos de viviendas de protección oficial según la nueva legislación*, Barcelona, Cedecs, 1998, p. 69-82, con la doctrina y jurisprudencia que allí cito y a la que me remito. Vuelvo a tratar la materia del sobreprecio en los negocios jurídicos más frecuentes en Ángel SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la vivienda con protección pública (II). Las formas de transmisión: el precio máximo y la prohibición del sobreprecio. El visado público de actos y contratos: su régimen jurídico en la LDVCat 2007 y el control notarial de su cumplimiento», en Julio PONCE SOLÉ y Tomàs DOMÈNECH SIBINA (coord.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo. Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 672-678.

2. Por todos, véase M. Dolores MAS BADIA, *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de gananciales, partición de herencia y división de cosa común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, y de la misma autora, posteriormente, M. Dolores MAS BADIA, «Método de avalúo de las viviendas de protección oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia: diagnóstico del problema y propuesta de solución», *Revista de Derecho Civil*, vol. II (2015), núm. 4, p. 121-152, e incluso ya antes, M. Dolores MAS BADIA, «Tema 4. La compraventa de viviendas de protección oficial», en Francisco LLEDÓ YAGÜE (dir.) y Óscar MONJE BALMADEA (coord.), *La protección del consumidor de inmuebles*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 119-181.

sobreprecio contrato nulo, sino que únicamente está previsto un régimen sancionador [...] “es doctrina reiterada y consolidada de esta Sala [Sala 1ª del TS], que los contratos de compraventa de viviendas de protección oficial, en los que las partes fijan libremente un precio superior al oficial no son nulos, puesto que tal sanción de nulidad, no aparece prevista en la legislación específica de este tipo de viviendas, siendo la existencia de sobreprecio, únicamente determinante de sanciones administrativas y pérdida de beneficios; del mismo modo, no es procedente, dice reiterada jurisprudencia, sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue el decisivo para el acuerdo de voluntades” (sentencias de 16 de julio de 2001, 19 de noviembre de 2002 y 12 de diciembre de 2007, entre otras)».

Las afirmaciones o pilares que parecen servir de apoyo a la solución dada, que —como pretendo demostrar— no pueden admitirse como afirmaciones apodícticas (y menos para la vigente legislación catalana de protección del derecho a la vivienda), son los siguientes:

— No se contempla la nulidad del contrato de compraventa de una VPO con sobreprecio ni en la legislación estatal ni tampoco en la autonómica,³ sino simplemente un régimen sancionador y de pérdida de beneficios (que perjudicarían —debe añadirse— también al comprador, si creía comprar una VPO).⁴ Esta afirmación lleva a que nos tengamos que preguntar si la omisión —de una regulación concreta en la legislación específica— no será por causa de que es innecesaria, dado que la solución o

3. Afirmación inexacta para el derecho catalán de la vivienda, en el que, con meridiana claridad, el art. 84 LDVCat 2007 dice literalmente: «*Artículo 84. Prohibición de sobreprecio.* 1. En la transmisión o cesión de uso de viviendas de protección oficial por cualquier título, se prohíbe el sobreprecio, la prima o la percepción de cualquier cantidad que altere el precio, renta o canon que corresponda, de acuerdo con las normas aplicables. 2. Son nulas de pleno derecho las cláusulas y estipulaciones que establezcan precios superiores a los máximos que autorizan las normas aplicables. En estos casos, se entiende que la transmisión se ha efectuado por el precio máximo normativamente permitido. El resto del contrato es válido si se cumplen los demás requisitos para la transmisión o cesión de uso de la vivienda de protección oficial. Si el adquirente u ocupante ha abonado cantidades indebidamente, vulnerando la norma, tiene derecho a reclamar su reintegro. 3. Lo establecido por el presente artículo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda por la comisión de las infracciones tipificadas por el título VI». Comenté esta norma en ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS, «Régimen jurídico de la vivienda con protección pública (II)», p. 672-673, donde concluía que la prohibición, por el propio tenor de la norma y por tenerse que interpretar restrictivamente dado su carácter prohibitivo, tiene como elemento definidor que se trate de un negocio traslativo o de cesión (luego habla de sobreprecio, prima o percepción de cantidad, lo que excluiría los negocios gratuitos), y cuando dice «por cualquier título» —que podrá ser público, por ejemplo la escritura pública, o privado— debe relacionarse con el art. 82 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, del derecho a la vivienda (LDVCat), que admite el derecho de superficie, la venta a carta de gracia y otros derechos reales, así como el arrendamiento o cualesquiera otros que admitan la ocupación o el uso, y, junto a esto, sanciona con la nulidad parcial y la imposición del precio máximo legal, y esto no excluye las sanciones administrativas.

4. Esta fue la conclusión —la de la validez civil— que ya en su día defendió ANTONIO URIBE SORRIBES, «La legislación de viviendas de protección oficial», *Revista de Derecho Notarial*, núm. 111 (1981), p. 216.

respuesta a la infracción ya está contemplada en el régimen general de la nulidad de la compraventa del Código civil (CC), por lo que, salvo que se quisiera dar otra solución, se hace innecesaria su regulación en la legislación especial. Ello, al margen de que parece intuirse la pretensión de querer encuadrar la respuesta jurisprudencial y registral en el supuesto de hecho del artículo 6.3 CC (que habla de un genérico «actos», que en sí también incluye al contrato), cuando más específico —y, por tanto, de aplicación preferente— es el artículo 1255 CC, este sí para los contratos y que, por cierto y aunque de ordinario casi únicamente se resalte su regla general de libertad contractual, es igualmente cierto que esta libertad está sujeta a las leyes (civiles, pero además, pues en ningún sitio las excluye, a las administrativas u ordenadoras del mercado),⁵ la moral y el orden público (que tanto puede ser jurídico como económico, sobre todo cuando se pretende ordenar el mercado, lo que aquí sucede). Por tanto, libertad contractual sí, pero no sin más y sin sujeción a los propios límites, entre los que está el precio (por así limitarlo la ley especial que las regula) y, además, la ley impone límites: el precio y las personas que podrán llegar a adquirir viviendas de promoción pública. O sea, la solución debe venir de considerar que las VPO son bienes *extra commercium*, aunque sea limitadamente respecto a tiempo, precio y personas, según sus diferentes categorías,⁶ y no de si se contempla o no una concreta sanción, que, por otra parte, sí la hay.

— No puede decretarse la nulidad parcial⁷ amparándose en la jurisprudencia concreta que cita, aunque no sea la única y aunque el propio Tribunal Supremo ha reconocido su no clara línea jurisprudencial.⁸ Añade a ello que el precio ha sido decisivo para el acuerdo de voluntades, lo que, además de que es discutible, dada la solución de la disposición adicional primera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU), y la legislación específica catalana, es decir, el artículo 84

5. Un claro ejemplo de reconocimiento de que la legislación administrativa y la civil deben integrarse en esta materia de viviendas protegidas es la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 290/17, de 12 de mayo de 2017, en materia de arrendamiento urbano y desahucio.

6. Puede verse, entre las aportaciones más recientes, Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO, «La calificación de las viviendas de protección pública: evolución normativa hasta el régimen de protección oficial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 296 (2015), p. 17-65, esp. p. 46-56.

7. Véase, no obstante, para esta solución, Manuel GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 332. Y, en su día, la STS de 20 de junio de 1985, cierto que para el ámbito del Reglamento de 1968, aunque la STS de 15 de febrero de 1991 reconocía que la pretendida autonomía de la voluntad estaba restringida por los preceptos de carácter imperativo. Y, desde luego, el párrafo quinto de la disposición adicional primera de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994, eso sí, para su grupo normativo, disponía: «Sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan, serán nulas las cláusulas y estipulaciones que establezcan rentas superiores a las máximas autorizadas en la normativa aplicable para las viviendas de protección oficial».

8. Al efecto, véase la STS de 9 de febrero de 1995, que reconoce la oscuridad que ha podido derivarse de la variada solución jurisprudencial al caso concreto, pero también podrá alegarse que fue en materia de liquidación de gananciales.

de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, del derecho a la vivienda (LDVCat), puede implicar desconocer que solo una de las partes —justo la vendedora— conoce su régimen jurídico específico. Por lo demás, la calificación del inmueble como VPO podría facilitar la aplicación del artículo 1266 CC a efectos de anular el contrato por error en la sustancia de la cosa. Y es que no puede negarse que aquella calificación hace que sean cosas distintas una vivienda libre y otra de protección oficial. En este sentido, un indicio de que lo que se quería adquirir era una VPO sería que no se solicitase la descalificación como tal, cuando ello sea posible. Es cierto que varias de estas cuestiones únicamente pueden discutirse en la vía judicial.

Al no poderse admitir como afirmaciones apodícticas las sentadas por esta RDGRN de 24 de abril de 2017, considero que se hace necesario matizar las cuestiones que se estudian seguidamente.

2. DISPOSICIONES CONCRETAS (LEGISLACIÓN ESPECÍFICA Y CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL) E INTEGRACIÓN DE LA DIFERENTE NORMATIVA CIVIL E INCLUSO ADMINISTRATIVA

Aquí me limitaré a la legislación catalana y la estatal específica de VPO. Además, en efecto, la venta o cualquier otro acto traslativo deberá integrarse dentro de la teoría general del contrato y las normas generales, del CC y en su día del Código civil de Cataluña (CCCat), sobre la venta. Y, sin duda, en la teoría general de las obligaciones y los contratos debe estarse al consentimiento, o acuerdo de voluntades, pero también al objeto —sustancia de la cosa, art. 1266 CC— y, desde luego, a la licitud de la causa. Cabe recordar que el propio artículo 1275 CC la considera ilícita «cuando se opone a las leyes o a la moral». Y, al no ser unánimemente aceptada la teoría objetiva de la causa (o función económico-social), sino que debe permitir controlar la licitud del contrato (del contrato concreto de que se trate, no como algo abstracto), parece reverdecer la tesis subjetivista, o cuando menos que la licitud del precio también sea controlable a través de la causa.⁹

Así, conviene repensar, de nuevo, sobre las cuestiones que se suscitan seguidamente.

9. Al efecto y si bien no procede un estudio de la causa, sin embargo sí conviene recordar que se abre cierto paso en Italia la tesis subjetivista. Al efecto, Maurizio Fusco, «Brevi nota sulla nozione di causa del contratto: il superamento della teoria oggettiva», *Filodiritto*, 2011, p. 1-2, www.filodiritto.com (consulta: 12/12/2017), destaca que se trataría de superar la postura de quienes defienden que en un contrato típico no puede haber causa ilícita (*cfr.*, para la apreciación de cada contrato concreto, la Sentencia de la Corte di Cassazione Civile, Sez. III, di 7/10/2008, n. 24769), por entender la reciente jurisprudencia italiana que la síntesis de los intereses reales que el singular y específico contrato pretende conseguir (o causa concreta) sí es controlable judicialmente. Y, desde luego, en el nuevo derecho francés de obligaciones, en el que se dice

2.1. NECESIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CALIFICACIÓN Y DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La VPO es tal desde que está calificada así definitivamente, pero junto a la necesidad del acto administrativo de la calificación se plantea la necesidad de su inscripción registral. Al efecto, cabe decir que su régimen jurídico —o sustancia de la cosa— se da desde que tiene la calificación definitiva, aunque ya desde que lo es provisionalmente se puede aplicar a expensas de que lo llegue a ser definitivamente. Siendo así, la inscripción la dotará de la oponibilidad que resulta del Registro de la Propiedad. El problema estará situado en si es necesario que la calificación definitiva conste en el Registro de la Propiedad o si, como limitación que sería del dominio, se crea un estatuto de propiedad especial que sería oponible incluso sin inscripción (*cf.* RDGRN de 26 de abril de 2014)¹⁰ desde que se tiene la calificación definitiva, que es lo que parece más ajustado a derecho.

que desaparece la causa, su mejor doctrina admite que lo que podrían ser sus funciones se podrá seguir consiguiendo, entre otros supuestos, mediante el precio irrisorio (al efecto, para la reforma que entró en vigor el 1 de octubre de 2016, véase Denis MAZEUD, «Observations conclusives», *Revue des Contrats*, núm. hors-série 2016 (monográfico), *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, p. 53-54), pero por igual razón también podría extenderse al sobreprecio.

10. Al efecto, y aplicable, con carácter general, en cuanto a los pronunciamientos que sigue, aunque se refiera a una legislación autonómica concreta, resulta que «[l]as limitaciones que sobre el dominio impone la legislación sobre vivienda protegida constituyen limitaciones legales delimitadoras del contenido ordinario del dominio, y definitorias de una propiedad estatutaria, en cuanto las facultades que atribuye a su titular quedan sujetas, en su contenido y ejercicio, al estatuto especial resultante de la finalidad social para el que se genera el objeto del derecho. Así, tales limitaciones resultan de forma directa de la legislación estatal y autonómica dictada en materia de vivienda sujeta a regímenes de protección pública, son de aplicación a todo titular de viviendas protegidas, de conformidad con el régimen concreto con arreglo al cual hayan sido clasificadas, y su contravención producirá los efectos que, para cada caso, establezca la regulación aplicable. Por tanto, la constancia registral de tales limitaciones queda sujeta, en cuanto a su eficacia, a lo previsto en el artículo 26.1 de la Ley hipotecaria, que establece que las prohibiciones establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio. Por ello, para aquellos casos en que tanto la legislación estatal como la autonómica prevén la constancia registral de tales limitaciones, establecen que se producirá a través de una nota marginal que no producirá otro efecto que el meramente informativo o divulgativo de la limitación legal del dominio a que se refiere. Así resulta de lo previsto en el artículo 7 del Real decreto 2066/2008 en el ámbito estatal y, en el ámbito de la legislación autonómica de Castilla-La Mancha, de lo previsto en el artículo 20 del Decreto 173/2009. Y la misma eficacia ha de entenderse que tiene la nota marginal prevista en el artículo 25.7 del Decreto 3/2004, aunque el mismo no determine de forma expresa tales efectos. Y así se establece porque el carácter legal o directamente emanado de la norma, que tiene tales limitaciones, excluye la necesidad de su inscripción para que tengan plena aplicación en toda transmisión de viviendas protegidas sujeta a las mismas. Por tanto, la inscripción de transmisiones de viviendas protegidas exige que por el registrador se califique si el acto dispositivo se ajusta a las limitaciones a que la norma aplicable lo sujeta, aun cuando tales limitaciones no resulten del Registro».

2.2. LA PRETENDIDA VALIDEZ DEL SOBREPREGIO: ALGUNOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA

La pretendida validez del sobreprecio se ha fundado desde hace años en que no hay norma concreta que sancione la nulidad parcial¹¹ —a salvo lo ya dicho para el derecho catalán, art. 84 LDVCat 2007— de este en la legislación específica de VPO,¹² sin aclarar —no obstante la relevancia que podría tener, como se verá seguidamente— si se la considera legislación civil o administrativa, y a ello se une la aplicación sin más del artículo 6.3 CC, como si lo que diera sentido al artículo fuese el «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Y, en efecto, sí establece un efecto distinto del de la validez, pues en concreto se contempla la posibilidad de instar la resolución del contrato,¹³ cierto que para un supuesto concreto como es el de la revalorización, que aquí no encajaría pues no hay tal o no revalorización de las cantidades, sino un precio concreto; no obstante, lo cierto es que la regla es la nulidad de pleno derecho, como lo es la libertad contractual en el artículo 1255 CC. Pero a esto habría que añadir que si aquí se admite

11. Sobre la nulidad parcial es relevante, aunque siempre se trate de una venta entre particulares, sin que actúe la figura del consumidor, la STS de 3 de septiembre de 1992, que rechaza aplicar la sanción de la nulidad parcial dado que se está ante una cláusula esencial del contrato. A lo que cabría recordar que así es, pero que aplicar la nulidad parcial no supone hacer desaparecer el elemento esencial del precio, sino simplemente ajustarlo a la previsión legal.

12. A favor de una revisión de los criterios jurisprudenciales se muestra Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, «La adquisición y transmisión de las viviendas de protección pública (prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer)», *El Consultor Inmobiliario*, núm. 56 (2005), p. 1-21, exp. p. 6: «[...] nada debería impedir instar la nulidad parcial con sobreprecio en el supuesto del comprador de buena fe que, reuniendo los requisitos para acceder a una vivienda protegida, ignora que se trata de una vivienda de protección pública sometida a limitaciones de disponibilidad (*vid.* en este sentido la acertada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 28 de noviembre de 2000)».

13. En el Real decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda, se establece, en lo que aquí interesa: «*Artículo nueve. Titularidad de la propiedad y del uso.* Podrán ser propietarios de las viviendas de protección oficial las personas físicas o jurídicas. Únicamente las personas físicas podrán ser usuarias de las viviendas de protección oficial». Y, más en concreto en cuanto al precio de venta y de forma imperativa, «será», dice textualmente (aunque cierto que sin establecer expresamente la sanción, pero justo por no establecerla tendrá que ser la general a la inobservancia de una norma imperativa, que no es otra que la nulidad): «*Artículo once. Precio de venta.* El precio de venta por metro cuadrado de superficie útil de una vivienda de protección oficial será, para cada área geográfica homogénea, igual o inferior a uno coma dos veces el módulo (M) aplicable, vigente en la fecha de la concesión de la calificación definitiva. [...] Si de la revisión de precios resultare un precio final de la vivienda superior en un veinticinco por ciento al inicialmente pactado, el adquirente podrá instar la resolución del contrato. Las cantidades entregadas a cuenta por el adquirente le serán reintegradas revalorizadas en la misma proporción en que se hubiere revisado el módulo (M), aplicable, vigente desde el momento de la entrega de cada cantidad hasta el momento de la resolución del contrato de compraventa».

que esta normativa reguladora de la vivienda protegida es integrable con la legislación civil estricta (en esencia, la del CC), habría que admitir que también es aplicable el artículo 1255 CC cuando se remite a la ley, como cuando lo hace el artículo 1275 CC, y sin duda lo es también al configurar la propiedad (art. 348 CC) y aquí las leyes son las que configuran las limitaciones específicas del dominio, como hace la legislación reguladora de las viviendas protegidas.

2.3. LA ARGUMENTACIÓN BASADA EN LA DISTINCIÓN ENTRE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO: ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA Y ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

No puede desconocerse que es habitual negar la integración del CC con normas administrativas, y de ahí la pretendida validez civil del sobreprecio, al margen de la posible sanción administrativa; pero igualmente debe admitirse que el estatuto de la propiedad, como las limitaciones al dominio o la configuración del mercado, viene delimitado por varias normas, entre las que priman las constitucionales (sobre las civiles y las administrativas), tanto por su rango jerárquico como por ser las ordenadoras del ámbito en que se tienen que desarrollar las demás, y por el sentido o el alcance que se les debe dar. No puede desconocerse que la Constitución española de 1978 (CE) no es una manifestación del liberalismo del siglo XIX propio del CC, sino el reflejo de un estado social y democrático en el que cabe perfectamente la planificación de los bienes o del mercado, en este caso el mercado inmobiliario. Estamos, pues, por su encuadre sistemático, ante la manifestación de los principios rectores de la política social y económica, como el artículo 47 CE, del que la VPO es epónima manifestación en cuanto tiene que destinarse a domicilio habitual y permanente, o incluso el mismo artículo 128.1 CE, pues admitir un sobreprecio choca frontalmente contra el interés general, pues justo se limita el precio para sustraer al mercado —durante un tiempo concreto, dando la salida de la descalificación, *ex art. 78.5 LDVCat 2007*, si son de promoción privada— el libre comercio de unos bienes concretos como son las viviendas protegidas.

Junto a la interpretación dentro del ámbito constitucional se hace imprescindible no olvidar que la pretendida inexistencia de sanción a la inobservancia debe resolverse conforme a la teoría general de las obligaciones y los contratos, y en esta aparece clara la nulidad cuando se va contra una norma prohibitiva o imperativa; además, en el artículo 6.3 CC lo más que se dispone es que «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas» establezcan un efecto distinto —del de la nulidad— para la contravención, y el hecho que la legislación específica prevea una sanción administrativa no implica admitir la validez, pues no respeta las reglas de la deducción lógica, dado que no hay ningún silogismo del que quepa inducir la validez, sino que distingue lo que es ordenación de un precio máximo relevante a efectos de la validez

en el orden civil y lo que es administrativo en materia sancionadora,¹⁴ pues, en suma, es aplicar el estatuto dominical de un bien concreto, que en parte podrá ser mediante normas llamadas civiles y en parte podrá ser mediante normas administrativas, pues cada vez es más frecuente que se entremezclen para conseguir la finalidad constitucional, unido a que la sanción en sí no exige que el contrato tenga que ser válido para poderlo sancionar; basta el ejemplo del —ya citado— artículo 84.3 LDVCat, que admite la responsabilidad por las infracciones, aunque el artículo 84.2 LDVCat también sanciona la nulidad.¹⁵

2.4. ERROR EN LA CUALIDAD DE LA COSA Y RECONOSCIBILIDAD DEL MISMO

He reiterado que se ha puesto en exceso el acento en diferenciar lo civil de lo administrativo al preferir el artículo 6.3 CC frente a los artículos propiamente aplicables por razón de la materia, que son el 1255 y el 1275 CC. Junto a ello, se da especial predicamento al acuerdo de voluntades sin siempre poner de relieve el posible error en que ha incurrido la parte compradora cuando compra una VPO por un precio más propio de una vivienda libre. Desde luego, cosa distinta será que, pudiéndose solicitar la descalificación, se solicite (cosa que no cabe en las viviendas de promoción pública). Por otra parte, no podrá alegarse una pretendida inexcusabilidad del error, pues junto a la obligación notarial de informar y proteger a la parte más débil, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de diciembre de 2007 precisa que no ha de imputarse a los adquirentes o arrendatarios la falta «de diligencia en la averiguación de la realidad (es decir, de las limitaciones que afectan a la venta), porque no puede

14. La STS, Sala Tercera, de 20 de marzo de 2000, señala la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en una venta de VPO de promoción privada, por tener el contrato naturaleza jurídico-privada aunque el promotor sea un ayuntamiento. En suma, aunque sea de promoción pública, ello no hace que el contrato no siga siendo de naturaleza privada, como en las viviendas de promoción privada.

15. En la propia legislación estatal de la vivienda protegida, el Real decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, se contempla la sanción al sobreprecio, pero se contempla la sanción en lo que es el orden administrativo, sin decir nada, ni poderse de ello deducir, que en sí presuponga la validez civil, mientras que sí se contempla que hay un precio «legalmente autorizado». En la vía civil, el sobreprecio implicará incumplir con una norma imperativa civil. La consecuencia es la nulidad del acuerdo tendente a establecer dicho precio. En el orden administrativo, si la fijación de un precio no autorizado se contempla como infracción, acarreará la correspondiente sanción. Así, se dice: «*Artículo cincuenta y siete. Sanciones.* Las infracciones al régimen legal de vivienda de protección oficial serán sancionadas: a) Con multas de cinco mil a cincuenta mil pesetas, las leves. b) Con multas de cincuenta mil a doscientas cincuenta mil pesetas, las graves. c) Con multas de doscientas cincuenta mil a un millón de pesetas, las muy graves: Cuando la infracción cometida consista en la percepción de precio superior al legalmente autorizado, podrá reducirse la cuantía de la sanción a imponer, sin que en ningún caso sea inferior al quintuplo de la diferencia entre el precio percibido y el precio legal, cuando se trate de arrendamiento, o al duplo de dicha diferencia en caso de compraventa. [...]».

establecerse como principio dudar de las declaraciones de las partes, lo que va en contra de la presunción de buena fe, o como señalara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de enero de 1964 “no es obligada la duda de la buena fe de aquél con quien se contrata”». Y sin duda falta a la buena fe y a la lealtad contractual el que cobra un precio que no corresponde dado el máximo legal. Y ello es aún más evidente cuando, pudiendo ya descalificar, no se solicita la descalificación antes de la venta.

El notario tiene, pues, la obligación de informar del régimen jurídico concreto de la finca o vivienda que se adquiere, de sus limitaciones y, en su caso, de su inobservancia, y, en todo caso, en la legislación catalana sí se sanciona la nulidad.

3. OTROS SUPUESTOS EN LOS QUE ACTÚA EL LÍMITE DEL PRECIO O VALOR: SOCIEDAD DE GANANCIALES, ADJUDICACIÓN HEREDITARIA Y ADJUDICACIÓN FORZOSA. VALOR DE TASACIÓN

Junto a la venta, que es el principal contrato que se ve en las notarías, también son frecuentes y plantean problemas en orden a su valoración los supuestos de la liquidación del régimen de gananciales, o incluso la comunidad proindiviso, y de la adjudicación hereditaria. Y al hilo de ello también merece la pena detenerse en la adjudicación forzosa por las dudas que se generan en materia de tasación o a propósito de la valoración catastral.

Al efecto, cabe distinguir los siguientes supuestos:

a) *Liquidación de los bienes gananciales*: en este ámbito hay que estar a la STS 252/2008, de 4 de abril de 2008,¹⁶ que, superando la opción de acudir al valor de mer-

16. Transcrita en lo que aquí interesa, dice lo siguiente: «TERCERO. Para centrar el punto esencial que estos dos motivos plantean, debe estudiarse la doctrina de esta Sala en relación con los negocios jurídicos relativos a los precios de la venta de viviendas de protección oficial y su relación con la valoración de las mismas cuando se trata de bienes gananciales y deba procederse a la liquidación por haberse disuelto la sociedad. 1.º Ciertamente este Tribunal ha venido declarando de forma bastante unánime en sentencias pronunciadas sobre esta cuestión, que la validez de los contratos de compraventa de viviendas calificadas como de protección oficial no quedaba afectada por el hecho de que se hubiese pagado el precio de mercado, superior al tasado oficialmente. Así ocurre en las sentencias de 14 octubre 1992, 4 mayo 1994, 4 mayo y 26 junio 1995, 21 noviembre 1996 y 4 febrero 1998. En todas ellas se afirma que el contenido del contrato es el libremente pactado entre las partes y ello determina su validez, con independencia de las sanciones administrativas en que se puede incurrir al vulnerar las prohibiciones relativas al precio. Sin embargo, estas sentencias no pueden ser utilizadas para resolver el presente recurso, porque en ellas se trata de la validez de contratos de compraventa, cuestión distinta de la que debe resolverse ahora. 2.º El punto central de este recurso es el valor que debe ser atribuido en la liquidación de los bienes gananciales a las viviendas calificadas como de protección oficial mientras está vigente esta calificación. La recurrente aporta la sentencia de 11 julio 1995 que, precisamente en una liquidación de gananciales, atribuye por primera vez el valor de

mercado a una vivienda de protección oficial con el argumento que “En resumen, la parte no está conforme con la valoración dada al piso en cuestión que está calificado como vivienda de ‘protección oficial’, sin reparar que, en ocasiones, el valor real de un bien, no coincide con su precio autorizado, en este caso, por limitaciones de orden administrativo. La posibilidad, sin embargo, de la descalificación, con las consecuencias legales inherentes a la misma, no puede razonablemente desconocerse, y, con ello, tampoco puede ignorarse que el precio entonces en el mercado sería notablemente mayor al autorizado. No se incurre, por tanto, en ningún acto contrario a norma imperativa que conduzca a una nulidad de pleno derecho, en tanto que sólo se previenen las consecuencias de una posible descalificación y su repercusión sobre el valor real, y entonces libre del inmueble [...]”. Este criterio fue confirmado por la Sentencia de 16 diciembre 1995, que señalaba que, con independencia del tratamiento de este tipo de viviendas, “No se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente, en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen este criterio de igualdad”, por lo que aceptaba el valor de mercado. Sin embargo, la anterior Sentencia de 9 febrero 1995, después de señalar que lo único que puede ser acogido en el caso de la valoración de estos bienes en la liquidación de los gananciales es que “el requisito del precio cierto de estos pisos lo determina la disposición legal que los autoriza y determina”, argumenta lo siguiente: “Este Tribunal y para el concreto supuesto en el presente recurso ofrecido, decide la estimación del motivo, ya que: a) nos hallamos en presencia de la liquidación de una sociedad de gananciales, en cuya operación es fundamental determinar el valor de su bien principal, el piso que ha motivado este proceso; b) dicho inmueble está sujeto a la legislación de viviendas protegidas, ya que así fue adquirido; c) habiendo sido hecha la calificación definitiva del mismo el 31 de mayo de 1971, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º.III del Real decreto-ley 31/1978, de 31 octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, el régimen legal de dichas viviendas se mantiene durante 30 años, lo que implica que en el presente momento sigue vigente; d) la doctrina de esta Sala en orden a la observancia de los precios establecidos por la normativa vigente en materia de viviendas de protección oficial es, cual se ha expuesto, constante y reiterada; e) si bien existen sentencias favorables a la validez del contrato en que se pactan precios superiores (sentencias de 3 septiembre y 14 octubre 1992), las mismas vienen referidas, cual se ha indicado en el fundamento tercero, a los supuestos de contratos de compraventa de dichos pisos y con base en una serie de consideraciones aquí no aplicables”. Debe añadirse la Sentencia de 16 mayo 2000 que dice que “las viviendas de protección oficial en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales habrán de ser valoradas conforme a su precio real y sin tener en cuenta las limitaciones establecidas para su venta en la legislación especial, a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges, máxime cuando se trata de un régimen temporal”, y la de 14 noviembre 2002, que dice que “se ha de procurar en la liquidación guardar en lo posible la igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, según el artículo 1061 referido a la partición de la herencia, pero aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales. En tal supuesto, se hace preciso evitar que una calificación jurídica diferente, viviendas de protección oficial y otras viviendas puede determinar distorsiones en esta igualdad que se pretende y el motivo debe ser acogido [...]”. De aquí que deba señalarse que la doctrina de este Tribunal no es unánime en relación a las pautas de valoración de las viviendas sujetas al régimen de protección oficial cuando el problema se plantea en la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que debemos pronunciarnos en esta cuestión. CUARTO. 1.º El artículo 47.1 CE establece que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. El desarrollo de esta norma ha sido asumido por algunas comunidades autónomas, cuya competencia ha sido confirmada por la STC 170/1989, de 19 de octubre; por ello, una parte de las normas reguladoras de la vivienda corresponde a la competencia autonómica y diferentes comunidades autónomas han venido aprobando diversas leyes en las que no existe unanimidad acerca del mantenimiento de la calificación como

VPO de una determinada vivienda. 2.º Uno de los desarrollos de la norma constitucional lo constituyen los planes estatales y autonómicos para la vivienda y el suelo, que establecen unas determinadas características para las viviendas que podrán gozar de la protección. Estas características suelen ser: a) la superficie limitada; b) el precio tasado; c) el acceso a su titularidad mediante sorteo, y d) el control de la Administración sobre la facultad de disposición. En algunas leyes se añade un derecho de tanteo y retracto de la Administración, como ocurre en el caso del País Vasco (Ley 7/1988, de 15 abril, de derecho preferente de la Administración en las transmisiones de VPO a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y STS), Galicia (artículos 35-37 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia) y Cataluña (artículos 78.4 y 87-91 de la Ley 18/2007, de 28 diciembre, del dret a l'habitatge) entre otras. Por tanto, este tipo de viviendas participan de unas características determinadas que no permiten equipararlas a las que se encuentran en el libre mercado. 3.º Otra de las cuestiones que deben tenerse en cuenta a los efectos de la decisión sobre la valoración es la posibilidad de que en un plazo más o menos largo, estas viviendas, que originariamente tienen limitadas las facultades de disposición debido a su calificación como viviendas de protección oficial, pasen a ser viviendas libres, por haberse producido lo que se denomina la descalificación, que consiste en la extinción de la calificación que determinaba las características de la vivienda. En este punto, las diferentes legislaciones vigentes tienen normas distintas en relación a la descalificación. Así el art. 9 del Decreto 315/2002, de 30 diciembre, de régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo de Euskadi, establece que “las viviendas que hayan sido objeto de calificación definitiva con arreglo a lo previsto en el presente Decreto, mantendrán permanentemente la misma, y por lo tanto, su naturaleza de protección oficial”, estableciéndose un régimen transitorio en la disposición transitoria primera. 2 para las viviendas construidas con anterioridad al Decreto, mientras que en Cataluña el art. 78.5 de la Ley 18/2007 prohíbe la descalificación por interés del propietario, pero no la excluye “por razones de interés público vinculadas a las necesidades de la vivienda”. QUINTO. A la vista de los anteriores argumentos, debemos ahora examinar los criterios que se han utilizado hasta ahora para adoptar la solución relativa a la valoración a precio de mercado; estos son: 1.º La temporalidad de las limitaciones a la libertad de disposición. Sin embargo, este criterio ha dejado de tener un valor absoluto, porque en el momento actual hay algunas legislaciones autonómicas que mantienen la limitación de la facultad de disponer y sólo excepcionalmente permiten la descalificación. 2.º Si se valorara la vivienda de protección oficial exclusivamente de acuerdo con el precio tasado, se produciría un enriquecimiento injusto del adjudicatario cuando se descalificara. Pero este argumento choca con el criterio de que las cosas hay que valorarlas por el valor que tienen en el momento de la disolución y los aumentos y disminuciones que sufran los bienes posteriormente deben ser soportados por quien ha sido su adjudicatario, tal como se deduce, por analogía, de lo dispuesto en el art. 1045.2 CC. 3.º Un tercer argumento que se suele utilizar es que no se respeta el régimen de la igualdad. Pero volvemos a las razones ya expuestas, relativas al momento de disolución, que es cuando cesan los gananciales. En consecuencia, para proceder a la valoración en la liquidación de los gananciales, de las viviendas de protección oficial debe partirse de un dato imprescindible, cual es la posibilidad de que en un plazo determinado dicha vivienda deje de tener la condición de vivienda protegida y sea, por tanto, descalificada, para entrar en el mercado libre. De aquí que: 1.º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial. 2.º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado, porque en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, la vivienda no es de libre disposición, aunque debido a su naturaleza, lo será en el tiempo establecido en el concreto plan, que ambos cónyuges conocen. Por tanto, en los casos de vivienda descalificable se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección. Este es el criterio que debe aplicarse en el presente litigio, por lo que se estiman los dos primeros motivos del recurso. SEXTO. El tercer motivo se formula al amparo del artículo 1692.4 LEC. Denuncia la inaplicación de los artículos 90 y ss CC, en relación con el artículo 400 CC. Se refiere a la adjudicación de la vivienda al esposo, considerando que se encuentran en igualdad

cado por el que se inclinaron las sentencias del Tribunal Supremo (TS) de 11 de julio de 1995 y 16 de diciembre de 1995, y más propiamente la de 9 de febrero de 1995, considera que se deberá estar al precio de mercado pero teniendo también en cuenta el tiempo que falte para la descalificación.¹⁷

b) *Adjudicación en la partición hereditaria*:¹⁸ en las adjudicaciones hereditarias, en el momento de la partición deberá tenerse muy presente si las viviendas son de promoción privada o de promoción pública, al ser imprescindible en estas últimas, junto a no ser descalificables, que el adjudicatario reúna unos requisitos personales concretos y, además, no tenga más de determinados ingresos; en cambio, en las de promoción privada, cualquier heredero podrá adjudicarse la vivienda sin estos requisitos y sin ser él el usuario, aunque sí deberá destinarla a arrendamiento, pero no a segunda posible residencia.¹⁹

c) *Valoración o tasación a efectos del mercado hipotecario y del valor catastral*: comenzando por esto último, debe indicarse que el valor catastral, en tanto sea vivienda de protección oficial, tendrá que ser inferior o igual al máximo legal. Y, en lo que

de condiciones con la esposa para la adjudicación de la vivienda. Este motivo debe ser rechazado. En primer lugar debe recordarse a la recurrente que no puede fundarse una infracción casacional en artículos genéricos como ocurre con la cita de “artículos y siguientes”, que es lo que realiza en este motivo, porque ello impide a la Sala examinar si verdaderamente se produjo la infracción que se denuncia (art. 1707 LEC); como afirma la Sentencia de 27 febrero 2007 “[...] se reincide en la fórmula genérica y concordantes, siempre rechazada por la doctrina de esta Sala como inidónea para identificar con precisión la norma o normas infringidas (SSTS 3-9-92, 16-3-95, 14-6-96, 13-5-97, 29-7-98, 13-7-99, 23-10-00, 8-2-01, 18-4-02, 23-9-03, 20-10-04 y 12-7-06 entre otras muchas)”, doctrina que por reiterada, es suficientemente conocida y no requiere de otras citas. Pero es que además, la adjudicación en liquidación de la sociedad de gananciales no debe estar necesariamente ligada a la atribución del uso efectuada en la sentencia que pone fin a la crisis familiar, por ser otros los criterios que rigen las dos situaciones (STS de 27 junio 2007)».

17. Para su análisis resulta de especial interés Antonio Alberto PÉREZ UREÑA, «La valoración de la vivienda de protección oficial en la liquidación de gananciales, a la luz de la praxis judicial», *ElDerecho.com*, 1 de noviembre de 2012, www.elderecho.com/tribuna/civil/valoracion-proteccion-liquidacion-gananciales-judicial_11_478930007.html (consulta: 7/10/2017), con claros ejemplos de cómo se calcula el precio que debe atribuirse, por razón del tiempo que falte para la descalificación. Analiza también la Sentencia, con un amplio resumen de la jurisprudencia anterior, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Los distintos criterios utilizados para tasar una vivienda de protección oficial en la liquidación de gananciales», *Aranzadi Civil: Revista Quincenal*, año 2009, núm. 1, p. 2203-2226.

18. Trata del tema de la adjudicación hereditaria Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, «La adquisición y transmisión de las viviendas de protección pública», p. 11, sobre todo para el mantenimiento de la financiación y ayuda directas.

19. M. Dolores MAS BADIA, *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial*, p. 307, tras referir la STS de 11 de mayo de 2001, que acudió al valor de mercado para fijar la legítima, descontando previamente los costes de descalificación de la época, concreta —en lo que hay que coincidir— que debería acudirse a los criterios fijados para los gananciales en la STS de 4 de abril de 2008, pues el criterio de ponderación es el más adecuado, frente al de mercado —sin descalificación previa— o al máximo legal, con lo injusto que podría ser si faltase un plazo escaso para la descalificación.

conciene a la tasación a efectos del mercado hipotecario, como indicó la RDGRN de 21 de noviembre de 2013, «la tasación realizada por el organismo competente en materia de vivienda de protección oficial como precio máximo de la misma, presentado por el propietario de la vivienda y aceptado por la entidad acreedora, cumple con los requisitos de la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo».²⁰

d) *Adjudicaciones forzosas (judiciales o administrativas)*: ha tenido también ocasión de pronunciarse el centro directivo, en la RDGRN de 12 de diciembre de 2007, negando la necesidad de la autorización y el visado exigidos por la legislación aragonesa, así como excluyendo el derecho de adquisición preferente. Ya antes, el Informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 30 de julio de 1990, refiriéndose a un procedimiento de apremio administrativo, precisa que las viviendas de protección oficial no se tienen que sujetar a las limitaciones, ni se tienen que devolver los beneficios y las subvenciones.²¹

En conclusión, la limitación en el precio de las VPO no siempre actúa, e incluso es conveniente acudir a soluciones ponderadas, pero tampoco es el argumento más adecuado acudir al artículo 6.3 CC ni decir que la legislación especial no contempla sanción para el sobreprecio, dado que tampoco tiene que hacerlo pues para eso ya está la teoría general de los contratos.

20. Aunque de esta RDGRN de 21 de noviembre de 2013, tan importantes como esta conclusión y por ser, según dice, lo que le sirve de fundamento, y dado que están en contradicción con la RDGRN de 24 de abril de 2017, que me ha servido de base a esta nota, deben destacarse las siguientes afirmaciones, que comparto totalmente: «[...] hay que considerar que la compraventa de viviendas de protección oficial constituye uno de los supuestos de venta a precio tasado establecido legalmente conforme a la legislación de viviendas de protección oficial, en la que se prohíbe que se establezca un sobreprecio, porque dada la finalidad de la adquisición de dicha clase de viviendas, cualquier sobreprecio por encima del legalmente establecido pretende evitar la especulación. No importa la discusión existente acerca de si la sanción por la ilicitud en que se fije el precio por encima del legal es la nulidad absoluta, o bien la nulidad de parcial en cuanto al sobreprecio o bien la correspondiente ilicitud administrativa determinante de las sanciones correspondientes, cuestión sobre la que se ha pronunciado de modo diverso la jurisprudencia».

21. Han tratado también críticamente el tema Luis GARCÍA-TREVIANO RODRÍGUEZ y Isabel María GÓMEZ GARCÍA, «La realización judicial de viviendas protegidas: ¿un portillo abierto a su régimen de protección?», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 8 (2009), p. 1-24, esp. p. 14-18, sobre la ejecución por las entidades de crédito, en que concluyen que, al haber libertad de realización, las viviendas pueden acabar en manos de personas que no cumplan los requisitos legales, pero sí deberán cumplirlos las que de ellas adquieran. Véase igualmente M. Dolores MAS BADIA, *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial*, p. 174-232, con amplia reseña de jurisprudencia de juzgados de primera instancia y de audiencias, aunque la regla general es inclinarse porque no juegue el límite del precio máximo.

MISCEL·LÀNIA

CRÓNICA SOBRE LA JORNADA INTERNACIONAL «CONTRATACIÓN Y CONSUMO COLABORATIVO: EL NUEVO RETO DEL MERCADO EN LA ECONOMÍA DIGITAL»

L'economia col·laborativa (*sharing economy*) emergeix amb força, tal com assenyalen algunes de les darreres comunicacions de la Comissió Europea o la Resolució de 15 de juny de 2017 del Parlament Europeu.¹ Queda palès, doncs, l'interès de les institucions comunitàries a donar resposta a aquesta nova modalitat econòmica.

La Jornada va tenir lloc al Saló de Graus de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona i va ser inaugurada per la vicedegana d'Investigació i Relacions Institucionals de la Facultat de Dret, la dra. Mar Campins Eritja, que destacà el fenomen complex i transversal que representa l'economia col·laborativa. A continuació, la directora de l'Agència Catalana de Consum, la sra. Montserrat Ribera Puig, va assenyalar, també, l'interès del legislador català sobre el creixement d'aquesta nova economia mitjançant l'*Informe de la Comissió Interdepartamental de l'Economia Col·laborativa* (d'ara endavant, l'*Informe*).² Així mateix, va fer referència a la feina de l'Agència Catalana de Consum en l'elaboració del Codi de bones pràctiques, que va aparèixer conjuntament amb l'*Informe* de la Generalitat de Catalunya.

La primera taula de debat estava formada pel sr. Albert Cañigueral (connector d'Ouishare per a Espanya i l'Amèrica Llatina), el sr. Lluís Viguera (gerent de l'àrea institucional de la PIMEC [Micro, Petita i Mitjana Empresa de Catalunya]), el sr. José Luis Zimmermann (director general d'Adigital, Asociación Española de la Economía Digital, i de Confianza Online) i la sra. Rosa Gimeno (responsable de la secció de consum europeu de l'Agència Catalana de Consum), i va ser moderada per la dra. Gemma Rubio Gimeno. La dra. Rubio va destacar la tasca acadèmica indispensable,³ en col·laboració amb el legislador, per a afrontar els reptes legals que planteja l'economia col·laborativa i també va anticipar algunes de les desviacions negatives del fenomen (la precarització laboral o l'exclusió de la normativa consumista). El compromís

1. COMISIÓN EUROPEA, *Una agenda para la economía colaborativa*, COM(2016) 356 final, i PARLAMENTO EUROPEO (2017), *Las plataformas en línea y el mercado único digital*, Resolució del Parlament Europeu de 15 de juny de 2017, sobre les plataformes en línia i el mercat únic digital (2016/2276(INI)).

2. *Informe de la Comissió Interdepartamental de l'Economia Col·laborativa: Propostes per a un bon encaix de l'economia col·laborativa i de plataformes a Catalunya*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2017.

3. RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES (2016), «Discussion draft of a Directive on online intermediary platforms», *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), any 2016, núm. 4.

dels experts, va indicar Rubio, és aportar claredat no només pel que fa al diagnòstic, sinó també en un escenari més enfocat a la proposta de solucions. Després de ressaltar algunes xifres sobre l'impacte econòmic de la qüestió, va cedir el torn de paraula al sr. Albert Cañigueral, que va presentar la primera ponència. Cañigueral va emfasitzar la velocitat de l'economia col·laborativa (o de les plataformes, terme que va preferir utilitzar perquè va defensar que aquestes són l'eina que ha permès el creixement exponencial de noves relacions econòmiques i socials, ja que el servei que abans es podia prestar a un nombre reduït de persones, avui dia es pot prestar a molts milions), la qual ens transporta a un escenari de postcapitalisme basat en la massa (*crowd-based capitalism*).⁴ Cañigueral també va plantejar els grans reptes legals que proposa aquest tipus d'economia col·laborativa, així com la possibilitat de transformació de valors socials que se'n desprèn, amb un èmfasi marcadament ètic sobre el potencial que pot tenir en la governança de les plataformes i en la relació amb el medi ambient, que permet un aprofitament més eficient dels recursos infrautilitzats.⁵

Viguera, com a representant de la PIMEC, va constatar la necessitat d'una divulgació més extensa i pulcra de les possibilitats de l'economia col·laborativa per a les petites i mitjanes empreses, així com la necessitat de regular la figura del ciutadà agent productor, com ja indica l'informe emès per la Comissió Interdepartamental de la Generalitat de Catalunya.

Zimmermann va aportar la perspectiva més empresarial de totes les ponències. Com a director d'Adigital, destacà la capacitat d'influència i la dimensió dels diferents models de plataformes. La dificultat d'arribar a un mercat digital únic —tal com propugna la UE—⁶ impossibilita un marc legal estable per a les plataformes. Cal, va afegir, una visió més transversal del tema.

La primera taula rodona va ser tancada per la sra. Rosa Gimeno, que va fer una anàlisi retrospectiva del procés d'elaboració del Codi de bones pràctiques integrat en l'*Informe* de la Generalitat, que té l'objectiu de crear un entorn de confiança en el qual tots els agents que intervenen en les relacions vehiculades a través d'una plataforma digital, tant si són particulars com si són professionals, disposin d'unes regles de joc estables i segures.

4. Arun SUNDARARAJAN, *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, Cambridge (MA), The MIT Press, 2016.

5. Una aproximació crítica a l'economia de plataforma és el cooperativisme de plataforma, una alternativa de govern i propietat compartida en el si d'una economia en línia. Vegeu Guido SMORTO, «Las reglas del juego del cooperativismo de plataforma», CCCB Lab, 2017, disponible en línia a <http://lab.cccb.org/es/las-reglas-del-juego-del-cooperativismo-de-plataforma/> (consulta: 10/11/2017), que propugna criteris d'emancipació de la governança, d'apoderament i equitat i d'impacte social positiu basat en una tecnologia lliure i transparent i en el coneixement obert.

6. COMISIÓN EUROPEA, *Una estrategia para el mercado único digital de Europa*, COM(2015) 192 final.

La segona taula rodona estava integrada pel dr. Vincenzo Riciutto, catedràtic de Dret Civil de la Universitat Roma Tor Vergata, la dra. Marie Jull Sørensen, professora titular de la Universitat d'Aalborg, i la dra. Mariló Gramunt, professora titular de dret civil de la Universitat de Barcelona.

Riciutto va abordar l'*statu quo* de la qüestió col·laborativa a Itàlia. El legislador italià presentà el 2016 la *Proposta di legge per la disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*. La proposta sotmet l'avaluació de les activitats de les plataformes a l'«autorità garante de la concorrenza e del mercato».⁷

Sørensen, per la seva part, va posar en relleu l'entorn legal danès per a l'economia col·laborativa i va fer referència a la relació triangular que normalment s'esdevé en els contractes de la *sharing economy* (plataforma *peer-to-peer*, o plataforma d'igual a igual). Les plataformes actuen, normalment, amb un rol d'intermediari i poden fer-ho d'una manera més o menys activa. Si tenen un rol marcadament actiu en la relació contractual entre dos particulars, aquest contracte —d'entrada, privat— es converteix en un contracte de consum, tal com assenyala la *Danish Law on Consumer Rights* (Llei núm. 1457, de 17 de desembre de 2013, par. 2n, secció 3a). Aquesta seria una solució que, segons la ponent, es podria plantejar, *de lege ferenda*, en altres estats membres, com també en la legislació de consum espanyola.⁸

La dra. Gramunt, per a finalitzar la segona mesa, moderada pel dr. Carles Florensa, catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Lleida, va presentar la ponència titulada «La protecció del destinatari del servei en els contractes de consum col·laboratiu». Gramunt va subratllar la relació tripartida que s'esdevé en les relacions de l'economia col·laborativa i destacà els casos en què la relació contractual és *peer-to-peer*, o d'igual a igual; també va remarcar les diferències entre les relacions de complaença, no jurídicament vinculants, i les contractuals, que sí que ho són.⁹ Si l'oferent és un particular, no existeix un deure d'informació precontractual mínima i les condicions generals de la contractació no estan subjectes al control d'abusivitat —però sí al d'incorporació— (això és diferent si el contracte és de consum, «b2c»). Gramunt va indicar que l'agenda de la UE¹⁰ sobre l'economia col·laborativa ja anuncia que la legislació comunitària no deixa clar quan un *peer* esdevé professional, punt determi-

7. *Proposta di Legge: «Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione»*, presentada el 27 de gener de 2016. Text disponible en línia a: www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf (consulta: 10/11/2017).

8. En relació amb el cas danès, vegeu: Marie Jull SØRENSEN, «Private law perspectives on platform services», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5 (2016); i Marie Jull SØRENSEN, «Digitale formidlingsplatforme - formidlingsreglen i dansk forbrugerrret», *Ugeskrift for Retsvaesen*, vol. v (2017), p. 1-8.

9. Vegeu també, en aquest sentit, Pablo SALVADOR CODERCH, «Relaciones de complacencia en el entorno digital», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, núm. 6 (2014-2016).

10. COMISIÓN EUROPEA, *Una agenda para la economía colaborativa*.

nant per a establir la normativa de consum que s'ha d'aplicar. Finalment, va suggerir la necessitat de fer una reflexió més profunda sobre els conceptes de *professional* i *consumidor*, i va insistir, en el primer cas, en el terme *ocasionalitat de l'exercici de l'activitat*. El nou paradigma legal qüestiona la competència de la UE per a regular allò que no encaixi en el concepte d'*activitat professional*.¹¹

A continuació i abans del debat, estaven previstes dues comunicacions. La primera d'elles, encarregada a la professora Rosa Barceló, investigadora predoctoral del Grup d'Estudis en Dret Privat i Noves Tecnologies (GREDINT), coorganitzador de la Jornada, va tractar sobre els sistemes reputacionals de les plataformes com a element per a generar confiança entre les parts. Barceló va insistir en la necessitat de determinar uns estàndards de compliment per als sistemes de qualificació i avaluació en línia que incorporin les plataformes, ja que són un element determinant de protecció dels usuaris.

La darrera comunicació va ser presentada per la dra. Giulia Rossi, investigadora postdoctoral de la Universitat de Bolonya, que va introduir el tema de les modalitats d'assegurança *peer-to-peer*. Es tracta d'una modalitat de distribució «social» de pòlisses d'assegurances que es basa en el concepte de *grup de compra*, que comparteix un mateix risc. Es palesen nombrosos reptes legals en el si d'aquesta nova modalitat d'assegurances.

La sessió de la tarda va ser presidida pel dr. Vincenzo Riciutto i els ponents van ser el dr. Antonio Orti, catedràtic de dret Civil de la Universitat de Granada, coorganitzadora de la Jornada; el dr. Sergio Nasarre, catedràtic de dret Civil de la Universitat Rovira i Virgili i director de la Càtedra Unesco d'Habitatge; el dr. Gabriel Domènech, professor titular de dret administratiu de la Universitat de València; la dra. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, professora de dret civil i acreditada a catedràtica de la Universitat de Granada; el dr. José Andrés Rozas, professor titular de dret financer i acreditat a catedràtic de la Universitat de Barcelona, i el dr. Guillermo García González, professor agregat de dret laboral de la Universitat Internacional de La Rioja.

El dr. Orti va tractar en profunditat la naturalesa del contracte que uneix la plataforma amb el prestador del servei i la del que la uneix amb l'usuari. Un examen atent de la Llei de serveis de la societat de la informació (LSSI)¹² permet a les plataformes acollir-se al règim d'exempcions per la informació emmagatzemada que prové dels usuaris, que es desprèn de l'article 14 LSSI.¹³ El contracte entre el prestador del servei i la plataforma, si s'apliquen les categories contractuals típicament civils o mercantils,

11. La competència de la Unió Europea és l'ordenació del mercat interior i la protecció dels seus consumidors, però ni tot és «mercat» ni totes les relacions contractuals són de consum, ja que encara existeix un espai per a les relacions entre particulars (entre semblants).

12. Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic.

13. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha referit als requisits per a beneficiar-se d'aquesta exempció en el cas *Google France versus Louis Vuitton*, Sentència de 23 de març de 2010 (assumppte C-236/08).

ens permetria reconduir-ho al tipus contractual de la mediació o el corretatge, o bé, més acuradament, a un contracte de gestió com el mandat, o fins i tot al contracte de comissió en aquells casos en què la remuneració o la retribució que percep la plataforma estigui vinculada a la fixació d'un percentatge sobre els guanys obtinguts per qui presta el servei.

El dr. Nasarre, per la seva part, va caracteritzar l'economia col·laborativa com a hereva de la crisi financera i immobiliària del 2007, que va tenir un impacte important en sectors clau, incloent-hi l'accés a l'habitatge. En aquest sentit, neix el terme *habitatge col·laboratiu*, que vol analitzar si l'economia col·laborativa ajuda o dificulta l'accés a l'habitatge. Per això el ponent va assenyalar diferents formes d'economia col·laborativa (*crowdfunding* o finançament col·lectiu, *cohousing* o cohabitatge, desintermediació, etc.) com un resultat d'experiències contradictòries. Entre aquests mecanismes en va ressaltar un: *blockchain* o cadena de blocs, cridat a revolucionar els negocis a escala mundial, incloent-hi els immobiliaris.

A continuació, el dr. Domènech va descriure la regulació de l'economia col·laborativa en el sector del taxi i assenyala els beneficis i inconvenients de la irrupció de plataformes com Uber, que han impulsat un augment de la demanda de llicències de vehicle de transport amb conductor (VTC) en un sector tan regulat com és, precisament, el del taxi. Així, també va manifestar la necessitat d'establir una nova regulació a escala comunitària, ja que la vigent és insuficient i no dona una resposta clara a causa de la incertesa, la captura dels reguladors (el sector del taxi és capturat pels operadors tradicionals) i la interconnexió existent entre les diferents peces normatives. A més a més, les darreres propostes normatives (l'aprovació a Catalunya del Decret llei 5/2017, d'1 d'agost, sobre mesures urgents per a l'ordenació dels serveis de transport de viatgers en vehicles de fins a nou places) sembla que segueixen una línia poc propensa a aquesta nova modalitat de transport col·laboratiu, ja que restringeixen l'entrada de nous operadors.

La dra. Sánchez Ruiz de Valdivia va fer una anàlisi exhaustiva de les plataformes de finançament col·lectiu (*crowdfunding*). La ponent assenyala la necessitat de protegir l'inversor no professional i va classificar el sector en quatre modalitats: de donacions, de recompensa, d'inversió i de préstecs. La Llei 5/2015, de 27 d'abril, de foment del finançament empresarial, regula, per primera vegada, el règim jurídic de les plataformes de finançament participatiu. La Llei estableix noves formes d'accés al crèdit per *crowdfunding*, en concret per a plataformes que emprin l'*equity crowdfunding*, i el *crowdlending* o finançament col·lectiu de préstec, per a plataformes amb un component financer. Una de les principals novetats és que la Comissió Nacional del Mercat de Valors passa a ser la responsable de la supervisió, la inspecció i, si escau, la sanció dels projectes que usen aquest tipus de finançament. En queden fora el *reward based crowdfunding* o finançament col·lectiu amb recompensa, i el *donation based crowdfunding* o, en català, finançament col·lectiu de donació o microdonació.

A continuació, el dr. Guillermo García va presentar el debat laboral que té lloc en les relacions contractuals de l'economia col·laborativa. Segons el ponent, tot i que un sector doctrinal molt establert¹⁴ és favorable a qualificar com a laboral el contracte que uneix el conductor amb la plataforma (la polèmica s'ha estès sobretot en les plataformes de vehicle compartit), ell és partidari que el règim que s'ha d'aplicar al conductor o al *rider* sigui el de l'autònom, perquè no s'observa la nota de dependència de què parla l'Estatut dels treballadors a fi de poder qualificar el contracte com a laboral. García va anotar la necessitat de buscar una alternativa que permeti modernitzar el registre d'autònoms i que flexibilitzi el treball per compte propi. Els nous models de treball líquid necessiten noves regulacions i potser cal, per tant, abandonar les concepcions més clàssiques del dret del treball.

Per finalitzar, el dr. José Andrés Rozas va abordar la qüestió fiscal que afecta l'economia col·laborativa. Inicià la ponència fent referència als dos objectes imposables clàssics sobre els quals tradicionalment s'han anat construint els sistemes tributaris moderns: la renda i el consum. A més, el criteri de subjecció a gravamen varia en funció de la residència de qui entrega el bé o presta el servei, i també del lloc en què s'entén que es realitza la contraprestació. En l'economia col·laborativa, aquestes categories es difuminen i els reptes per als sistemes tributaris esdevenen d'ordre estructural, amb l'objectiu de preservar els seus recursos. Rozas va assenyalar amb força la necessitat de col·laborar amb les plataformes per tal que (amb independència del gravamen que finalment hagin de meritjar) es puguin fixar exempcions i s'estableixin mecanismes que permetin monitoritzar l'operació efectuada.

Dues comunicacions van tancar la Jornada: la de la dra. Margarita Orozco González, de la Universit  degli Studi di Bari Aldo Moro, que va presentar la protecció de dades en el marc de les plataformes en línia de l'economia col·laborativa, de la qual assenyala els reptes més importants. Orozco va ressaltar la problemàtica de la cessió de dades dels usuaris i de la plataforma a tercers, així com també el tractament de les dades i la possible aplicació de l'exoneració de responsabilitat de les plataformes, q est  molt controvertida i comentada tant per la jurisprudència com per la doctrina.

Finalment, el sr. José María Botello Hermosa, investigador predoctoral de la Universitat de Sevilla en cotutela amb la Universitat París II Panth on-Assas, va presentar la darrera comunicació, que defensava una nova nomenclatura d'aquest nou fenomen, *economia circular 2.0*, en detriment dels més coneguts *economia col·laborativa* i *consum col·laboratiu*.

Va ser una jornada molt profitosa, d'un nivell acadèmic elevat, que va posar en evidència els reptes legals a què s'enfronta l'economia col·laborativa i les propostes concretes que es poden plantejar en els diferents terrenys legals que hi tenen cabuda.

14. Adrián TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, València, Tirant lo Blanch, 2017, p. 63-65.

El debat científic qüestiona el marc legal existent i la seva suficiència per a promoure, satisfactòriament, les relacions *peer-to-peer*. L'economia col·laborativa assenyala, precisament, l'apoderament del ciutadà (*peer*) a través d'un model digital que comporta l'aparició de plataformes que competeixen amb els operadors tradicionals.

La convivència del món analògic amb el digital planteja, doncs, nombrosos interrogants que exigeixen respostes acurades en relació amb el context. L'aparició de nous participants en mercats tradicionalment molt regulats (com ara el del transport o el de l'allotjament) genera conflictes des de la vessant del dret de la competència i de la regulació del mercat.

La conclusió dels experts és que cal abordar la necessitat de col·laborar amb les plataformes a fi de regular aquesta nova modalitat econòmica. La informació generada per les plataformes té un valor transcendental no només per als usuaris afectats, sinó també per a les administracions que pretenen regular el mercat. Cal potenciar la informació i la transparència de les activitats que aquestes duen a terme i millorar l'adaptació de les polítiques públiques a les necessitats dels usuaris i dels diversos sectors d'activitat.

Aquesta col·laboració s'imposa en moments de canvis socials i ideològics que exigeixen al legislador postures que suposin una interpretació evolutiva o de reajustament de l'ordenament jurídic.

Rosa Barceló Compte

Investigadora predoctoral

Grup d'Estudis en Dret Privat i Noves Tecnologies (GREDINT)

Universitat de Barcelona

CRÒNICA SOBRE LES JORNADES DE DRET CIVIL CATALÀ «EL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA», CELEBRADES A CERVERA ELS DIES 17 I 18 DE NOVEMBRE DE 2017

Les Jornades de Dret Civil Català «El llibre sisè del Codi civil de Catalunya» van ser organitzades pel Centre Associat a la UNED, de Cervera, l'il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya i la Fundació Roca Sastre. La direcció va ser a càrrec del sr. Jordi Pané Foix, notari de Cervera, i el dr. Carlos Villagrasa Alcaide, professor titular de dret civil de la Universitat de Barcelona i professor tutor de la UNED.

La ponència inicial, defensada pel notari sr. Manuel Ángel Martínez García, s'intitulava «Una introducció als principis del llibre sisè del Codi civil de Catalunya i la seva incidència en la protecció dels consumidors». El ponent va destacar que, tal com ja va manifestar als inicis de l'elaboració del Codi, la voluntat del legislador català ha estat elaborar un codi civil obert, de manera successiva, i aquesta intenció es visualitza de manera molt clara en el llibre VI, ja que de moment només s'ha regulat part del títol II (els contractes en particular), però no encara el títol I, relatiu a la part general d'obligacions i contractes. És per això que, segons el ponent, els principis del Codi s'han de deduir del que preveu l'exposició de motius, d'una banda, i de les institucions concretes que s'hi recullen, de l'altra. Fa notar que, a parer seu, el punt de partida és complex: per una banda, la minsa regulació que en matèria contractual contenia la Compilació; per l'altra, les lleis singulars dictades per a contractes concrets, que es tracten d'integrar, mantenir i actualitzar (modernitzant la regulació de la rescissió i de la venda a carta de gràcia i actualitzant la dels contractes agraris); en tercer lloc, la limitació que suposa la competència estatal sobre les bases de les obligacions contractuales. En aquest context, s'ha pretès introduir les elaboracions més modernes, assajades abans en l'àmbit del dret europeu, com ara els principis resultants de l'Avantprojecte de Codi europeu dels contractes de l'anomenat Grup Pavia, el projecte de la Comissió Lando (Commission of European Contract Law), el Llibre verd de la Comissió sobre opcions per a avançar cap a un dret contractual europeu per a les persones consumidores i les empreses, del 2010, o la Directiva del Parlament Europeu i del consell de 25 d'octubre de 2011, sobre drets dels consumidors. La finalitat última seria unificar el dret de les obligacions i els contractes, trencar la tradicional separació entre la matèria civil i la mercantil, i integrar les normes de protecció dels consumidors en la normativa civil. A propòsit d'això últim, el ponent destaca que s'adopta un nou concepte de *consumidor*: no és el destinatari final, sinó també qui, tot i ser empresari o professional, actua al marge de la seva activitat. A més, s'implementen els principis de commutativitat i bona fe no només en els contractes de consum, i es rebla

la imperativitat de les disposicions legals en matèria de consum. També es fa un èmfasi especial en el deure d'informació precontractual i en la necessària transparència de la publicitat. D'altra banda, el ponent fa notar que s'anuncia, amb la regulació de la compravenda, una nova orientació en matèria d'ineficàcia contractual, la qual tindrà noves conseqüències; es deixen de banda, doncs, posicions clàssiques més rígides i s'aposta per una major flexibilitat quant als «remeis» derivats d'aquesta ineficàcia a fi d'assolir una major utilitat personal o social.

El sr. Jordi Pané Foix, notari de Cervera, va centrar la seva exposició en els remeis de la compravenda. La seva ponència s'intitulava «Compravenda, riscos i remeis». Va destacar, en primer lloc, que els remeis de la compravenda s'emmarquen dintre del concepte general de *compliment contractual*, per la qual cosa el llibre sisè, tenint en compte el seu sistema d'aprovació i entrada en vigor per parts, planteja un doble efecte: d'una banda, la necessitat de remissió, pel que fa a les normes generals (que en principi han de ser regulades en el títol I, pendent d'aprovació), a les normes de dret civil comú; de l'altra, un efecte expansiu dels remeis de la compravenda a altres contractes sinal·lagmàtics. En segon lloc, el ponent va fer notar que la qüestió del compliment contractual es configura com un fet objectiu, d'adequació de la prestació a allò pactat en el contracte, mentre que la qüestió subjectiva de la diligència en el compliment del deutor és una qüestió que opera en un pla diferent del del compliment, que és el de la responsabilitat del deutor. La tercera qüestió en què es va centrar el sr. Pané és que la idea dels remeis de la compravenda està íntimament vinculada al concepte de *satisfactorietat creditora*: és compliment allò que satisfà el creditor i, a la inversa, és incompliment allò que no satisfà la pretensió del creditor. En aquest sentit, aquesta insatisfacció es pot deure a defectes materials (cosa molt present en la idea de conformitat) o a defectes jurídics de la prestació. Pel que fa a això últim, la inclusió del fet de transmetre la propietat entre els deures del venedor altera el règim de l'incompliment per evicció respecte del previst en el Codi civil espanyol. Pel que fa als remeis concrets, Pané els va exposar succintament i va distingir entre els que busquen el compliment específic (incloent-hi la reparació de la prestació defectuosa), els que aconsegueixen l'equilibri de les prestacions reduint-les quantitativament (reducció del preu) i, finalment, la resolució contractual.

El dr. Francisco Echeverría Summers, professor de la Universitat de Barcelona, advocat i membre de la Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, va dividir la seva ponència en dues parts. En la primera part, relativa a la cessió d'un solar per a una obra futura, va destacar que la regulació del llibre sisè incorpora sense gaires matisos la regulació anterior, la qual cosa provoca algunes disfuncions sistemàtiques en contrast amb el sistema traditori establert per la nova regulació de la compravenda. Després de repassar el règim jurídic de la cessió d'una finca a canvi d'una edificació futura, en particular els aspectes relatius al moment de la transmissió de la propietat i les seves conseqüències registrals, Echeverría va destacar la inadequació de la condició resolutòria com a garantia per al cedent per al

cas d'incompliment del cessionari, ja que el joc de l'accessió i de l'enriquiment injust pot provocar que el cedent hagi d'indemnitzar el cessionari amb una quantitat molt superior al valor del sòl. Per aquest motiu, va emfatitzar que la garantia més efectiva per al cedent continua essent l'aval bancari.

En la segona part, Echeverría va insistir en dues figures que, si bé sistemàticament formen part del llibre cinquè, per la seva novetat, originalitat i projecció contractual mereixen ser exposades amb cert deteniment: la propietat temporal i la propietat per quotes. La propietat temporal, va destacar el ponent, és una innovació sense precedents en la legislació civil anterior, l'acceptació social de la qual dependrà d'un canvi de mentalitat respecte al concepte que tenim de la propietat dels immobles, ja que suposa deixar de considerar els immobles com un bé d'inversió per a considerar-los com un bé de consum que satisfà una necessitat d'un moment concret en la vida de les persones de manera més flexible i econòmica que la propietat permanent. En particular, Echeverría va destacar que la propietat temporal és una figura que es presenta com a particularment adient per a facilitar l'accés a l'habitatge social de manera més equilibrada, racional i adequada a l'interès públic que els règims de propietat o de lloguer. Respecte a la propietat, presenta l'avantatge d'evitar l'especulació amb l'habitatge un cop exhaurit el període de control administratiu. Respecte al lloguer, evita la necessitat de la relació periòdica entre l'Administració i l'usuari i el risc d'impagament per part d'aquest. Un altre punt a favor és que permet evitar el problema que representa que molts immobles adquirits per estrangers en poblacions costaneres per a passar-hi la jubilació no siguin reivindicats pels seus hereus, cosa que provoca una situació *de facto* de titularitat vacant. Pel que fa a la propietat per quotes, va fer notar que en els casos de compra amb preu ajornat (en els quals el venedor finança el comprador) suposa una alternativa més racional i equilibrada que la condició resolutòria i l'arrendament amb opció de compra, ja que situa el comprador i el venedor en una posició més afavoridora que la que resulta d'altres figures més tradicionals. Per acabar, va concloure que la implantació d'aquestes institucions, a més del canvi de mentalitat apuntat abans, també dependrà del tractament fiscal que els doni l'Administració tributària.

El dr. Rafael Corral Martínez, notari d'Algete i anteriorment notari de Cervera, va centrar la seva ponència de forma molt crítica en els figures de la rescissió per lesió i l'avantatge injust. Per tal de contextualitzar la seva crítica, va començar amb un concepte central del dret d'obligacions: la satisfactorietat creditora. Aquesta satisfactorietat neix del dret a la llibertat individual i implica que cadascú és l'únic que pot establir quin valor té una cosa atesos els seus projectes de vida. La satisfactorietat creditora suma valors subjectius radicalment personals, sobretot en l'àmbit civil i no mercantil. Això porta al concepte de *commutativitat jurídica*, és a dir, per al dret, un contracte és just pel sol fet que hagi estat volgut lliurement per les parts negociadores. El contracte és un combat negocial en què cada rival lluita lliurement pel que ell vol, com lliurement vol i fins al límit o posant l'esforç que lliurement vol. I, per descomptat, la clau

és que cada contractant hagi estat veritablement lliure en la seva elecció i en la defensa de la seva elecció. La lesió en més de la meitat del preu just és purament objectiva, és a dir, és el resultat d'una taxació de mercat externa al contracte i als contractants. Amb això es crea un concepte de *commutativitat econòmica* que converteix el contracte en un instrument inútil perquè les persones puguin desenvolupar els seus projectes subjectius de vida, ja que el negoci jurídic no s'aguanta per les voluntats i satisfactorietats subjectives dels contractants, sinó per la seva equivalència econòmica objectiva en el mercat. Per això el dr. Corral Martínez entén que s'hauria de suprimir del Codi civil de Catalunya. La lesió en la meitat o menys del preu just (novetat sota el nom de *benefici excessiu*) taxa unes causes de debilitat legal del perjudicat i exigeix una conducta immoral o deshonorable de l'afavorit. I si existeix una causa legal de debilitat, és un error no protegir el feble, fora dels casos en què el seu recíproc hagi actuat dolosament o perversa. Corral considera que aquesta institució correspon al dret de la persona, camp de protecció de la persona física amb ancoratge constitucional no com a dret fonamental, però sí com a valor constitucional que pot ser (o no) recollit i desenvolupat pel poder legislatiu. El ponent considera que les causes de debilitat taxades en el Codi ja són ateses a bastament i amb avantatge en altres seus jurídiques, excepte la inexperiència manifesta, única que, a criteri seu i tal com succeeix en el dret navarrès, hauria de mantenir-se. Així, cita com a exemple d'aquests supòsits d'inexperiència els períodes immediatament posteriors a l'adquisició o la recuperació de la plena capacitat o les figures contractuals la plena comprensió de les quals, per la seva complexitat, no estan a l'abast de les persones que no tinguin uns coneixements molt específics (per exemple, contractes borsaris com ara els *warrants*, o les permutes financeres o *swaps*).

El sr. Francesc Xavier Francino, notari de la Seu d'Urgell, va centrar la seva exposició en la condició resolutòria. Els aspectes essencials de la seva ponència van ser els següents: en primer terme, que la condició resolutòria o pacte de *lex commissoria* és un instrument de garantia en virtut del qual, si el comprador no satisfà el preu ajornat en el termini convingut, el venedor, mitjançant la simple notificació, judicial o notarial, de la voluntat resolutòria, recupera la propietat de la cosa venuda i, eventualment, reté el total o part dels imports rebuts, en concepte d'indemnització per danys i/o clàusula penal; constituïa un mecanisme àgil i eficaç de protecció del venedor, per la qual cosa va esdevenir un mecanisme molt freqüent de garantia del preu ajornat. Aquest mateix èxit va fer que, en una situació de crisi econòmica, es convertís en un problema no sols econòmic, sinó també social, davant l'allau de resolucions de contractes per incompliment en què el comprador, de vegades per l'impagament de petites quantitats, no sols perdia la propietat de l'immoble adquirit, sinó també la part del preu satisfet fins aleshores. La solució al problema va ser la desnaturalització de la institució, sotmetent-la a tal quantitat de condicionants, limitacions i requisits que va perdre la seva utilitat davant la millor opció que representava la garantia hipotecària. Destaca el ponent, en segon terme, que el Codi civil de Catalunya, en el seu article 621-54, pretén recuperar aquesta institució per a proporcionar a les parts un pro-

cediment que, en cas d'incompliment del comprador, restitueixi el venedor en la titularitat de l'immoble d'una manera àgil, és a dir, sense dependre de la voluntat del comprador i sense necessitat d'acudir a un procediment judicial, alhora que eviti que aquestes limitacions en les facultats de defensa o oposició del comprador donin empara a abusos o perjudicis il·legítics per a ell o per als tercers titulars de drets posteriors que s'han d'extingir com a conseqüència de la resolució. Això s'articula distingint dos nivells d'exigència legal:

— Un nivell bàsic regit pel principi de llibertat de pacte i subjecte tan sols en els requisits de l'article 621-54.1 CCCat, que en la seva execució seguirà quedant sotmès al règim general, que exigeix o bé la conformitat del comprador amb la resolució, o bé la sentència judicial que avaluï la validesa i legitimitat dels termes de la condició resolutòria.

— I un nivell qualificat en què l'observança d'unes condicions superiors i unes limitacions prèvies, establertes principalment en l'article 621-54.2 CCCat, junt amb la intervenció i el control notarial tant de la formalització com del desenvolupament de la venda i de la seva resolució, fan presumir la validesa i la legitimitat de la clàusula i, en conseqüència, permeten la seva execució extrajudicial, ja que substitueixen el control judicial previ de la resolució per una afecció limitada temporalment dels béns, ja recuperats pel venedor, al pagament de les quantitats que siguin procedents en interès del mateix comprador i dels tercers afectats per la resolució.

El sr. Javier Cruz, notari de Balaguer, va centrar la seva ponència en la regulació jurídica que el llibre sisè fa dels contractes de conreu. Va iniciar l'exposició destacant que dins del contingut del llibre sisè del Codi civil de Catalunya (CCCat), que tracta de les obligacions i els contractes, s'inclou la regulació dels contractes d'arrendament com una especialitat dels contractes de cultiu. Suposa la regulació completa dels contractes d'arrendament rústic, que es fonamenta en la vigent Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de cultiu, i confirma les modificacions fetes per la Llei 9/2011, de 29 de desembre. Com que és una normativa autònoma, no conté cap remissió supletòria a la regulació estatal, ni a la Llei d'arrendaments rústics, ni a la genèrica del Codi civil. Es regulen els tres contractes de cultiu tipificats: *a)* arrendament, regulat en els articles 623-11 a 623-29 CCCat; *b)* parceria, regulada en els articles 623-30 a 623-32 CCCat; i *c)* masoveria, regulada només en l'article 623-33 CCCat. També es regulen altres contractes de cultiu que les parts puguin crear, però respectant, això sí, els requisits de tot contracte de cultiu: *a)* cessió de finca rústica, *b)* onerositat, *c)* temporalitat, *d)* aprofitament agrícola pecuari o forestal. Aquests requisits generals es dedueixen dels deu primers articles del capítol III del llibre sisè del Codi (art. 623.1 a 623.10 CCCat), que creen un marc general per a tots els contractes de cultiu. La regulació es completa amb el reconeixement de dues figures contractuals més que no són contractes de cultiu però comparteixen capítol amb les anteriors sota la denominació «Contractes sobre cosa aliena»: el contracte de custòdia del territori i l'arrendament per a pastures. La nova regulació: 1) parteix del principi general de capacitat per

a contractar per tal de ser arrendador o arrendatari, si bé qui no tingui la qualificació de conreador directe i personal, malgrat poder ser titular d'un contracte de cultiu, no disposarà dels drets d'adquisició preferents, com indica de forma expressa l'article 623-8.2 CCCat; 2) introdueix la regulació de la cessió del dret a abonar la finca amb dejeccions ramaderes, dret que s'inclou en el contingut del contracte, i la negociació o cessió del qual requereix sempre el consentiment escrit del conreador; 3) manté que puguin ser objecte d'un contracte de cultiu finques qualificades d'urbanes, si són aptes per a l'aprofitament agrícola, ramader o forestal, amb la restricció que disposa l'article 623-27.1 CCCat, que també exclou la preferència adquisitiva de l'arrendatari per les finques qualificades com a urbanes o urbanitzables; 4) manté la durada dels set anys que considerava la regulació anterior, amb pròrrogues de cinc anys; 5) manté el principi de llibertat de forma, ja que l'article 623-7 CCCat requereix que el contracte tingui forma escrita, a pesar que l'absència d'aquest requisit no comporta la seva invalidesa; 6) i, en matèria de preferència adquisitiva de l'arrendatari conreador personal:

a) Segons el nou article 623-27 CCCat, l'arrendatari té el dret de tempteig i retracte de la finca arrendada en cas d'alienació onerosa, dació en pagament o aportació a una societat pel propietari. És a dir, se suprimeix l'esment de la donació. Durant la tramitació parlamentària hi va haver dubtes respecte d'aquest supòsit, però finalment es va suprimir. Es canvia, doncs, el criteri respecte de la Llei del 2008.

b) S'aclareix la regulació de la preferència dels arrendataris que pretenguin exercir el retracte. Així, si la finca arrendada no es pot segregar o dividir per aplicació de la legislació sobre unitats mínimes de cultiu, pot exercir aquest dret l'arrendatari que té la porció de terreny de menor extensió, i en igualtat de circumstàncies decideix la sort.

La dra. Lúdia Arnau Raventós, professora agregada de dret civil de la Universitat de Barcelona, va tractar de la compravenda a prova o assaig (art. 621-6 CCCat). En va proposar una lectura segons la qual el que resta suspensivament condicionat és l'eficàcia del negoci, en cap cas la perfecció ni, només, l'exigibilitat de les obligacions. Això permet allunyar aquesta compravenda tant de la modalitat prevista en l'article 328 del Codi de comerç com de la facultat de desistiment d'origen convencional (art. 79 del Reial decret llei 1/2007, text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris). A diferència de l'article 1453 del Codi civil espanyol, la norma catalana explicita el fet incert en què consisteix la condició (l'aprovació del comprador), que, segons la ponent, es configura jurídicament com un acte jurídic en sentit estricte. Més enllà, va destacar el caràcter instrumental del deure del venedor consistent a facilitar l'examen del bé o producte durant el termini de prova.

El sr. Josep Delfí Guàrdia Canela, membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, exconseller de Justícia de la Generalitat i patró de la Fundació Roca Sastre, es va encarregar de la cloenda de les Jornades i va fer una exposició de la qüestió competencial del llibre sisè i, en general, del dret civil català. En la seva ponència va delimitar el marc competencial establert en l'article 149.1.8 de la Constitució espanyola (CE). Un cop exposat el dret positiu, va fer esment de les diferents

teories sostingudes per la doctrina constitucionalista sobre l'abast d'aquestes competències, distingint entre les postures minimalistes, les intermèdies i les maximalistes, i va parlar de l'evolució de la jurisprudència constitucional en aquesta matèria. I, delimitat el marc general, va destacar les dificultats especials que en aquesta matèria representa el llibre sisè, ja que el seu topall constitucional, establert en la Constitució per l'expressió «bases de les obligacions contractuals», es mou en contorns menys delimitats que el de les altres matèries reservades per l'article 149.1.8 CE a la competència de l'Estat. Precisament aquesta dificultat tècnica explica en part que el llibre sisè hagi estat l'últim a aprovar-se i que només hagi entrat en vigor un dels tres títols que han de compondre el llibre. Així mateix, va explicar l'estat en què es troba el llibre sisè des del punt de vista constitucional, impugnat davant el Tribunal Constitucional però amb la suspensió aixecada. Curiosament —va ressaltar—, aquesta impugnació no es fonamenta en la infracció de la competència exclusiva de l'Estat, sinó en la falta de connectivitat. Per concloure, va fer un èmfasi especial en el fet que, per important que sigui l'aspecte institucional, ho és tant o més el valor que donin els usuaris al llibre sisè del Codi. La subsistència i l'èxit del dret civil català depenen del fet que els professionals i docents del dret coneguin, ensenyin i apliquin el dret català com l'instrument adequat per a la resolució de conflictes.

Jordi Pané Foix
Notari

RECENSIONS

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS (COORD. I ED.), *FRANCESC MASPONS I ANGLASELL. HOMENATGE. JORNADA D'ESTUDI*, BARCELONA, INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS, 2017, 168 P.

El volum recull les ponències i comunicacions presentades en la jornada d'estudi organitzada per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics (SCEJ) en homenatge a Francesc Maspons i Anglase ll amb motiu del cinquantè aniversari de la seva mort. La primera ponència, a càrrec de Josep Maria Casasús i Guri (Universitat Pompeu Fabra), porta per títol «Francesc Maspons i Anglase ll, l'home i el país». El treball situa Maspons en les circumstàncies històriques de mitjan segle xx. S'hi fan reflexions a propòsit de l'obra *L'home, la nació i l'estat*, en termes, essencialment, de dret públic. L'estudi s'acosta també a la vessant periodística del jurista, tot fent notar que, considerat a voltes un catalanista intransigent i radical, fou una personalitat no prou escoltada en la seva època. L'aportació de Ferran Armengol Ferrer (Universitat de Barcelona) es titula «L'esperit del dret públic català: Francesc Maspons i Anglase ll i el dret públic de Catalunya». Pren en part, així, el mateix títol de l'obra que Maspons va publicar el 1932 en un intent de recercar en la tradició jurídica catalana (que situa cronològicament abans del 1714) principis comuns i definidors del dret públic català. I ho fa amb el context polític representat pel trànsit de la monarquia a la república. L'autor contextualitza aquesta tasca identificant les influències que va rebre Francesc Maspons. La primera va ser el regionalisme conservador propi del seu entorn catalanista i cristià. S'esmenta també el krausisme, que participa de la idea de situar el dret consuetudinari per sobre de la llei i que li fa de sedàs a l'hora de rebre la concepció sociològica de Ihering, amb qui Maspons comparteix també la visió comparatista del dret. Es destaca també el contacte amb el dret i la pràctica a la Societat de les Nacions com a plataforma de reconeixement del dret de les minories, el pacifisme i l'europeisme. D'altra banda, la referència a l'obra *L'esperit del dret públic català* passa per constatar que, d'entrada, Maspons considera el dret català com l'ordenament jurídic complet. A més, l'estudi sintetitza els conceptes de dret públic que s'hi relacionen (estat, poder, autoritat, llei, fonts del dret, justícia, ciutadania, etc.). El treball es clou amb un interrogant: quin seria l'esperit del dret públic català actual? L'autor esmenta aleshores els principis de llibertat i d'intervenció mínima dels poders públics. Hèctor López Bofill (Universitat Pompeu Fabra) és l'autor de la ponència següent: «Europeisme i catalanisme. Una experiència de dret comparat». L'aportació pren com a referent el dictamen sobre la condició política i jurídica del Govern de la Generalitat de Catalunya que Maspons va fer en el curs de l'aprovació de l'Estatut d'autonomia de 1932. S'hi destaca el paper que Maspons atribuï a la ruptura com a font de

legitimitat d'una realitat sobirana catalana i la seva actitud esperançadora davant la reconstrucció europea. «Francesc Maspons i Anglasesell: la concepció catalana del dret a l'autodeterminació», de Jaume Renyer Alimbau (Universitat Rovira i Virgili), és el treball següent. Se centra en la concepció que tenia Maspons de la nació com a entitat natural, la reivindicació de la contemporaneïtat dels principis del dret català anterior al 1714 i el caràcter imprescriptible del dret del poble català a recuperar la llibertat. S'hi destaca l'optimisme històric de Maspons, la seva visió quasi mitificada de la terra i del territori, i la seva visió panoràmica de les interrelacions i els conflictes normatius existents en el sistema legal espanyol. Lluís Duran i Solà (Centre d'Història Contemporània de Catalunya) participa en el volum amb el treball «Francesc Maspons i Anglasesell: dret, excursionisme i ensenyament per a Catalunya». S'hi fa un retrat del Maspons més vital i polifacètic, de qui destaca el pas per entitats i institucions. Remarca també com feu ús de l'excursionisme com a manifestació del catalanisme i com a instrument de recerca sobre el dret català. La darrera ponència és a càrrec de Magalí Riera Roca (Universitat Rei Joan Carles I) i es titula «Qüestions actuals del dret civil català a partir de l'obra de Francesc Maspons i Anglasesell». Després de fer un apunt quant a les influències familiars, Riera contextualitza històricament i jurídicament l'obra de Maspons: el procés de codificació (uniformitzat seguint l'estela del dret castellà), el fracàs del sistema d'apèndixs, la recuperació de la competència civil amb la Segona República i el posterior sistema de compilacions. Es tracten també els corrents doctrinals representats per l'Escola Històrica del Dret i l'Escola Jurídica Catalana. A propòsit de la trajectòria jurídica de l'autor, es copsa la seva perseverança a expressar l'essència del dret català, que arrenca a l'edat mitjana amb un sistema de fonts complex que va des dels costums fins a les disposicions promulgades per les lleis catalanes. En el treball es destaca també la importància que va donar Maspons al notariat, que reflecteix la llibertat d'actuació que origina el costum. L'autora el clou enllaçant aquest recorregut amb la situació actual del dret català. Dues altres comunicacions tanquen el volum: «La cosa pública catalana està preparada per a recuperar l'esperit del dret públic català?», d'Isidre Lluçà Sabarich (Universitat Autònoma de Barcelona), i «Francesc Maspons i Anglasesell: un model per als catalans d'avui», de Lluís Botinas Montell.

Lídia Arnau Raventós

*Professora agregada de dret civil
Universitat de Barcelona*

