

LaNotaria

Número 2 | 2014

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

Les sentències del Tribunal Suprem enfront de la funció notarial

In Memoriam: José Félix Belloch,
Líder Notarial

«El nostre sistema de Notariat llatí és el millor»

Entrevista a Daniel-Sédar SENGHOR
President de la Unió Internacional del Notariat

«L'assignació de la gestió del Registre Civil als registradors mercantils és un error»

Entrevista a Rafael LARA HERNÁNDEZ
President del Col·legi Nacional de Secretaris Judicials

TRIBUNA

Antoni Mirambell Abancó

José Javier Cuevas Castaño

José Alberto Marín Sánchez

Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

Existir, estar i ser de les unions
estables de parella

Tractament legal del contracte de gestació
per substitució en el Dret Internacional Privat
espanyol en vista de la STS de 6 de febrer de 2014

PRÀCTICA

Reflexions sobre la condició: a propòsit
d'una compravenda de sòl urbà subjecta a la
condició dissolutòria d'arribar a ser solar
El Reglament de Blanqueig de Capitals
i l'actuació notarial

Control notarial del certificat d'eficiència
energètica i de la llicència de primera ocupació



NOVEDAD

LA COMPRAVENTA



- ➔ La presente obra, constituye **un verdadero Tratado de la Compraventa**, en el que, junto con los aspectos generales, **se estudian por separado y minuciosidad todas las distintas «compraventas»** que existen en el ámbito jurídico-privado.
- ➔ El tratamiento de la materia **se aborda con unidad sistemática, homogeneidad y proporcionalidad de sus diferentes partes y el imprescindible rigor teórico**, pero si entrar en estériles discusiones dogmáticas, para centrarse en los **problemas prácticos y su solución a la luz de la legislación vigente**, cuyo examen, comentario e interpretación ha merecido particular atención; y, especialmente, de la **copiosa jurisprudencia** que se cita a lo largo del texto.
- ➔ Ficha técnica versión papel:
Páginas: 1.332 / Encuadernación: Tapa dura / ISBN: 978-84-9020-338-5.

AUTOR:
**Eugenio
Llamas Pombo**

Versión papel con 5% de dto.

PVP: ~~120,19 €~~ (+IVA)

AHORA: 114,18 € (+IVA)

**Versión digital (smarteca)
103,31 € (+IVA)**



smarteca

Tu biblioteca profesional al alcance de un clic

La solución que te permite trabajar con tu biblioteca digital profesional en cualquier momento y lugar.



Consulta, actualiza, trabaja y adquiere las últimas novedades desde cualquier ordenador o tablet con un simple clic. Compatible con todos los sistemas operativos.



ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@wke.es / www.laley.es

Internet: <http://tienda.wke.es> • smarteca: www.smarteca.es



Wolters Kluwer
LA LEY

Director:

Àngel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consell de redacció:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudència/Resolucions*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Ángel Longo Martínez (*Pràctica*), Javier Martínez Lehmann (*Jurisprudència*)

Consell editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luelmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autònoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autònoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderch (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chulià (*U. de Valencia*), Roberto Follía Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildelfonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M^a Valls Xufré (*Notario*), M^a Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

Disseny, preimpressió i impressió per Wolters Kluwer España, SA

ISSN: 2172-3028

D.L.: M-15125-2012

Tots els drets reservats

Les opinions expressades pels nostres col·laboradors en aquestes pàgines són de la seva exclusiva responsabilitat i no coincideixen necessàriament amb la línia editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 II·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Nova rellevància de la forma, control *ex ante*, pòlisses i escriptures públiques

Assolits, pràcticament, els tres primers lustres del segle XXI, són moltes les coses que requereixen ser revisades en el nostre variat entramat legislatiu, singularment en un Estat constitucional amb una àmplia distribució competencial, que no vol dir «distribució al gust i conveniència del qui pretén exercir-la», sigui l'Estat, les comunitats autònomes o els ajuntaments, sinó de conformitat amb allò que disposa la Constitució i està cridat a resoldre el Tribunal Constitucional, i, per descomptat, amb ple acatament —malgrat que de forma un xic reiterada no estiguem a l'última— a la doctrina dels Tribunals internacionals, com ara el Tribunal Europeu de Drets Humans. I, singularment, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, que, sigui dit de passada, tot i l'obstinació d'alguns, inclòs —la qual cosa és pitjor— el nostre legislador, torna a sentenciar que el deutor hipotecari no gaudeix, ni tan sols després de la Llei 1/2013, de 14 de maig, dels elementals drets de defensa. No obstant això, el problema no és tant el fet que pugui o no recórrer, que ho és, sinó el fet que s'haurà de filar amb molt de compte en transposar al nostre ordenament jurídic la Directiva sobre crèdits hipotecaris, ja que no es tracta només del previ, sinó de tota la regulació fins al moment de veure extingit el deute. No sigui que —tal com ja han recordat autoritzades veus— hàgim de satisfer tots els contribuents la condemna a Espanya per incompliment reiterat —diríem *obcecat*— de l'adequada transposició de les directives europees. Unit tot plegat, a més a més, al fet que no es demana cap altra cosa que les que ja té qualsevol ciutadà europeu —com és la regulació del sobreendeutament de la persona natural o la nul·litat dels interessos de demora abusius—, i que, en veritat, sigui un mercat únic, encara que amb lleis adaptades a la singularitat de cada comunitat jurídica.

Pel que fa a la nostra actualitat jurídica més propera, cal fer valer l'escriptura pública. Així, caldria recordar, per obvi, que l'escriptura —fidel trasllat, fins i tot quan és parcial, de la matriu— és pública, i no hi ha cap mitjà que n'exterioritzi l'exacte contingut, podent-la lliurement exhibir el qui n'és el legítim tenidor, atès que el protocol és secret, i no és el mateix, excepte per als qui tenen interès legítim.

L'escriptura pública gaudeix d'oposabilitat —força més enllà de la simple data o dels qui compareixen—, i, també, per als tercers, hi ha la seva possible utilitzabilitat, juntament amb el fet de ser —fins i tot quan es tracta d'elevació a públic, atès que seria possible la *renovatio contractus*— el moment transcendent en el qual queda perfeccionat el contracte davant d'un funcionari públic i professional del Dret com

és el Notari, a la qual cosa s'uneix el fet que també és la font habitual de naixement —d'existència— fins i tot dels drets reals.

L'escriptura pública, en el nou Dret Contractual europeu, és —i necessàriament ha de ser, tot i que hi hagi petits contractes de consum que només exigeixin un document privat per a la defensa del consumidor— *forma informativa* (*Text form* i *textual form*, arts. 1:301 *Acquis Principles* i paràgraf 126b BGB), com ho ha de ser també la pòlissa —per a l'adherent i consumidor—, que, per cert, mai no va ser un document privat intervingut —tot i que sembli haver-lo confós el legislador a la hipoteca naval— i sí era, i és, més propera a una autèntica oferta contractual irrevocable —no s'acaba de veure el perquè de tanta reproducció quasi idèntica de diversos documents previs, quan es pot lliurar el definitiu—, i, per descomptat, és un exemple típic de contracte d'adhesió, amb condicions generals i supòsit epònim de contractació en massa, ja que cada tràfic requereix la seva circumstància, amb el control que sigui oportú.

Juntament amb això, superat el que és pretesament constitutiu —*forma dat esse rei*—, atès que no es pot defensar seriosament que fins i tot en els supòsits d'escriptura pública o inscripció constitutiva no hi ha res fins a aquell moment —ja que el fet de pretendre-ho seria tant com oblidar els tractes preliminars, les responsabilitats precontractuals i, en suma, que ja és ocasional la contractació *in actu*—, l'escriptura pública i la pòlissa són —i així cal reconèixer-les— el moment crucial de la prestació del consentiment. Encara que sigui per adhesió, en un cas la unitat d'acte sembla consubstancial, en l'altre no troba justificació, ja que es tracta d'una mera adhesió, del que està redactat —previst i tingut present en els seus efectes— per l'oferent, per tant, tampoc no pot ser igual el seu control judicial, ni la facultat de desistiment. De la qual cosa, d'altra banda, tant falta en la legítima defensa del consumidor, subjecte central en el nou Dret Contractual europeu.

Actualment, i no només en la contractació privada —malgrat que sigui la que ara mateix interessa i, singularment, des de l'òptica i defensa del consumidor—, no pot ser un control *ex post*, en el qual caldria preguntar-se de què, quan tot plegat ja ha passat —és a dir, quan ja s'ha lliurat la finca, els diners i s'han subscrit contractes vinculats i combinats— i, per tant, el consumidor confia que és propietari i deutor de conformitat amb la més estricta legalitat. Es tracta, i és l'única defensa del consumidor eficaç —d'aquí ve la forma informativa prèvia, o *ex ante*—, que presti el seu consentiment degudament informat, per la qual cosa sobra la forma anodina —i mal impresa o de difícil lectura— i falta la forma tipificada en què quedin destacats i remarcats els elements essencials que tipifiquen el contracte, atès que res no ho impedeix, tot i que, a més a més, es doni una altra informació afegida i fins i tot exigida.

En tot plegat, l'escriptura pública ja no és únicament la vella forma *ad substantiam*, sinó la necessària nova forma informativa, en la qual s'inclouen també les dades de fet —deutes, càrregues, dades físiques, etc.—, i el moment del seu atorgament és el moment definitiu del necessari període de reflexió, sempre que es compti amb l'adequada informació; després tot plegat ja ha passat, i es necessita de les solucions més o menys adequades —amb freqüència i sense justificació, diferents de l'altra banda dels Pirineus o de l'altra riba del Mediterrani— a les patologies contractuals.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- Nova rellevància de la forma, control *ex ante*, pòlisses i escriptures públiques
Ángel Serrano de Nicolás 4



Tribuna

- L'actualitat del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya
Antoni Mirambell i Abancó 7
- Lamentacions d'un Notari davant la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013 sobre «clàusules sòl»
José Javier Cuevas Castaño 11
- El Notari com a centre de gravetat del sistema de seguretat jurídica preventiva
José Alberto Marín Sánchez 13
- L'Estat davant la funció notarial. Anàlisi crítica de la legislació, jurisprudència i doctrina de la DGRN en el període 2012-2014
Joan Carles Ollé Favaró 15



Entrevistes

- «El nostre sistema de Notariat llatí és el millor»
Daniel-Sédar Senghor 21
- «L'assignació de la gestió del Registre Civil als registradors mercantils és un error»
Rafael Lara Hernández 27



Doctrina

- Existir, estar i ser de les unions estables de parella
Josep Ma Fugardo i Estivill 32
- Tractament legal del contracte de gestació per substitució en el Dret Internacional Privat espanyol en vista de la STS de 6 de febrer de 2014. Digue'm, nen, de qui ets...?
Aurelia Álvarez Rodríguez y David Carrizo Aguado 59



Pràctica

- Reflexions sobre la condició: a propòsit d'una compravenda de sòl urbà subjecta a la condició dissolutòria d'arribar a ser solar
José Luis del Moral Barilari 76
- El Reglament de Blanqueig de Capitals i l'actuació notarial
Antonio Ángel Longo Martínez 84
- Control notarial del certificat d'eficiència energètica i de la llicència de primera ocupació
José Javier Cuevas Castaño 98



Internacional

- Una aproximació al Reglament 650/2012 (I): la *professio iuris*
Elisabeth García Cueto 104



Sentències

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem
Redacció Wolters Kluwer 116
- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Redacció Wolters Kluwer 127



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 130



In Memoriam

- José Félix Belloch Julbe (1945-2014)
Joan Carles Ollé i Favaró 137

L'actualitat del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya



Antoni Mirambell i Abancó

*Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Barcelona
President de la Secció d'Obligacions i Contractes
de la Comissió de Codificació de Catalunya*

Un **Avantprojecte de Llei del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes**, ha estat sotmès recentment a informació pública per part del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, segons l'Edicte de 16 de juliol de 2014 (DOGC núm. 6672, de 25 de juliol de 2014).

Aquest text prové d'un esborrany que l'actual Secció d'Obligacions i Contractes de la Comissió de Codificació de Catalunya va formular com a *Avantprojecte de Primera Llei del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya*, el 24 de març de 2014, després de ser analitzat pel Ple de la Comissió de Codificació i pel Consell Rector de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya.

Es tracta d'un text que ha tingut en compte tots els treballs realitzats durant aquests darrers deu anys i que ha pres com un dels seus referents principals la *Propos-*

ta de Reglament relatiu a un Dret comú de compravenda europea —Document COM (2011) 635, d'11 d'octubre de 2011—, així com el *Projecte d'Informe sobre la proposta de Reglament del Parlament Europeu i del Consell relatiu a una normativa comuna de compravenda europea* (publicat el 6 de març de 2013 per part de la Comissió d'Assumptes Jurídics del Parlament Europeu), el qual vol incorporar-hi, entre altres aspectes relatius a la part general del contracte, algunes novetats significatives, especialment la reserva de domini i el suggeriment de regulació unificada dels remeis del comprador i del venedor.

L'Avantprojecte de Llei pretén completar el Codi Civil, tot i que no esgota tota la matèria relativa a les obligacions i els contractes susceptible de ser objecte de legislació en l'àmbit competencial propi de Catalunya, de manera, doncs, que la continuïtat legislativa, a més de possible, serà

necessària en el futur (tal com es dedueix de l'estructura i del contingut del Llibre Sisè que determina el mateix Avantprojecte).

La formulació d'aquest Avantprojecte ha hagut de superar algunes de les dificultats recurrents i habituals en relació amb el Llibre Sisè plantejades durant tots aquests anys, com són: la qüestió de la competència legislativa, la unificació del Dret europeu de contractes, les discussions sobre el contingut i el procés d'elaboració del Llibre Sisè, els aspectes relatius a la contractació que afecta els consumidors o la concepció del Llibre Sisè, o, si més no, de la regulació de la compravenda, com a instrument opcional.

El present Avantprojecte parteix de la **competència legislativa consolidada** que constitueix la legislació vigent actualment.

D'una banda, el Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, sobre el Text Refós



de la Compilació de Dret Civil de Catalunya, que conté un Llibre Quart, amb la rúbrica «De les obligacions i els contractes i de la prescripció», que regula encara la rescissió per lesió (arts. 321 a 325) i la venda a carta de gràcia (arts. 326 a 328).

D'altra banda, les Lleis especials de caràcter patrimonial, que contenen matèries pròpies del Llibre Sisè del Codi Civil:

- Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques.
- Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans.
- Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura.
- Llei 2/2005, de 4 d'abril, de contractes d'integració.
- Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu.

En segon lloc, el contingut de l'Avantprojecte s'ajusta a allò que estableix l'art. 3 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera Llei del Codi Civil de Catalunya, quan diu: «f) *Llibre Sisè, relatiu a les obligacions i els contractes, que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors, aprovada pel Parlament*».

I, en un tercer aspecte, l'Avantprojecte respon al model de codificació establert per

l'art. 6.2 i 6.5 de l'esmentada Llei 29/2002, que determina l'abandonament de la tècnica legislativa de les Lleis especials.

L'Avantprojecte té per objecte: establir l'estructura del Llibre Sisè, regular els contractes de compravenda i de permuta, incorporar els contractes vigents en lleis especials i substituir la Compilació i les lleis especials

Per tot això, l'Avantprojecte té per **objecte**: establir l'estructura del Llibre Sisè, regular els contractes de compravenda i de permuta, incorporar els contractes vigents en lleis especials i substituir la Compilació i les lleis especials.

1. En relació amb l'estructura del **Llibre Sisè**, es determina que tindrà, inicialment, tres títols: el Títol I, relatiu a les disposicions generals; el Títol II, relatiu als diferents tipus contractuals, i el Títol III, relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions. El títol relatiu a les disposicions generals es reserva per a la regulació, quan escaigui, de l'obligació i del contracte en general; el títol relatiu als diferents tipus contractuals es dedica a les fonts contractuals de l'obligació, i el títol relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions es reserva per regular separatament la responsabilitat extracontractual i les obligacions derivades dels actes o fets lícits i voluntaris no derivats de l'existència prèvia d'un deure o d'una obligació, així com la voluntat unilateral. L'art. 2 diu, textualment, que s'estructura «inicialment» en tres títols, i amb aquesta prevenció es vol indicar que, de ben segur, caldrà en el futur reestructurar la sistemàtica del Llibre en funció de les noves matèries que siguin objecte de regulació.

Respecte dels títols II i III, relatius a les fonts contractuals i no contractuals, s'ha de notar que volen posar èmfasi en la idea de *fonts de les obligacions* per allunyar-se de tot perill de confusió amb el concepte de *bases de les obligacions contractuals*, establertes constitucionalment com a límit competencial. En aquest sentit competencial, cal recordar que el present Avantprojecte se situa en el punt de vista d'interpretació més restrictiva de la competència legislativa catalana, pel fet

que simplement s'efectua la «conservació, modificació i desenvolupament» del Dret propi, sense incidir en les bases de les obligacions contractuals i sense haver de recórrer a la coneguda com a *tesi de la connectivitat* (d'acord amb les SSTC 88/1993, 156/1993 i 31/2010).

En relació amb la sistemàtica del Títol II, cal assenyalar que s'han establert unes categories conceptuals per permetre l'agrupació dels diferents contractes. Efectivament, aquestes categories es refereixen a contractes: amb finalitat transmissora, sobre objecte aliè, aleatoris, de cooperació o de finançament i de garantia. L'Exposició de Motius diu que «*el Capítol Segon es reserva per als contractes sobre activitat aliena*», per poder-hi incloure fonamentalment el contracte de serveis. Les categories poden ser discutibles, en funció de si es valora la finalitat, el contingut, l'objecte o el subjecte del contracte, i poden ser modificables en el futur, però tenen un valor merament instrumental i no dogmàtic.

Finalment, en relació amb l'expressió «*finalitat transmissora*», es vol remarcar que es tracta de contractes «obligatoris» i no dispositius, atès que només arriben a transmetre la propietat o la titularitat del dret sobre el bé que n'és l'objecte quan es fa un acte de lliurament del bé que, com a compliment de l'obligació, implica la tradició.

2. Respecte de la regulació dels **contractes de compravenda i de permuta**, es parteix de la preeminència de la voluntat de les parts sobre la base dels principis de bona fe i d'honradesa de tractes, de conformitat amb l'art. 111-7, de manera que la regulació proposada té una funció interpretadora i integradora de la voluntat contractual i presenta unes novetats notables.

Els aspectes més destacables en relació amb la **compravenda** són els següents:

- Els factors reguladors essencials són, d'una banda, l'obligació per part del venedor de lliurar un bé conforme al contracte i de transmetre la titularitat del dret sobre el bé, mentre que, d'altra banda, el comprador s'obliga a pagar el preu en diners i a rebre el bé. El contracte segueix essent obligacional, però té una funció translativa de la titularitat del dret sobre el bé objecte del contracte, que es refereix a tots els béns i drets patrimonials, en el sentit que ja



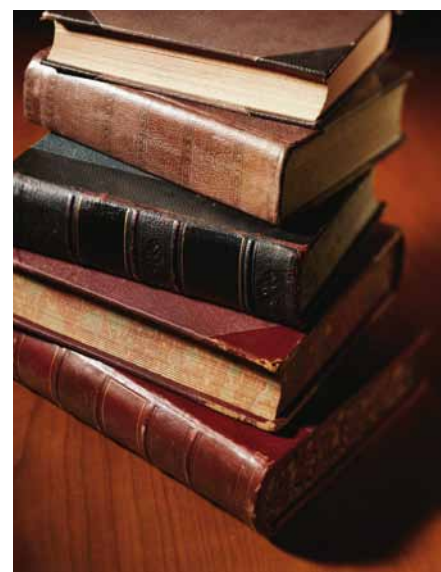
no caldrà diferenciar la compravenda per als béns corporals i la «cessió» per als altres béns, especialment els crèdits o les accions, i comporta també el fet de tenir en compte que, en relació amb la naturalesa del dret, es pot tractar de drets que no tenen caràcter possessori.

- Es regula de manera unificada el contracte amb una especial atenció a la compravenda de consum i en funció de la normativa de protecció dels consumidors i usuaris. En aquest sentit, es regula una compravenda que té per objecte tant béns mobles com béns immobles i en què el comprador pot ser o no consumidor; per tant, es regula la compravenda en general i més enllà del treball sobre el Dret europeu de compravenda, especialment focalitzats en la compravenda de béns mobles i amb una alta preocupació per la contractació a distància i, quant al seu objecte, pels continguts digitals. Això implica que, tot i que la Llei pretén assolir una regulació unificada del contracte, es respecta la legislació específica en matèria de consum i es tenen en compte les directives comunitàries en la matèria (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, i la Directiva 2011/83/UE) pel que fa als aspectes imperatius. Es regula, doncs, la compravenda civil, de manera que, malgrat la mercantilització que amenaça la competència legislativa catalana en matèria civil (en virtut de l'Avantprojecte de Llei de Codi Mercantil de 30 de maig de 2014), hi haurà sempre, encara que sigui de manera residual, compravenda civil.
- La conformitat es presenta com l'obligació fonamental del venedor i és una de les grans innovacions i els seus trets essencials, tal com es destaquen a l'Exposició de Motius, són: L'obligació de conformitat permet la unificació del règim jurídic de l'incompliment. I, d'altra banda, implica que el bé lliurat al comprador es correspongui amb allò pactat en el contracte. Això no obstant, la conformitat es basa no només en la voluntat contractual manifestada en les clàusules del contracte, sinó també en les regles que estableix la Llei per a contrastar si hi ha correspondència entre el bé lliurat i els pactes contractuals.

- La regulació unificada dels remeis del comprador i del venedor per manca de conformitat és un altre dels aspectes innovadors. Certament, en alguns casos, es tracta de normes d'incompliment que, en el seu dia, s'hauran de reubicar a la part general del contracte. Els remeis són: el compliment específic, la suspensió del pagament del preu o del compliment de les obligacions, la resolució del contracte, la reducció del preu, en el cas del comprador, i la indemnització per danys i perjudicis. Els remeis no es formulen de manera jerarquitzada i, per tant, defectiva, de manera que aquells que no siguin incompatibles són acumulables entre si i, en tot cas, són compatibles amb la indemnització pels danys efectivament causats. La regulació dels remeis parteix del principi de conservació del contracte, de manera que s'evitin costoses resolucions contractuals. En aquest sentit, s'admet expressament l'oferiment de correcció a iniciativa del venedor coneixedor de la manca de conformitat, quan el venedor ha lliurat un bé no conforme, tant en cas de compliment anticipat com quan ha vençut el termini de compliment i disposa d'un temps addicional. Tenint en compte, però, que el comprador té la facultat de rebutjar la correcció, si té motius raonables per fer-ho o, en tot cas, l'incompliment és essencial. I es considera essencial l'incompliment que priva substancialment l'altra part d'allò a què tenia dret segons el contracte.
- La incorporació de l'avantatge injust té en compte la proposta sobre el Dret contractual europeu de compravenda, però se n'aparta pel caràcter rescissori de l'acció i pel fet d'admetre un supòsit subjectiu i un d'objectiu per tal d'encabir-hi la rescissió per lesió, de manera que, tal com diu l'Exposició de Motius: «S'incorpora una nova regulació de l'avantatge injust (Subsecció Sisena) en l'àmbit subjectiu, amb la finalitat d'evitar casos clars d'abús d'una de les parts envers l'altra tot vetllant alhora per la justícia de l'intercanvi, en sintonia amb els textos internacionals del Dret contractual europeu. En l'àmbit objectiu, es manté i es generalitza l'antiga doctrina de la *laesio enormis* per resoldre supòsits de greu desequilibri de les prestacions. S'estableix una acció de rescissió, renunciàble només amb posterioritat a

la conclusió del contracte, i la part legítima pot demanar al tribunal en tot cas l'adaptació del contracte».

- Es formulen unes especialitats de la compravenda d'immobles derivades de la pràctica notarial i registral, com són: la facultat de desistiment per al cas en el qual el contracte hagi inclòs una previsió de finançament del preu per part de tercers que, finalment, queda frustrada; l'establiment d'una regla dispositiva sobre la indicació de la superfície de l'immoble, segons el mode de determinació del preu per referència a la cabuda, mesura o superfície de l'immoble, o, altrament, per una quantitat global; el règim jurídic d'una comunitat específica temporal, en els casos de compravenda d'un habitatge, un local o un altre element d'un edifici en construcció o en rehabilitació; el pacte de condició resolutòria com a garantia del venedor, però amb uns factors de ponderació com a protecció del comprador, de manera que es regula com una especialitat referida només a la compravenda d'immobles i que exigeix un pacte exprés tant relatiu a la resolució com al procediment d'exercici de la resolució, així com uns estrictes requisits imperatius de legitimació i exercici.
- Es conserva la compravenda a carta de gràcia, però s'incorpora només la part relativa al contracte. Amb una disposició final, es modifica el Llibre Cinquè, concretament, l'art. 568-1.1, i s'introdueix una nova Secció V, amb la rúbrica





«El dret de redimir en la venda a carta de gràcia» i amb els arts. 568-28 a 568-32, tot plegat amb la finalitat de regular adequadament el dret de redimir com a modalitat de dret d'adquisició preferent de caràcter voluntari.

La permuta ha estat regulada com a contracte independent per diferenciar-lo de la compravenda i de la cessió de finca a canvi d'aprofitament urbanístic, qualificada, precisament, com a falsa permuta

En relació amb la **permuta**, l'Exposició de Motius explica que: «La Secció Segona del Capítol Primer es dedica al contracte de permuta, com a contracte diferent de la compravenda i de la cessió de solar o d'aprofitament urbanístic a canvi de construcció futura, es precisa la seva qualificació jurídica en funció de la contraprestació pactada i s'estableix el mateix règim jurídic de la compravenda». Aquest contracte no presentava cap altre problema que el de la seva qualificació en relació amb la compravenda, de manera que si es considera que és intercanvi de bé per bé i el seu règim ha de ser el de la compravenda, no caldria la seva regulació com a contracte autònom. Això no obstant, la permuta ha estat regulada com a contracte independent per diferenciar-lo de la compravenda i de la cessió de finca a canvi d'aprofitament urbanístic, qualificada, precisament, com a *falsa permuta*.

3. Pel que fa a la **incorporació de les lleis especials**, s'efectua amb les mínimes modificacions sistemàtiques i reguladores.

D'aquesta manera, degudament sistematitzades, s'incorporen:

- a) Cessió de finca o aprofitament urbanístic a canvi de construcció futura: la Llei 23/2001, de 31 de desembre.
- b) Contractes de conreu: la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de manera que, atès que no tots els contractes regulats per aquesta Llei són contractes de conreu, i tenint en compte la conveniència de precisar el règim jurídic dels diferents contractes, s'estableixen tres seccions diferenciades, relatives als contractes de:

- Conreu, comprenent-hi les disposicions generals, l'arrendament rústic, la parceria i la masoveria.

- Custòdia del territori. Es regula a partir de l'arrendament amb finalitat de conservació del patrimoni natural i la tipificació d'aquest nou contracte s'ubica en el Capítol III, relatiu als contractes sobre objecte aliè (i no en el capítol dedicat als contractes sobre activitat aliena), pel fet que és predominant l'aspecte del bé immoble cedit i no l'«activitat de custòdia». Aquesta tipificació es fa a partir del títol constitutiu voluntari, independentment del dret constituït, que pot ser personal o real si, en aquest cas, en compleix els requisits.

- Arrendament de pastures, amb la precisió respecte del seu règim jurídic.

c) Contractes aleatoris: la Llei 6/2000, de 19 de juny, i la Llei 22/2000, de 29 de desembre. La incorporació d'aquestes lleis ha requerit distribuir el seu contingut per raons sistemàtiques, especialment en relació amb la separació del violari i el censal, i ha requerit també la regulació d'un nou contracte oneros d'aliments per superar la Llei 22/2000, d'acolliment de persones grans. Efectivament, el Capítol IV es reserva per als contractes aleatoris, de manera que inclou el contracte de violari i el nou contracte oneros d'aliments [derivat de l'art. 237-14, paràgraf 3r, lletra d), de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, i de l'art. 4.3 de l'esmentada Llei 22/2000]. Aquesta regulació i el fet que el pacte d'acolliment no ha tingut un arrelament pràctic, fins al punt que el Registre d'Acolliment de Persones Grans no s'ha arribat a desenvolupar reglamentàriament, han permès prescindir del referit pacte d'acolliment. En canvi, en el Capítol VI, que es dedica als contractes de finançament i de garantia, s'hi ha ubicat el contracte de censal, amb l'objectiu de readaptar aquesta institució a la seva finalitat de finançament a llarg termini, com una alternativa al préstec.

d) Contractes de cooperació: la Llei 2/2005, de 4 d'abril. Aquesta modalitat

de contracte s'ha ubicat en el Capítol V i s'ha realitzat la seva actualització i separació de les obligacions contractuals i administratives. D'altra banda, els aspectes no vinculats al contracte —és a dir, la part de la Llei relativa als aspectes més relacionats amb l'Administració— es traslladen a les disposicions finals del mateix Codi Civil.

e) Contractes de finançament i de garantia: la Llei 6/2000, de 19 de juny. En aquest capítol, s'incorpora la regulació del contracte de censal, amb una configuració que el presenta com una mena de préstec sense amortització del capital.

La substitució implica que la supressió de vigència de la llei substituïda depèn de la vigència de la llei substituent, de manera que, si la llei substituent fos derogada o anul·lada, la llei substituïda recuperaria la vigència automàticament, atès, precisament, que no ha estat derogada expressament

4. En relació amb la **substitució** de la Compilació, s'ha utilitzat la fórmula de la substitució normativa amb la idea de continuïtat i atesa la seva gran significació en la conservació de l'ordenament jurídic civil de Catalunya, tot i que es pot considerar que es tracta d'una veritable derogació per ser una llei posterior sobre la mateixa matèria. La substitució implica que la supressió de vigència de la llei substituïda depèn de la vigència de la llei substituent, de manera que, si la llei substituent fos derogada o anul·lada, la llei substituïda recuperaria la vigència automàticament, atès, precisament, que no ha estat derogada expressament. Altrament, la derogació expressa implicaria la pèrdua definitiva i absoluta de vigència de la llei anterior.

El present Avantprojecte de Llei, innovador i en la línia de construcció del Dret europeu de contractes, culminaria, si prospera, la gran tasca legislativa que s'ha realitzat des de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera Llei del Codi Civil de Catalunya. És d'esperar que esdevingui llei i que s'assoleixi un grau més de completesa del Codi Civil de Catalunya.

Lamentacions d'un Notari davant la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013 sobre «clàusules sòl»^(*)



José Javier Cuevas Castaño
Notari jubilat

Els Excel·lentíssims Senyors Magistrats del Tribunal Suprem demostren de tant en tant que *es pot escriure Dret amb línies tortes, o —el que és el mateix—* que estan dotats d'un olfacte i d'un paladar jurídic tan fins com per *no decidir en la decisió*, encara que, segons alguns —entre els quals m'hi compto—, algun cop l'espiïin en el seu deambular fins a arribar-hi.

Amb això vull mostrar, des de la *discrepància* quant als seus fonaments, la meva plena *conformitat* amb la decisió de la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013, que, amb tota la raó i la justícia del món, va proclamar la nul·litat de les denominades **clàusules sòl**, utilitzades en la contractació habitual de determinades entitats financeres i que, de fet, implicaven l'existència d'una fórmula màgica en virtut de la qual els interessos de préstecs i crèdits

es convertien en **fixos per baix i molt flexibles per dalt**.

Vull mostrar, des de la *discrepància* quant als seus fonaments, la meva plena *conformitat* amb la decisió de la STS de 9 de maig de 2013, que va proclamar la nul·litat de les denominades **clàusules sòl**.

La cosa ve de Sevilla, davant el Jutjat Mercantil número 2 de la qual es va exercitar una *acció col·lectiva de cessació de condicions generals de la contractació en defensa de consumidors i usuaris* per considerar **abusives, desequilibrades i perjudicials** per als consumidors les denominades **clàusules sòl**.

L'assumpte es va complicar des del principi, en qüestionar-se per part de les entitats demandades la legitimació activa de l'associació demandant, matèria a la qual el Jutjat va haver de dedicar-hi una excessiva i preferent atenció abans d'entrar en el quid de l'assumpte i considerar efectivament les clàusules debatudes com a *vertaderes condicions generals de la contractació no negociades, sinó imposades, abusives, desequilibrades, desproporcionades i mancades de reciprocitat o de semblança de límits*, per la qual cosa **es va declarar la nul·litat** de les clàusules enjudiciades i **es va ordenar la inscripció** de la Sentència al Registre de Condicions Generals de la Contractació.

Un cop apel·lada la Sentència davant la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Sevilla, aquesta va ser íntegrament *revocada*, i va donar lloc al recurs de cassació que va culminar amb la Sentència del Tribunal Su-



prem i la Interlocutòria aclaridora d'aquesta que ens ocupen i en què l'Alt Tribunal, sens cap mena de dubte, estímul o pretext de la recent Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013, s'embrancha en les més sofisticades disquisicions per arribar, finalment, al mateix resultat pràctic al qual, **sense faltar ningú** i «entrando al el toro por derecho» ja havia arribat la senzilla, clara i intel·ligent Sentència del Jutjat de Sevilla.

Per al Tribunal Suprem, no només es tractava de fer justícia —que en va fer!—, sinó també de trobar *un boc expiatori a qui carregar-li el mort* per deixar així fora de perill els grans i no tan grans **poders de l'Estat**, als quals l'article 51 de la Constitució Espanyola imposa «l'obligació de garantir la defensa dels consumidors i usuaris, protegint, mitjançant procediments eficaços, els legítims interessos econòmics d'aquests», malgrat la qual cosa, i sens dubte per *superiors interessos*, els Excel·lentíssims Senyors Magistrats van optar per:

- Deixar al marge el **Poder Legislatiu**, malgrat que estava i està a les seves mans el fet de fixar regles del joc justes, ponderades, proporcionades o equilibrades per evitar situacions de desequilibri, abús o opacitat com les que es posen de manifest a les clàusules declarades nul·les.
- Salvar de la crema el **Poder Executiu** i per fer-ho declarar, com es va declarar, la suficiència de les normes de transparència contingudes a l'Ordre Ministerial de 5 de maig de 1994, de manera que el Govern hauria complert la seva comesa d'impulsar la transparència i l'equilibri en la contractació hipotecària.
- Justificar la passivitat del **Poder Judicial**, que, en general, no ha exercitat les decisives *facultats* reconegudes a la Directiva 93/13 CEE i en abundant jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, que ja a la Sentència de 27 de juny

de 2000 reconeixia la «*facultat dels jutges i tribunals d'actuar d'ofici en l'eliminació de clàusules contractuals abusives*», i que en sentències posteriors (4 de juny de 2009, 14 de juny de 2012 i 21 de febrer de 2013) ha accentuat aquesta *facultat* en dir que «*el Jutge nacional ha d'apreciar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula i esmenar, així, el desequilibri que existeix entre el consumidor i el professional*».

- Preservar la imatge del **Banc d'Espanya**, malgrat que en aquest, com en molts altres casos sonats, es va estar mirant cap a una altra banda, sense complir les funcions reguladores i de protecció dels ciutadans que li imposa la Llei 26/1988, sobre disciplina i intervenció de les entitats de crèdit.

Per no acostar-se ni tan sols a totes aquestes *esferes de poder* —i a alguna altra—, la Sentència, superant de bon tros allò que el *petitum* inicial de la demandant requeria i que el Jutgador d'instància li havia donat, va construir una complicada i artificiosa arquitectura que li va servir per concloure dient que les clàusules en qüestió no conculcaven cap normativa, que superaven el «filtre de la transparència» pel que fa a la seva *inclusió* en els contractes, però que no superaven la segona barrera o «filtre de la *comprensió*», la qual cosa es va considerar imputable al Notariat per no dotar de claredat les clàusules qüestionades i per no proporcionar informació suficient perquè la dació de fe de lectura del document i de prestació de consentiment lliure i informat fos una cosa real, en comptes d'un **formalisme mancat d'eficàcia**, segons la degradant visió de la funció notarial que tenen els Excel·lentíssims Senyors Magistrats, si s'ha de jutjar pel que es diu a la Interlocutòria aclaridora.

El que és paradoxal és que s'exigeixi una actuació bel·ligerant i eficaç precisament als notaris, a qui el mateix Tribunal Suprem —Sala Contenciosa Administrativa—, en la se-

va memorable i inassumible **Sentència de 20 de maig de 2008**, ha *desarmat* en privar-los de les facultats impeditives o obstaculitzadores —*control-rebuig*— que podrien i haurien de servir per protegir els consumidors mitjançant l'exclusió de clàusules abusives, possibilitat que ja havien retallat la **Llei 7/1998, sobre condicions generals de la contractació**, i el **Reial Decret Legislatiu 1/2007 (Llei General per a la Defensa de Consumidors i Usuaris)**, en *limitar la facultat dels notaris* de negar-se a autoritzar negocis jurídics en què es pretengui la inclusió de clàusules abusives als supòsits de **clàusules declarades nul·les per abusives en sentència ferma inscrita al Registre de Condicions Generals de la Contractació**; si passa altrament, s'haurien de conformar amb advertir els atorgants, però sense poder **excloure la clàusula**, per més abusiva que sembli, ni poder tampoc **negar l'autorització o intervenció** del document. Sembla evident, al marge de dols, vulneracions i laments corporativistes, que aquests recels constitueixen una *erosió constant* de l'ofici i condueixen indefectiblement al *progressiu desarmament* d'aquells a qui els correspon —i a qui el Tribunal Suprem exigeix— la defensa del mateix sistema de contractació en primera línia de combat, en la més avançada de las trinxeres.

Resulta paradoxal que el TS exigeixi una actuació bel·ligerant i eficaç als notaris, alhora que per la STS de 20 de maig de 2008 els desarma i els priva de facultats impeditives o obstaculitzadores, les pròpies de control-rebuig

Arribats a aquest punt, no puc evitar l'enyorança d'uns temps en què el senyor **José Castán Tobeñas**, que va ser President del mateix Alt Tribunal, es referia al Notariat com a «*Magistratura de la Pau*», ens considerava *els professors de Dret de les classes més desfavorides* i ens dedicava una obra tan monumental com la seva **Función notarial y elaboración notarial del Derecho**, la lectura de la qual ens pot servir d'antidepressiu en els temps que corren.

(*) M'he ocupat més detalladament d'aquesta Sentència i de la del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 a **Estudis homenatge a José-Luis Mezquita del Cacho** (Col·legi de Notaris de Catalunya, 2013), i també he abordat la matèria a *La Notaria*, núm. 1/2013.



El Notari com a centre de gravetat del sistema de seguretat jurídica preventiva

Comentari a la sentència del Tribunal Suprem de 18 de març de 2014



José Alberto Marín Sánchez
Vicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya

La Sentència del Tribunal Suprem de 18 de març de 2014 ha provocat rius de tinta, especialment en àmbits notariais i registrals. Més enllà de fins a quin punt estiguem d'acord o no amb la decisió i, especialment, de l'apreciació de la prova realitzada pels òrgans jurisdiccionals intervinents, el cert és que en el fons d'aquesta **es reflecteix una visió de la funció notarial digna de ser comentada.**

Prestem atenció a aquests dos paràgrafs de la Sentència:

L'art. 146 RN prescriu la responsabilitat civil del Notari respecte dels danys i perjudicis ocasionats per dol, culpa o ignorància inexcusable. Es indubtable que el fet que el Notari no deixés constància de l'embargament judicial que

gravava l'immoble en el moment d'autoritzar l'escriptura de compravenda va ocasionar un greu perjudici al comprador, que va consentir a pagar un preu de 2.450.000 euros per aquest immoble, que estava devaluat en una xifra semblant a conseqüència de l'embargament. No pot negar-se un nexa de causalitat entre aquesta conducta, ometre l'estat actual de les càrregues que pesen sobre l'immoble l'escriptura de compravenda del qual s'autoritza, i el detriment patrimonial del comprador que s'obliga a pagar un preu per un immoble que, a conseqüència de l'embargament, gairebé no val res. I aquesta conducta és imputable al Notari, que, encara que pogués al·legar que desconeixia la circumstància de l'embargament, aquesta ignorància no era excusa-

ble davant del comprador. Correspon al Notari tenir els mitjans tècnics necessaris per prestar els seus serveis, en aquest cas, per assegurar-se que informa el comprador de les càrregues que pesen sobre la finca que compra. En un cas com el present, en què el sistema de comunicació entre la Notaria i el Registre no va funcionar, i es declara provat que el Registre va remetre la comunicació en la qual informava de l'embargament i la Notaria va a haver de rebre-la, la ignorància del Notari sobre l'existència d'aquesta càrrega és inexcusable, als efectes de respondre, conforme a l'art. 146 RN, dels danys i perjudicis ocasionats al comprador.

El que s'ha exposat abans no perjudica la possible responsabilitat en què hauria pogut incórrer la Registradora



de la Propietat davant el Notari, si s'arriba a demostrar que els problemes de comunicació també es van deure al sistema informàtic del Registre.

El Tribunal Suprem estableix un sistema de responsabilitat objectiva del Notari davant de l'usuari del servei notarial: n'hi ha prou amb el dany i el nexa causal perquè sorgeixi la responsabilitat objectiva, sense necessitat de culpa o negligència

Una lectura atenta ens porta a la **conclusió que el Tribunal Suprem estableix pràcticament un sistema de responsabilitat objectiva del Notari davant de l'usuari del servei notarial**: la ignorància de l'existència de la càrrega per part del Notari «no era excusable davant el comprador», i deixa oberta la porta al fet que el Notari reclami al titular del Registre si els problemes de comunicació es van deure al sistema informàtic d'aquest. **N'hi ha prou amb el dany i el nexa causal perquè sorgeixi la responsabilitat objectiva, sense necessitat de culpa o negligència.**

La funció notarial i la registral estan prestades per funcionaris nomenats



per l'Estat, però, a diferència de la resta d'aquests funcionaris, la seva actuació no genera la responsabilitat de l'Estat, sinó que **són els propis notaris o registradors els que responen, encara que han de respondre d'acord amb la legislació vigent, i aquesta en cap cas proclama aquest tipus de responsabilitat objectiva que només pot ser determinada per la llei.**

La llibertat d'aquests operadors es mínima, doncs ni poden triar els mitjans a través dels quals es produeixen les comunicacions ni molt menys el Notari, que és el que tracta directament amb el possible perjudicat, pot elegir el Registre de la Propietat amb el qual ha de relacionar-se per prestar el servei (no hi ha intenció en aquest article de polemitzar sobre l'elecció del Registrador). **La llei determina el procediment d'actuació** d'aquests professionals, **la forma i el vehicle a través del qual s'ha de fer la consulta de l'estat de càrregues i, sobretot, en quin Registre ha de «confiar» el Notari.** Essent així, resulta paradoxal que el Tribunal Suprem afirmi, com a fonament de la responsabilitat del Notari, que «correspon al Notari tenir els mitjans tècnics necessaris per prestar els seus serveis», donant a entendre que gaudeix d'una àmplia llibertat d'elecció d'aquests mitjans, quan la realitat és que la normativa legal i l'incompliment de la Llei 24/2005 pel que fa a l'accés a la informació dels registres obliga a utilitzar el telefax. El Notari no només el va utilitzar, sinó que fins i tot va ordenar trucar al Registre per confirmar la situació de càrregues de la finca i aquest li va remetre en el moment abans de signar una nota informativa en la qual no figurava la càrrega. **Malgrat tot, el Tribunal Suprem condemna el Notari.**

El que s'ha exposat fins ara ens porta a concloure que, **amb la legislació vigent, el Notari no pot ni ha de respondre objectivament per uns danys produïts per la utilització d'uns mitjans deficients que està obligat a usar facilitats per un «proveïdor» que tampoc pot elegir.** Seria necessària una norma amb rang de llei, que no existeix, per establir la responsabilitat objectiva a la qual arriba el pronunciament judicial.

Però, i *lege ferenda*? Ha de ser responsable el Notari de qualsevol resultat danyós que es produeixi en un ciutadà

derivat de la seva actuació? Dit d'una altra manera: **quan un ciutadà entra en una Notaria, ha de tenir la seguretat que el Notari respon al cent per cent de la seva actuació, fins i tot encara que sigui un tercer el possible responsable real del dany causat? Al meu parer, la resposta hauria de ser «sí», però aquest «sí» hauria de fonamentar-se en un control absolut per part del Notari de tots els elements que necessita per a un atorgament absolutament segur.** Al segle XXI, basar un sistema d'informació de càrregues en un telefax resulta anacrònic, especialment tenint en compte els sistemes informàtics dels quals estan dotats tots els intervinents en aquest procés. **El sistema requereix millores.** Una podria ser el compliment de la Llei 24/2005. Però moltes altres depenen del fet que el Govern i el legislador prenguin consciència que al ciutadà, en el sistema de seguretat jurídica preventiva vigent, se l'atén a la Notaria, oficina pública, i és allí on se li ha de garantir al cent per cent la indemnitat. Per aquest motiu, **les properes reformes legals, que no són poques, haurien de tenir present on és el centre de gravetat d'aquesta seguretat** i fer que tot giri al seu voltant com les lleis de la física recomanen.

El Tribunal Suprem va voler fer realitat un desig: que el ciutadà només hagi d'entendre's amb el Notari, funcionari públic que li presta el servei i que hauria de respondre de la seva actuació per controlar tots els mitjans que necessita per a fer-ho

Com a conclusió, podem afirmar que el Tribunal Suprem, en aquesta Sentència, realment va voler fer realitat un desig: que el ciutadà només hagi d'entendre's amb el Notari, funcionari públic que li presta el servei i que hauria de respondre de la seva actuació per controlar tots els mitjans que necessita per a fer-ho. Però, malauradament, la realitat demostra que, amb la situació actual, aquest desig és inviable i inassumible.

Esperem que la nova cúpula del Ministeri de Justícia sigui sensible a aquesta idea i faci possible, amb les reformes que hi ha en marxa, que el ciutadà vegi fet realitat el desig del Tribunal Suprem.

L'Estat davant la funció notarial. Anàlisi crítica de la legislació, jurisprudència i doctrina de la DGRN en el període 2012-2014



Joan Carles Ollé Favaró
Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya
Director de la Comissió de Codificació de Catalunya

La Constitució garanteix la seguretat jurídica dels espanyols (art. 9.3) i reserva a l'Estat la competència exclusiva sobre l'ordenació dels registres i instruments públics (art. 149.1.8), sens dubte, pel fet de considerar nuclear a l'Estat de Dret la funció notarial i l'escriptura pública, juntament amb la publicitat i la protecció del registre davant de tercers. El nostre sistema de seguretat jurídica preventiva, un dels més reconeguts del món occidental, és un element essencial en la arquitectura jurídica i constitucional que ha de garantir la seguretat jurídica dels espanyols, de manera que generi confiança i normalitat en les relacions jurídiques.

Una tal ratificació constitucional no és cap privilegi, sinó purament i simple la plasmació de les qualitats que afegeix a l'acte o contracte la intervenció jurídica qualificada d'un funcionari públic com el Notari, de la qual la llei deriva importantíssims efectes,

com ara la força executiva i probatòria i les presumpcions de capacitat, de facultats representatives i de veracitat i integritat. **La bondat i l'excel·lència del sistema de seguretat jurídica preventiva es basa en un complex i sofisticat esquema funcional i legislatiu que requereix dècades de sedimentació i perfeccionament**, com bé saben els països emergents. Hi ha un conjunt de normes, d'equilibris i d'estructures administratives que no s'improvisen i que requereixen temps, lleis, mitjans i talent. **Tanmateix, n'hi ha prou amb un breu període de temps per laminar i desestabilitzar el millor dels sistemes.**

L'agut context de crisi econòmica que es va iniciar el 2007 i va arribar al punt àlgid en el període analitzat va donar pas, entre altres fenòmens, a l'impuls, **a partir del 2012, d'una accentuada política reformista** del nou govern del Partit Popular **en l'àmbit econòmic**, segurament imprescindible, **i en l'àmbit de**

la Justícia, també plausible en termes generals, però, **en aquest cas, insuficientment ponderada i consensuada i, fins i tot, mal enfocada en aspectes clau.** Una anàlisi detinguda de la legislació aprovada en aquest quasi trienni, essent Ministre de Justícia Alberto Ruiz Gallardón, ha de constatar **que la funció notarial n'ha resultat debilitada i que el sistema de seguretat jurídica preventiva ha patit diverses modificacions i desequilibris que, si no es corregeixen aviat, afectaran negativament la seguretat jurídica de ciutadans i empreses i la confiança d'aquests en les institucions de l'Estat.**

Els Tribunals de Justícia han complert en els darrers anys una molt important funció d'impuls de les reformes en matèria hipotecària, amb la qual cosa s'ha arribat a interpretacions imaginatives i jurídicament progressives. Aquest afany justicialista, lloable en principi, probablement hauria pogut dur a cometre algun excés o error. La cone-



guda **Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013, sobre clàusules sòl**, és emblemàtica d'aquest enfocament forçat, amb una preocupant i injusta valoració de la funció notarial, que la «interlocutòria aclaridora» arriba a qualificar de «*formalisme mancat d'eficàcia*». **Aquesta Sentència se suma a d'altres anteriors i posteriors** dictades en els darrers anys per les sales 1a i 3a del Tribunal Suprem **que objectivament debiliten la funció notarial i la important funció que aquesta ha de complir en el nostre sistema jurídic**. També la DGRN ha modificat la seva doctrina en nombrosos aspectes de la funció notarial, sense justificació legal o jurisprudencial que ho avalés, **sempre tendencialment en la línia de debilitar la funció notarial i de reforçar el Registre**.

Legislació

L'etapa va començar generant certes expectatives amb la **Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en afers civils i mercantils**, en reconèixer el control de legalitat notarial (art. 25), tot i que sense utilitzar aquesta expressió i diluint en el text final la reserva d'executivitat per al document notarial que contenia el Projecte de Llei. El punt d'inflexió va venir marcat per l'aparició, el novembre del mateix any, d'un **esborrany d'Avantprojecte de Llei de Reforma Integral dels Registres Públics**, que s'havia elaborat a la DGRN. El text modificava la **Llei 20/2011, de 21 de juliol, i atribuïa la portada del Regis-**

tre Civil als registradors mercantils. Però anava molt més enllà, **ja que encobria una veritable reforma del sistema de seguretat jurídica preventiva, la qual cosa desequilibrava les dues potes del sistema**, amb una enorme potenciació del Registre en detriment de la Notaria, que es relegava a una posició subordinada. **El text va generar una gran polèmica i oposició, i va acabar sent apartat**.

La **Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures urgents per reforçar la protecció dels deutors hipotecaris**, va suposar un primer i greu cop a la funció notarial en aquest període, en introduir en una sèrie de supòsits, entre els quals hi ha l'existència de la clàusula sòl, la necessitat que el deutor reiteri de pròpia mà el seu consentiment per mitjà d'una **llarga, recelosa i ofensiva expressió manuscrita**, subscripta davant de Notari i al marge de la matriu (art. 9). No es considera suficient el consentiment genèric, lliure i informat, del qual el Notari dona fe en el cos de l'escriptura. **És una mostra de desconfiança enorme per part del Poder Executiu i Legislatiu** envers un dels cossos de l'Administració de l'Estat, que és precisament el que en termes estadístics ha generat, des de sempre, menys conflictivitat i judicialització. Cal dir-ho ben alt i clar: els notaris, per regla absolutament general, han informat de l'existència d'aquestes clàusules i de la seva transcendència. **Aquesta norma és injustificada i injustificable i hauria de ser modificada com més aviat millor pel Govern**, si vol evitar que se segueixi soscavant la confiança en les institucions del mateix Estat.

La bondat i l'excel·lència del sistema de seguretat jurídica preventiva es basa en un complex i sofisticat esquema funcional i legislatiu que requereix dècades de sedimentació i perfeccionament

La **Llei 14/2013, de 27 de setembre**, de suport als emprenedors i la seva internacionalització, en l'àmbit de les anomenades *societats exprés*, va cometre el greu error de suprimir el sistema ràpid de constitució telemàtica notarial, amb la qual cosa es va derogar parcialment l'art. 5 de Reial Decret Llei 13/2010 i es va apostar exclusivament per la via CIRCE, depenent del Ministeri d'Indústria, que repetidament havia fracassat en el passat. Es va insistir des del Notariat una vegada i una altra en la conveniència

de mantenir les dues vies, atès que el sistema del Reial Decret Llei 13/2010 havia estat un èxit, ja que es va assolir en poc temps un percentatge superior al 50 % en la constitució de societats limitades. Va ser inútil: la prioritat era el sistema administratiu (i, probablement, desplaçar la centralitat notarial). Però la realitat és tossuda, i la praxi mercantil segueix transitant *de facto* per aquest carril. El pitjor d'aquesta Llei, emperò, va ser l'aprovació del controvertit art. 41, que admet diverses lectures, però que en una interpretació literal, encara que errònia i precipitada, a parer de la millor doctrina, sembla admetre l'accés al Registre Mercantil del poder mercantil en document electrònic, és a dir, en document privat. L'esquerda d'inseguretat jurídica en el tràfic jurídic que això suposaria, sobretot per la gran facilitat de suplantació del poderdant, exigeix que aquest precepte sigui suprimit, modificat o puntualitzat pel legislador com més aviat millor.

Una menció molt especial mereix la **Llei 18/2014, de 15 d'octubre**, per al creixement, la competitivitat i l'eficiència econòmica, en la qual s'atribueix la gestió del Registre Civil als registradors mercantils, i que té l'origen en el Reial Decret Llei 8/2014, de 4 de juliol, conegut com a *decret òmnibus*, tramitat posteriorment com a Projecte de Llei pel procediment d'urgència. Per cert, en una esmena introduïda pel mateix partit del Govern al Congrés, es va establir que el Registre d'Actes d'Última Voluntat (que a tot Europa és de gestió notarial) i el d'Assegurances quedaven adscrits a la plataforma tecnològica del Ministeri que gestionarà el Registre Civil. A ningú no se li escapa que d'aquí a atribuir-ne la gestió també als registradors mercantils tan sols hi ha un pas. Gairebé al mateix temps, es va aprovar l'Avantprojecte de Llei de Fundacions, que atribueix així mateix als registradors mercantils la portada del Registre de Fundacions. Tal com es pot apreciar, la idea de l'Administració de crear un macro-registre integral, que té l'origen en el nonat Avantprojecte de Llei de Reforma Integral dels Registres Públics, segueix ben vigent i a poc a poc va prenent cos.

L'atribució als registradors mercantils de la gestió del Registre Civil suposarà un clar retrocés per al sistema jurídic espanyol. El Registre Civil atribueix i garanteix els drets de la persona, la qual cosa constitucionalment hauria de fer inexcusable la seva adscripció a l'àmbit jurisdiccional. A més, l'agilitat que exigeix el tràfic mercantil i immobiliari és incompatible amb la consulta obligada i la qualificació constant de la informació del Registre Civil. El pitjor és que perjudicarà als ciutadans, ja que alentirà els





processos i s'incrementaran els costos, la qual cosa suposarà un llast per al desenvolupament i la recuperació econòmica.

El sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol, basat en l'actuació successiva i complementària de notaris i registradors en els àmbits mercantil i immobiliari, funciona actualment, en termes generals, a satisfacció de la societat i de l'Administració

Tot plegat fa que sigui un greu error el fet d'unificar el Registre Civil amb el Mercantil, el de la Propietat i d'altres. El sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol, basat en l'actuació successiva i complementària de notaris i registradors en els àmbits mercantil i immobiliari, funciona actualment, en termes generals, a satisfacció de la societat i de l'Administració. El fet de modificar substancialment aquest sistema amb una mesura d'una tal envergadura suposarà una alteració perillosa per al funcionament regular no només del Registre Civil, sinó també del binomi Notaria-Registre. Les formacions polítiques, els jutges, els secretaris judicials, els treballadors i sindicats, el Col·legi Nacional de Registradors i el Notariat són contraris a la mesura, amb molt diversos i justificats arguments, de manera que no s'entén la insistència a prendre una decisió que és tan discutida i controvertida.

En vista del contundent **Dictamen del Consell d'Estat, que ha qüestionat severament diversos aspectes clau del projecte**, del fet que diverses formacions polítiques han recorregut la norma davant el Tribunal Constitucional i que la mesura no serà efectiva fins al juliol de 2015, **caldria reconsiderar molt seriósament aquesta decisió**. El més lògic i sensat seria **ajornar-ne l'entrada en vigor un any més**, fins al 2016, i que un nou govern, amb tota una legislatura per endavant, pogués **repensar a fons el projecte en la seva totalitat**. Encara som a temps de corregir una decisió que causarà molts problemes i de trobar una solució que gaudeixi de més consens social.

Es pot esmentar també la **Llei 14/2014, de 24 de juliol, de navegació marítima**, on es preveu l'accés al Registre de la hipoteca naval en document privat (art. 128), la qual cosa li atribueix caràcter executiu (disp. final

2a). Certament, es podrà argüir que aquesta regla ja existia en la legislació precedent, però no deixa de sorprendre el fet de voler mantenir una esgerda tan perjudicial en el sistema en tant que, per exemple, a la **Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat de lloguer d'habitatges**, es vulgui crear la necessitat d'inscriure els contractes d'arrendaments urbans davant la realitat social que no sent aquesta decisió com a necessària. Lògicament, les normes que no gaudeixen de consens social acaben no aplicant-se, tal com està succeint amb la que estem comentant.

Si entrem en les disposicions en fase de tramitació, quelcom similar es pot predicar de l'**Avantprojecte de Codi Mercantil**, on l'escriptura pública i la pòlissa pràcticament han desaparegut en la regulació de la contractació mercantil. Certament, venim d'una normativa on tradicionalment ha regit el principi de llibertat de forma, però que **en el Codi** que es pretén que regeixi el tràfic mercantil en bona part del segle XXI **el legislador no senti la necessitat de protegir la seguretat jurídica prioritzant el document públic**, sens dubte, amb ple respecte al principi de llibertat, **és sorprenent i es contradiu amb les mostres constants de reforçar l'altre pilar del sistema: el Registre**.

En la mateixa línia, l'Avantprojecte de Llei de Cooperació Jurídica Internacional en Matèria Civil preveu la inscripció en el Registre del document públic estranger (art. 60). Aquesta és una qüestió molt controvertida, que inicialment va tenir cobertura en una discutida Sentència del Tribunal Suprem a la qual més endavant em referiré i el perillosíssim camí de la qual ha seguit més recentment la DGRN. El fet de consagrar legislativament una mesura com aquesta, que ha estat i és el cavall de batalla de notaris i registradors, suposa prendre partit des de l'Administració i obrir una gran via d'aigua en el nostre sistema de seguretat jurídica preventiva. La fe pública notarial forma part del nucli dur de la sobirania d'un Estat, com bé saben els països del nostre entorn, mancats d'una norma similar.

El Projecte de Llei de Jurisdicció Voluntària, acceptable en termes generals, conté també alguna norma sorprenent, com ara la modificació que es proposa a la disp. final 4a de l'art. 58 de la Llei 20/2011: la negativa del Notari a autoritzar matrimoni es preveu recurrible davant l'encarregat del Registre Civil, és a dir, el Registrador Mercantil, la qual cosa és absurda, ja que una cosa és inscriure

i una altra resoldre recursos, i en pura lògica ho hauria de ser davant la DGRN. També s'estableix que el document públic del matrimoni celebrat davant de Notari s'inscriurà en el Registre Civil prèvia qualificació de l'encarregat del Registre Civil o Registrador Mercantil, incís aquest darrer que no figura a l'Avantprojecte. És a dir, el Registrador pot autoritzar el matrimoni que, naturalment, ningú no li qualifica, i alhora qualifica el matrimoni notarial. Sap greu haver-hi d'insistir, però veiem de quina manera cada vegada es dona una vola més en el desequilibri de les dues funcions.

En el Projecte de Llei de Reforma de les Lleis Hipotecària i del Cadastre, altres aspectes més tècnics a banda, lamentablement hi ha en la matèria hipotecària dos elements que hem de jutjar molt negativament i que cal esperar que es corregeixin en la tramitació parlamentària: d'una banda, se suprimeix sense cap motiu aparent el sistema de doble títol com a mitjà immatriculador, que tan senzill, útil i beneficiós ha estat a les zones rurals espanyoles; d'altra banda, a l'art. 8, es proposa una modificació de l'art. 202 LH que trenca radicalment amb la competència territorial prevista al Reglament Notarial, en preveure que a l'expedient de domini per a immatriculació de finques es podrà instruir un sol expedient davant de Notari sempre que hi hagi diverses finques pertanyents a un sol Registre, la qual cosa dóna lamentablement carta de naturalesa legal a les resolucions de la DGRN (16 d'abril i 18 de setembre de 2013.) Finalment, cal esmentar un esborrany d'Avantprojecte de Garanties Mobiliàries que ha estat divulgat i que, allunyat de tota demanda del sector financer, jurídic i econòmic, el que proposa és la hipotecarització de les garanties mobiliàries, la substitució del document públic pel privat i la inscripció obligatòria. Sense comentaris.

Jurisprudència del Tribunal Suprem

L'iter jurisprudencial negatiu per al Notariat dels darrers anys arrenca de la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008, que va anul·lar, entre altres preceptes rellevants, l'art. 145 RN, aprovat de conformitat amb el Reial Decret 45/2007, que regulava el control de legalitat notarial que realitza el Notari als negocis que intervé i que el facultava per abstenir-se d'autoritzar-los si s'infringeixen les lleis. L'anul·lació es va produir, com és ben sabut, per un principi de reserva de llei, en entendre el Tribunal que el Reglament Notarial s'havia extralimitat a l'hora de regular un deure d'abstenció (control de



legalitat negatiu) que, amb caràcter general, no consta a la Llei del Notariat ni a cap altra norma amb rang de llei.

Urgeix que el Consell General del Notariat segueixi insistint una vegada i una altra al Govern de la Nació en un explícit i clar reconeixement legal del control de legalitat notarial que eviti qualsevol mena de dubte

Posteriorment, la Sentència de l'Audiència Nacional de 5 de març de 2013 va anul·lar, també per una qüestió de reserva de llei, l'art. 30.3 de l'Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, de transparència financera, tot i que, en aquest cas, la solució és molt més discutible, ja que l'art. 18.1 de la Llei 2/2009, de 31 de març, sí reconeix el «*deure genèric de control de legalitat*» dels actes i contractes que autoritzen els notaris. És a dir, hi ha un reconeixement en una llei posterior a la Sentència i té caràcter genèric. El Notariat no s'ha plantejat amb prou determinació fer-se fort en aquest precepte pel que fa al reconeixement del control de legalitat notarial i el seu correlatiu dret d'abstenció.

Aquest és un problema de la màxima gravetat, per la qual cosa urgeix que el Consell General del Notariat segueixi insistint una vegada i una altra al Govern de la Nació en un explícit i clar reconeixement legal del control de legalitat notarial que eviti qualsevol mena de dubte. Cal recordar que, en el moment de dictar-se la Sentència comentada, l'equip del Ministeri de Justícia de l'època, molt conscient del problema que es creava, es va comprometre a esmenar el defecte «merament formal» assenyalat per la Sentència de manca de rang legal. No hi ha a l'ordenament jurídic espanyol cap altre cas d'un funcionari públic que no es pugui negar a autoritzar un acte contrari a les lleis. És insòlit i inaudit. És una gran mancança de base en el sistema de seguretat jurídica preventiva que està perjudicant, més que el Notari, el ciutadà i l'Estat. Per acabar-ho d'adobar, del criteri consagrat a la Sentència de 20 de maig de 2008 segons el qual el Notari està mancat de control de legalitat, el Tribunal Suprem sembla haver-ne extret algunes conseqüències molt poc favorables a la funció notarial que han traslluït en sentències posteriors, com tot seguit veurem.

La Sentència del Tribunal Suprem de 19 de juny de 2012 va ser una galleda d'aigua freda en el món notarial i, en general, en la comunitat jurídica. Segons la Sentència, una escriptura de compravenda autoritzada per un Notari estranger, en aquest cas, un Notari alemany, que s'ajusta a les formes legals exigides per la llei espanyola i que conté un acte jurídic vàlid de conformitat amb les lleis que li siguin d'aplicació, produeix els efectes de la *traditio ficta* de l'art. 1462 CC i és inscripció en el Registre de la Propietat espanyol. Diu el Tribunal que no es pot exigir l'equivalència de formes, ja que regeix el principi *auctor regit actum*, de manera que n'hi ha prou amb el «*control de la seriositat formal*» en l'atorgament de l'escriptura davant de Notari europeu. Això podria obrir la porta a l'entrada i inscripció als registres espanyols d'escriptures de la majoria dels països, ja que, segons aquesta doctrina, n'hi ha prou que el Notari hagi actuat de forma seriosa i el contracte sigui vàlid i hagi seguit les formalitats del país d'origen, la qual cosa, evidentment, succeirà en la majoria dels casos.

Sorpren en gran manera el pronunciament d'aquesta Sentència i, sobretot, el fet que no exigeixi que s'acrediti que la intervenció notarial n'hagi realitzat un control o judici de legalitat de la intensitat que ha de realitzar el Notari espanyol: sobre la validesa civil del contracte, l'assessorament reequilibrador a les parts i sobre aspectes normatius essencials de caràcter públic i de caràcter fiscal, control de mitjans de pagament i blanqueig de capitals. Si es consolidés aquest línia jurisprudencial laxa, fàcilment **es podria eludir l'ordenament espanyol acudint a fedataris d'altres països, la normativa estatal dels quals no és tan exigent, i burlar aquests i altres aspectes clau de Dret Privat i Públic de la legislació espanyola.**

La fe pública notarial forma part de la sobirania dels Estats i del control jurídic de l'Estat sobre els actes i contractes. «Aixecar la barrera» de manera pràcticament indiscriminada a escriptures públiques d'altres països és una decisió que creiem profundament errònia. A més, hi ha base legal més que suficient per mantenir una posició més exigent i equivalent. El preocupant és que en aquesta Sentència sembla batejar una concepció de la funció notarial igual a la de 20 de maig de 2008, encara que aquí es fa encara un pas més: **si el Notari espanyol no realitza un control de legalitat, l'únic rellevant és la forma, per la qual cosa les diferències entre escriptures espanyoles i d'altres països es dilueixen.** Segons això, pràcticament tant li fa que sigui una escriptura d'un Notari

romanes, espanyol, canadenc, marroquí, japonès o alemany. Té els requisits formals d'una escriptura i amb això n'hi ha prou. Però **aquest plantejament altera tota l'arquitectura institucional, jurídica i de garanties de l'Estat espanyol.**

I amb això arribem a la coneguda i de gran transcendència social **Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013, sobre clàusules sòl.** Com és ben sabut, en aquesta Sentència es va declarar que les clàusules sòl de les hipoteques de determinades entitats no eren abusives, però que, tanmateix, es podien anul·lar (i, de fet, es van anul·lar, tot i que sense efectes retroactius), pel fet de no passar l'anomenat *control de transparència* i entendre que en aquests contractes, tot i que hi figurava la clàusula en qüestió, tant a la informació bancària com a l'escriptura pública autoritzada per Notari, el consumidor no tenia informació prou clara i comprensible per entendre el significat i la importància de la clàusula.

No podem compartir en absolut la *ratio decidendi* de la Sentència: el Notari està obligat legalment a realitzar un assessorament reequilibrador (arts. 1 i 147 RN) a favor de la part més dèbil del contracte, que és el consumidor, i a garantir el consentiment informat (art. 17 bis LN) de les parts que celebren el contracte. Es podrà demostrar que en un o uns casos concrets el Notari no va complir amb aquestes obligacions i anul·lar per manca de transparència el contracte, però **concloure amb caràcter general que la intervenció notarial no garanteix el control de transparència i que el consumidor va estar mancat de prou informació per entendre la clàusula suposa negar allò que el Notari és de conformitat amb la legislació espanyola i les funcions de garantia i de seguretat que exerceix per imperatiu constitucional.**

Aquest plantejament es va explicitar d'una manera encara més greu a la interlocutòria d'aclariment de l'esmentada Sentència, datada el 3 de juny del mateix any, quan diu: «*la Sala declara que [...] el perfecte coneixement de la clàusula, de la seva transcendència en l'execució del contracte, a fi que el consumidor pugui adoptar la seva decisió econòmica després d'haver estat informat complidament, constitueix un resultat que no es pot substituir per formalismes mancats d'eficàcia en aquest sentit —lectura per part del Notari, etc.—*». És una afirmació tremenda, que cal que sigui matisada o modificada en un futur proper, ja que posa frontalment en qüestió el valor de la fe pública notarial i del conjunt de la seguretat jurídica preventiva a Espanya.



Tristament, és una altra baula en l'iter que va iniciar la Sentència de 20 de maig de 2008: el raonament de fons és que el Notari és un funcionari que garanteix l'autenticitat de la forma, però poca cosa més, i arriba a dir de manera molt desafortunada que la seva intervenció és una mera formalitat i que la seva actuació es redueix a la lectura, amb la qual cosa sembla que es desconeix l'assessorament i el control jurídic que està legalment obligat a realitzar i que és el que dona o hauria de donar el valor afegit al document notarial. Cal posar en relleu les conseqüències devastadores que, si es consolidés en el futur, tindria aquesta doctrina per a la seguretat jurídica de la contractació financera i, en general, per a la seguretat jurídica de ciutadans i d'empreses. Si des del mateix Estat, en aquest cas, des del Poder Judicial, es posa en dubte el fet que el Notari assessora i informa correctament les parts contractants, s'esfondra el sistema. La qual cosa és, a més, totalment injusta i arbitrària, ja que la immensa majoria dels notaris compleixen perfectament amb les seves obligacions i funcions.

La recent sentència del TS de 8 de Setembre de 2014 consolida l'anterior doctrina, anul·lant també una escriptura de préstec hipotecari amb clàusula sòl. En uns termes certament menys ofensius per a la funció notarial, arriba a la mateixa conclusió: la lectura de l'escriptura per part del notari no supeix el compliment de l'especial deure de transparència. Es continua desconeixent que, més enllà de la redacció gramatical de l'escriptura, el notari assessora a les parts i s'assegura que ambdues i, per tant, el deutor i el consumidor, han donat un consentiment informat al contingut del contracte. Cap notari no fa ni pot fer una lectura simplement mecànica del document.

Els notaris, en aquesta matèria, ens trobem entre l'espasa i la paret: d'una banda, la societat ens demana amb tota lògica una intervenció més activa en matèria de control de clàusules abusives i, de l'altra, la realitat és que la legislació vigent ens deixa lligats de peus i mans

Tot i que el Tribunal Suprem va dir en aquestes Sentències que la clàusula sòl no és abusiva, no puc evitar de fer un parèntesi i deixar constància que **els notaris, en aquesta matèria, ens trobem entre l'espasa i la paret: d'una banda, la societat**

ens demana amb tota lògica una intervenció més activa en matèria de control de clàusules abusives i, de l'altra, la realitat és que la legislació vigent ens deixa lligats de peus i mans. El sistema actual de fiscalització de clàusules abusives, basat en l'existència d'una sentència ferma i la posterior inscripció en el Registre de Condicions Generals, ha fallat estrepitosament. Però ja hem vist que la Sentència de l'Audiència Nacional de 5 de març de 2013 va anul·lar, també per una qüestió de reserva de llei, l'art. 30.3 de l'Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, de transparència financera, que ens atribuïa un control de legalitat en aquest àmbit, per la qual cosa se'ns va privar d'un dels limitats instruments legals al nostre abast. **La millor solució al problema de les clàusules abusives passa per atribuir als notaris un control de legalitat efectiu que ens permeti rebutjar-les.** La Justícia preventiva és la que evita els plets. És ben simple i elemental: si desapareixen les clàusules abusives dels contractes, desapareix el problema.

La **Sentència del Tribunal Suprem de 6 de novembre de 2013**, d'una manera més incidental, també va sembrar dubtes no tant directament sobre la funció notarial com sobre la seguretat jurídica de les escriptures autoritzades pel Notari sobre la base de l'anomenat *poder general*. Es tractava, en aquest cas, d'un poder general amb facultat de donar atorgat per un pare a favor d'un fill poc abans d'ingressar en una residència, poder que va ser revocat uns anys més tard pel poderdant, temps durant el qual el fill apoderat havia realitzat una donació de l'habitatge habitual del pare a la parella de fet del mateix apoderat. Posteriorment, el pare va instituir hereva una altra filla, que és qui va impugnar la donació. Deixant a banda les raons de Justícia material que pugui haver-hi en el fons de la decisió, una vegada més el problema rau en la *ratio decidendi* de la Sentència.

La Sentència afirma de manera molt polèmica que, quan el poder té per objecte actes de disposició, cal que s'especifiquin els béns objecte del poder, atès que «no n'hi ha prou amb referir-se genèricament al patrimoni o als béns del mandant». Aquesta afirmació, referida a tots els actes a títol dispositiu, inclosos els onerosos, ha estat molt discutida en la doctrina, ja que no s'ajusta al text i al sentit dels arts. 1712, 1713 i 1280 CC. La qüestió s'agreuja, perquè **el fet d'exigir que consti identificat el bé als poders generals que es pretenguin utilitzar per realitzar en els actes dispositius a títol onerosos trenca amb l'estat doctrinal i jurisprudencial de les**

NOTARIA

coses, no només de dècades, sinó fins i tot de segles, i deixaria, si es confirmés la Sentència, en la més pura inseguretat jurídica una multitud d'actes que s'han celebrat i se celebren contínuament sobre la base d'aquesta freqüent modalitat de poders.

El Tribunal Suprem carrega sobre les espatlles del Notari les anomalies d'un sistema el deficient funcionament del qual no pot ser-li imputat en absolut

La Sentència pren com a base una altra d'anterior, de 26 de novembre de 2010, relativa a un poder general per a plets i a la facultat de transigir, en la qual va emetre un vot particular el mateix Magistrat (O'Callaghan) que ha estat ponent en aquesta que estem comentant i l'argumentació del qual es troba a la base de la doctrina que s'hi conté. En definitiva, poca cosa es podria objectar si la doctrina de la Sentència de 6 de novembre de 2013 s'hagués limitat a la donació realitzada, sobre la qual hi ha seriosos dubtes a la doctrina del fet que es pugui atorgar sobre la base d'un poder general, tot i que hi figuri la facultat de donar. **El fet d'estendre aquesta doctrina al conjunt d'actes dispositius continguts en un poder general no sembla admissible en absolut pel fet de ser contrari a la mateixa legalitat vigent.** A més, i atesos els precedents de les sentències anteriorment comentades, tot i que no es diu expressament, sembla bategar una altra vegada de forma un xic inexplicable a la Sala 1a del Tribunal Suprem la desconfiança envers el Notari, com si es desconequés o no es tingués prou en compte l'assessorament que rep el poderdant i el consentiment informat que presta, després de ser advertit pel Notari de la transcendència i de les importants conseqüències sobre el seu patrimoni del document públic que atorga.

Encara que per una altra mena de consideracions, també ha afectat negativament la funció notarial i ha generat una forta i justificada reacció la **Sentència del Tribunal Suprem de 18 de març de 2014**. Es tracta del cas del Notari que autoritza una compravenda sobre la base



d'una nota simple continuada registral en què la finca apareix lliure de càrregues, tot i que després resulta que hi ha anotat preventivament al Registre de la Propietat, en el moment de l'autorització, un embargament sobre la finca venuda. El sorprenent del cas és que, a pesar de l'existència de la nota simple continuada que declara la finca lliure de càrregues, se'n responsabilitza el Notari, en una espècie de responsabilitat objectiva, sens perjudici del dret a repetir davant el Registre, que es deixa anotat, i que és la prova evident que el mateix Tribunal sospita que el Notari no és el culpable del perjudici al comprador.

L'essencial és que es fa responsable el Notari en tot cas de les càrregues no declarades a l'escriptura, amb independència de si la responsabilitat en la inexactitud és imputable a la Notaria o al Registre. Deixant a banda el problema de la deficient valoració de la prova al plet en qüestió, que venia dels tribunals d'instància (no va quedar acreditat en absolut que el Registre hagués remès una altra nota en la qual es consignés l'embargament), l'essencial és la qüestió de fons: **el Tribunal Suprem carrega sobre les espatlles del Notari les anomalies d'un sistema el deficient funcionament del qual no pot ser-li imputat en absolut.**

L'incompliment reiterat per part de la Corporació Registral de les lleis 4/2001 y 4/2005, que preveuen l'accés directe del Notari al Registre, la implementació del qual solucionaria automàticament aquesta mena de problemes, no pot ser desconegut pel Tribunal Suprem, i, naturalment, no es pot demorar més la decisió del Govern d'executar unes lleis la no aplicació de les quals està produint tants i tan reiterats perjudicis a ciutadans i a empreses. Al final, ens trobem en un escenari similar al de les clàusules abusives: es priva el Notari per part del Poder Executiu dels mecanismes legals (en aquest cas, fins i tot vigents) que li permetrien donar al consumidor la protecció jurídica adequada, però això no impedeix que el Poder Judicial el faci responsable, per activa o per passiva, dels perjudicis produïts. Un estat de coses tan injust el Notariat no pot ni ha d'acceptar-lo durant més temps.

Doctrina de la DGRN

En aquests tres anys, s'ha produït un canvi unidireccional molt acusat en la doctrina de la DGRN que no es pot sinó qualificar de *molt negatiu* i *inacceptable*. Sempre s'havia parlat del caràcter «pendular» del Centre Directiu, però ni de bon tros les

coses havien arribat mai al punt actual de desequilibri. Aquesta evolució doctrinal ha estat molt estudiada en diferents mitjans notariaus, però, sense l'ànim de ser exhaustius, cal recordar i analitzar molt succintament els pronunciaments més punyents.

D'una banda, tenim tota una sèrie de resolucions que una vegada i una altra devaluen el document públic notarial, de manera que amplien l'àmbit de la inscripció dels convenis extranotariaus de separació o divorci, en els quals tot té cabuda (resolucions d'11 d'abril, de 8 de maig, de 7 de juliol i de 5 de desembre de 2012), i fins i tot els convenis urbanístics, de manera que s'interpreta *pro domo sua* l'art. 3 LH (Resolució d'11 de juny de 2012), i fins i tot, tal com hem dit, s'obre el Registre a documents estrangers sense exigir equivalència de formes o uns requisits mínims (Resolució de 22 de febrer de 2012). Al final, la DGRN s'allibera dels seus propis límits i empara futurs canvis de criteri, de manera que nega el caràcter vinculant de les resolucions (resolucions de 9 i 13 de març i de 4 d'abril de 2012).

D'altra banda, tenim tota una altra sèrie nombrosa de resolucions impregnades d'una visió profundament registralista. En matèria de qualificació de suficiència de poders, un precepte tan clar com l'art. 98 LH, que va tenir un suport consolidat de la mateixa DGRN, ha estat sistemàticament eludit i vorejat (Resolució de 28 de gener de 2014, entre moltes d'altres). La perla és, sens dubte, la Resolució de 6 de març de 2012, que arriba a declarar que «un dret de propietat al qual se li impedis l'accés al Registre no seria un veritable dret de propietat». Al mateix temps, el menyspreu de la funció notarial en benefici del paper que desenvolupa el Registrador sembla que no té límit (resolucions de 7 i 25 de juny i de 2 d'octubre de 2012).

En conclusió, una anàlisi detinguda i minuciosa de la legislació impulsada amb relació a la funció notarial en els tres darrers anys pel Govern de la Nació, molt particularment pel Ministeri de Justícia, així com la jurisprudència del Tribunal Suprem i les resolucions de la DGRN, no pot sinó determinar que **el Notariat té un problema molt greu, ja que ni més ni menys que els tres poders de l'Estat, l'Executiu, el Legislatiu i el Judicial, estan prenent unes decisions que posen directament en entredit els fonaments de la funció notarial i els equilibris del sistema de seguretat jurídica preventiva.** Aquest estat de coses és profundament contradictori i pertorbador. El Notari és un funcionari públic que exerceix una funció pública per delegació

de l'Estat. Cap Estat no pren o no hauria de prendre decisions contra si mateix. Però això és tristament el que està succeint.

El Notariat té un problema molt greu, ja que ni més ni menys que els tres poders de l'Estat estan prenent unes decisions que posen directament en entredit els fonaments de la funció notarial i els equilibris del sistema de seguretat jurídica preventiva

Tal com he dit en un altre lloc, el control preventiu de la legalitat que realitza el Notari es converteix en la seva defensa més eficaç, ja que permet la realització efectiva de la llei i n'impedeix la transgressió, atès que actua *ex ante*, amb caràcter previ a què es pugui produir. La revisió posterior dels actes o negocis jurídics que pot realitzar, per exemple, el Jutge o el Registrador no deixa de comportar una certa frustració en els resultats, perquè ja no respon a l'ideal de Justícia preventiva, que consisteix precisament en què l'acte s'emotlli estrictament a l'imperi de la llei i, per tant, neixi vàlid, lícit i eficaç des del mateix moment en què s'han donat les manifestacions concurrents de les parts, cosa que, per definició, tan sols pot aconseguir el Jurista representant de l'Administració, això és, el Notari, que ha participat en la generació i el posterior naixement de l'acte.

El problema, al capdavant, és de la societat espanyola en conjunt, que més aviat que no pas tard veurà de quina manera l'afebliment de la funció notarial i la laminació del document públic fan minvar greument el nivell de seguretat jurídica que constitucionalment té dret a exigir dels poders públics. Cal dir també que la Direcció notarial, en especial, la Presidència, no ha estat a l'altura, ja que en defensa de l'interès general i dels valors que enclou la funció notarial hauria hagut de mantenir una actitud menys passiva i tolerant, més enèrgica i ferma. Les meves discrepàncies i la meua manca de resignació davant els maltractaments que des de tantes instàncies se'ns infligeixen, sense que des del Consell General del Notariat s'hagin donat les respostes i solucions adequades, m'aconsellaren un cert replegament temporal, que no suposa abdicació dels meus principis ni canvi en el meu tarannà de lleial però enèrgica negociació, ni renúncia al canvi de rumb que necessita la professió. Però aquest és un altre debat.

A close-up portrait of Daniel-Sédar Senghor, a man with grey hair, a mustache, and blue-rimmed glasses. He is looking slightly to the left with a thoughtful expression. The background is blurred.

«El nostre sistema de Notariat llatí és el millor»

Daniel-Sédar Senghor

President de la Unió Internacional del Notariat

AUTORA: Sandra Purroy
FOTÒGRAFA: Montserrat Fontich

Daniel-Sédar Senghor (París, 1950), francès de naixement i senegalès de sentiment, es va llicenciar a la Facultat de Dret de Montpeller el 1975, any en què també es va diplomar com a Notari. Va exercir d'assistent de Notari a París i a Montpeller, fins que el 1979 es va incorporar a la notaria del seu pare, a Dakar. Des del 1986, és el Notari titular d'aquesta notaria, des d'on, ja fa uns anys, va fundar l'Associació del Desenvolupament del Notariat de Senegal, que va culminar, el 1987, amb la creació del Col·legi del Notariat de Senegal.

A partir d'aquell moment, va iniciar la seva implicació en l'àmbit internacional, ja que va formar part de l'Associació Henry Capitant (1988) i va ser Secretari fundador de la Comissió d'Assumptes Africans de la UINL (1989) i membre fundador de l'Associació del Notariat Francòfon (1993), entre d'altres. El 2001 va ser elegit Vicepresident de la UINL per a Àfrica i, des del darrer mes de gener, presideix la Unió Internacional del Notariat.



Entrevistes

P: En primer lloc, com valora el fet de ser el primer President africà de la Unió Internacional del Notariat?

R: És cert que és una novetat. És el primer cop en seixanta-cinc anys que el President no és ni d'Amèrica ni d'Europa, alternativament, tal com ha succeït amb els anteriors vint-i-sis presidents. Però als estatuts hi ha un principi natural d'alternança entre continents i crec que és necessari, perquè avui dia el món és un poble global i necessita les forces d'arreu. El Notariat té els mateixos problemes, sigui d'on sigui el President, i els principis fonamentals de l'autenticitat també són els mateixos. Per això, el meu

programa no està específicament enfocat a l'especificitat africana, sinó que és un programa de desenvolupament de l'autenticitat i posa en marxa nous grups de treball dedicats a això i a enfortir el Notariat mundial.

P: Senegal és un país d'Àfrica on hi exerceixen poc més de cinquanta notaris. Com neix la seva vocació notarial?

R: El meu pare era Advocat i després va ser Notari. Així que, des que tenia deu anys, sentia a parlar molt de la professió notarial a la taula familiar. A poc a poc, em va anar interessant el Dret,

i el vaig estudiar a la Universitat. No tenia massa clar si ser Advocat, Notari o funcionari internacional a les Nacions Unides, així que em vaig preparar per a tot i, al final, vaig trobar el lloc ideal a la notaria del meu pare. A més a més, el meu pare va ser el primer, a Àfrica, a interessar-se pel Notariat internacional i va ser a Barcelona, al XIII Congrés de la Unió Internacional del Notariat Llatí, el 1975. En aquell moment, jo estava acabant els meus estudis de Dret molt a prop d'allà, a Montpeller, i em parlava sovint de la seva professió.

El meu programa es basa en el desenvolupament de l'autenticitat, l'intercanvi d'idees i la justificació del valor econòmic i social del Notariat

P: Quins són els principals reptes i objectius de la UINL actualment?

R: L'objectiu principal és l'intercanvi entre notariats de diferents parts del món. Inicialment, va ser entre Europa i Amèrica, amb divuit membres fundadors al Congrés de Buenos Aires, el 2 d'octubre de 1948. Allà va néixer una relació particular entre el President fundador, Juan Negre, argentí, i el President Núñez Lagos, que era espanyol. Ells són els dos fundadors de l'intercanvi d'idees que va dur a la creació de la Unió Internacional. L'objectiu era intercanviar idees, confrontar la comprensió de l'autenticitat i unificar les forces de diversos notaris per al desenvolupament d'aquesta professió. Avui dia, com aleshores, aquestes idees són les mateixes, perquè ja el 1948 van creure que no hi ha cap contestació més important que la funció social del Notariat i la seva utilitat econòmica i social. Però avui vivim una situació en què les forces econòmiques i financeres pretenen governar el món. I, encara que no hi ha una opció perfecta, crec que la resposta mundial es troba en la diversitat. Tots els grups tenen una petita part de resposta, de manera que en el meu programa hi ha intercanvi d'idees, però, alhora, s'hi troba una justificació del valor econòmic i social del Notariat. Crec que no hi ha cap professió en aquest món que sobrevisqui si no justifica cada dia la seva utilitat. Molts creuen que és una professió de notorie-





tats, i la imatge del Notari avui dia encara no és gaire bona. Ens hem de comunicar i demostrar-ho no només en el cercle dels notariats, sinó a la societat. I, al mateix temps, hem d'escoltar, perquè si volem servir hem d'entendre el que el món espera de la nostra professió. No podem només intentar vendre el que volem, sinó que hem de vendre allò que volen comprar.

P: Quins països estan actualment liderant el Notariat internacional? En quins es preveu un major creixement en el futur immediat?

R: No hi ha cap país en concret, perquè hi ha capacitats i individualitats en tots els països. Un dels miracles de la humanitat és que el talent es troba a tot arreu. Hi ha països petits, com el Senegal, on hi ha cinquanta notaris —que a finals d'any seran seixanta—, però amb una activitat important en relació amb el negoci real al país. No obstant això, en un país com l'Uruguai, només a la ciutat de Montevideo, compten amb més de dos mil cinc-cents notaris. I tots els països poden oferir històricament la consciència ètica i moral. Per exemple, la Unió ha tingut dos presidents d'Espanya, Rafael Núñez Lagos i Juan Vallet de Goytisolo, que eren realment models per a tots els notaris. Personalment, vaig tenir el privilegi de conèixer Vallet de Goytisolo al Congrés de París de 1979 i la seva personalitat em va impressionar molt. Ell ha estat l'últim President d'Honor de la Unió Internacional, ja que aquesta funció desapareix. Itàlia, per exemple, comparteix amb Espanya una cosa molt important en el Notariat, que és l'oposició, la qual implica que no s'accedeix a la professió per herència de pares a fills, sinó a través d'una selecció de veritat. Això és important, perquè el fet de passar una oposició té una alta consideració social. També hi ha països petits, com els països bàltics o Letònia, amb notariats que existien ja en l'època comunista, però que eren purament funcionaris. En sortir del comunisme, els anys noranta, van decidir realment apostar pel futur, i ara és impressionant veure la seva capacitat en noves tecnologies: no tenen papers a les notaries, l'escriptura és electrònica, la signatura és digital, existeix la teletransmissió instantània de l'escriptura del Notari als registres públics... Països amb poc més de cent notaris són líders

mundials en aquest àmbit. Després hi ha la Xina, que va crear un Notariat *ex novo* fa vint anys i ara té notaries que ocupen edificis de deu pisos, on més de cinc-centes persones signen més de cinquanta mil escriptures l'any. Són els més grans del món i es basen en un capitalisme comunista, que no està gaire lluny del Partit Comunista xinès. Els notaris no tenen autorització per sortir del país més d'un cop l'any, però al mateix temps, el país compta amb els capitals més importants del món. També hi ha notaris de gran valor al Quebec, que té una capacitat capitalista, molt nord-americana, d'organitzar una fundació amb un sistema de seguretat, que és un organisme molt fort finançat per la Cambra de Notaris del Quebec, i notaris que tenen una capacitat acadèmica molt clàssica. I tenim professors de molt valor i molta qualitat a Mèxic o a Argentina, especialment a la Universitat Notarial Argentina i a l'Acadèmia Notarial Americana, que és molt potent i intercanviarà coneixements amb l'Acadèmia Notarial Europea, amb seu a Barcelona.

Sóc favorable a l'obertura de la Unió Internacional del Notariat a notariats "no purs"

P: La UINL ja compta amb més de vuitanta països membres. Quines preveu que siguin les properes incorporacions?

R: Hi ha tres properes incorporacions i, al mateix temps, sortiran alguns països que són membres, però que deixaran de ser-ho per raons d'ètica o de desinterès, ja que porten més de quinze anys sense pagar la contribució. Actualment, tenim vuitanta-sis notariats: trenta-nou a Europa, vint-i-dos a Amèrica, dinou a Àfrica i sis a Àsia. A Europa ja no tenim massa possibilitat de desenvolupament; potser hi ha possibilitats al Kazakhstan, a l'Uzbekistan o a Armènia. En països com l'Iran, és més difícil, perquè la seva comprensió del Notariat no és conforme al Notariat llatí, tot i que també em pregunto si hem de ser molt estrictes amb el caràcter molt llatí, ja que el futur és intercanvi, i si els notariats com el d'Anglaterra —que és del temps romà— no tenen la possibilitat de parlar amb les seves autoritats

sobre com desenvolupar d'una manera forta el Notariat, quina ha de ser la nostra posició? No acceptar-los com a membres perquè no són notariats purs? Considerar que no són germans, però sí que són nebots, i que amb ells hem de parlar sobre les possibilitats d'enfortir-nos i arribar a ser un dia notariats de veritat? És difícil, perquè en el món anglosaxó preval el sistema *Common Law*, que rebutja la utilitat de l'autenticitat, i al mateix temps hi ha petits grups que volen importar el nostre sistema. Crec, doncs, que a la Unió existeix un debat sobre l'obertura, i jo hi estic a favor.

Veig moltes possibilitats de desenvolupament del sistema Civil Law en uns quaranta països del món

P: En quins països existeixen grups que aposten per la integració al sistema del Notariat llatí? On hi ha la possibilitat real d'implantar-lo?

R: Hi ha llocs com la Colúmbia Britànica, el Canadà, Florida, Canbera, Austràlia o Nova Zelanda, i crec que són una oportunitat d'exportar el nostre sistema al sistema anglosaxó. A la conferència que tindrem a Honolulu el proper mes d'octubre, continuarem treballant en la línia del meu predecessor, Jean-Paul Decors, que va organitzar una gran conferència a Montreal sobre aquest tema. A Àfrica també podem avançar, encara que les institucions financeres internacionals no aposten pel desenvolupament del Notariat. Però penso en països com el Congo —que és el país més ric del món—, en els països lusòfons —com Angola, Cap Verd, Guinea-Bissau, Moçambic o Sao Tomé— o en Guinea Equatorial, l'únic país africà on es parla espanyol, un país molt tancat, perquè és un emirat que compta amb petroli i no vol compartir la seva riquesa. També en països de l'Àfrica austral —com Sud-Àfrica, Namíbia, Lesotho o Botswana—, on tenen un Notariat antic, del temps holandès, que es va federar amb els advocats i que és un Notariat autèntic. Finalment, a les Seychelles, Djibouti i als països de l'oceà Índic també podem avançar. Àsia és difícil, perquè no coneix la nostra tècnica, però hi ha països molt interessats en el Notariat, com va estar-



Entrevistes

hi la Xina. A l'Índia, per exemple, hi ha una Llei Notarial que és una còpia de la francesa; el problema és que ningú no la compleix. En definitiva, veig moltes possibilitats de desenvolupament del nostre sistema més o menys a quaranta països, fet que implicaria que la Unió Internacional assoliria o superaria els cent trenta membres. Tot i això, no m'importa tant la xifra com la qualitat de la seva contribució.

D'una banda, els notaris hem de ser conscients de la perillosa situació actual, tenir idees i construir una estratègia; d'altra banda, disposar d'un segell europeu seria important perquè la signatura notarial tingui validesa a qualsevol país

P: Preveu aquest creixement de la Unió Internacional a curt termini?

R: A Àfrica, ho veig possible en poc temps. Avui ja podem dir amb orgull que comptem amb dinou països, tot i que són països de menys de deu milions d'habitants, com el Senegal, Guinea, la Costa d'Ivori, el Togo, el Benín o el Gabon. No comptem amb països com Egipte, Etiòpia, Nigèria, el Congo, Sud-Àfrica o Angola, que tenen setanta o cent milions d'habitants. Si no arribem a aquests països, la situació del Notariat serà crítica. Crec sincerament que el nostre sistema de Dret Civil, per lògica, és millor. I ho és a raó de drets humans, en humanitat i perquè es basa en un professional privat però concessionari d'una funció pública per delegació de l'Estat. A més, respecta la llibertat del consumidor d'elecció de Notari i el cost del sistema no és alt. Evidentment, com qualsevol servei, té un cost perquè es pugui oferir, però és l'Estat qui el decideix. Aquest varia d'un país a un altre, però, en general, no és car, en comparació del cost quan no hi ha Notari i es recorre a la via contenciosa. La realitat del món d'avui fa que, si volem exportar el model, ens calgui un estudi amb números reals per demostrar que és millor.

P: Com creu que s'hauria de realitzar aquest estudi econòmic?

R: Aquest és el centre del meu programa, i és una qüestió de voluntat que requereix la cooperació de la Universitat i dels notariats forts i que permetrà valorar el cost real. En els vuitanta-sis països membres de la UINL, hi ha uns tres-cents mil notaris. Si aquests entenen que és una qüestió de vida o mort, perquè les crítiques a la professió avui tenen molta força i és l'alternativa per sobreviure, assumiran el cost de 10 dòlars per salvar la seva professió. Això suposaria 3 milions de dòlars amb els quals podem pagar un estudi seriós amb Standard & Poor's o Moody's, per exemple, basant-nos en la idea que volem exportar el sistema al món anglosaxó, que és al que pertanyen aquestes agències. La pregunta per a la qual no tinc resposta és la connexió que hi ha entre els enemics de l'autenticitat —majoritàriament, advocats de països anglosaxons que treballen a firmes multinacionals, en què hi ha cinc-cents advocats, i que volen envair el món — i Washington i els polítics. Existeix una gran capacitat de corrupció, la clau de les decisions passa per aquí, i en un mercat així el Notariat no sap com sobreviure.

Per respondre a la pressió dels governs, l'ètica és una condició principal

P: Quin és el valor principal que aporta el Notariat en el context socioeconòmic actual?

R: Per a mi, el principal valor és el valor social de preconstitució de la prova. Si tens un dret, hi ha una necessitat de demostrar la prova d'aquest dret, perquè, si no pots, és com si no tinguessis aquest dret. I, a falta d'imaginació, em sembla que el millor sistema —fins avui— de preconstituir una prova escrita d'un dret és la fe pública, l'escriptura pública. Un dia potser trobarem altres mitjans de prova millors, i serà la nostra obligació acceptar-los, però fins ara és el millor sistema de demostració de la prova. I la conseqüència és la pau, perquè, quan demostres un dret, si no hi ha corrupció a les Corts —lamentablement,

un gran problema a nivell mundial—, és el millor sistema i el menys car. Però no és el sistema de la major potència mundial, que són els Estats Units d'Amèrica, la cultura dels quals passa per creure que allò que és americà és bo i allò que no és americà és dolent.

Paradoxalment, la crisi és positiva, perquè en una situació de crisi tots tenen l'obligació de mirar realment com funciona un sistema. Vivim un moment en què Amèrica perd influència, perquè el principal factor que permet influenciar són els diners. I una de les raons d'aquesta pèrdua significativa de la seva capacitat econòmica és el contenciós ocasionat per l'absència del valor de l'autenticitat. De manera que aquí hi ha una oportunitat per exportar el nostre sistema.

P: Els notaris s'han de reorientar o adquirir noves funcions?

R: Crec que tot, cada dia, s'ha de reconsiderar. Són positives les activitats addicionals i no hem de tancar les portes a noves activitats. En el passat, el Notari estava present en el contenciós, en la preconstitució de la prova. I comptem amb una capacitat tradicional de prestació jurídica, a més d'estar molt preparats per a la mediació i la solució alternativa de conflictes. Ara més que mai, la responsabilitat de l'Estat és invertir els diners públics únicament on és necessari, de manera que temes com les bodes davant de Notari o els divorcis no contenciosos són ja fórmules que es duen a terme a molts llocs. Portugal, per exemple —que és un Notariat molt petit, fora de l'àmbit immobiliari o de l'empresa—, és molt actiu en mediació familiar, i espero que hi hagi una gran cooperació amb Espanya. Aquest és un altre dels meus eixos d'actuació: l'ambició pels nous mercats, la negociació i la mediació. També és important el programa EUFIDES, de cooperació entre notaris a Europa. A Espanya hi ha una població alemanya i holandesa, per exemple, molt important, que posseeix propietats o negocis, i és molt important que els notaris d'aquests països i els d'Espanya es puguin enviar escriptures directament. Però crec que el futur no és únicament aquest sistema. Cal comptar amb un segell europeu i que la signatura notarial tingui validesa a Alemanya, Anglaterra, França o a qualsevol país, perquè aquesta és la tendència mundial a molts



altres àmbits, com els bancs o les assegurances. Tenim l'obligació de plantar cara en aquest sentit, i si els notaris treballen en empreses petites no podran competir amb les grans empreses. Aquesta és la meua convicció personal, tot i que sé que no és la convicció majoritària a Europa.

P: Quina importància té, en aquest marc, el component ètic i deontològic de la professió?

R: Em sembla molt important, perquè és el lloc en què el Notariat pot diferenciar-se respecte d'altres professions i, en particular, dels advocats. A la Unió Internacional, tenim una Comissió de Deontologia i vam adoptar en l'últim Congrés, a Lima, una Carta d'Ètica i un Codi d'Ètica i Deontologia de la Unió. No podem decidir que sigui obligatori a tots els països, però podem rebre la ratificació de tots els notaris a aquest corpus comú per exportar aquesta Carta a les legislacions nacionals de tots els països. Entre els meus grans objectius, un és la deontologia. L'altre, tal com comentava abans, és comptar amb un grup de treball per demostrar el valor econòmic de l'autenticitat.

Vull construir una Agència Notarial Internacional per accedir als grans contractes de partenariat públic-privat

P: En l'àmbit de les noves tecnologies, quins són els reptes principals?

R: El repte és aconseguir una migració tecnològica per tenir tots els notariats del món al mateix nivell. Així, creariem una borsa d'intercanvi entre notariats forts i petits en tecnologia. Crec que la força d'una institució ve marcada pel nivell més baix, de manera que hem d'aconseguir que els petits progressin per oferir una resposta mundial tecnològica.

P: També ha parlat reiterades vegades de la importància dels contractes de partenariat públic-privat. Quin és el seu objectiu en aquest àmbit?

R: L'Estat no ho pot fer tot —energia, transport, construcció d'hospitals o

presons...—, i tot això són mercats i suposa contractes. I per què aquests contractes no passen pel Notari? Perquè no té la capacitat necessària perquè sigui així i perquè són molt complexos. Però hi ha juristes que els preparen. Aleshores, per què aquests juristes no són notaris? Perquè, un cop més, els notaris treballen en empreses petites. M'agradaria construir una Agència Notarial Internacional, amb deu notaris que estiguin molt interessats en aquest sistema i que puguin desenvolupar una competència dedicada a això. Així, els tres-cents mil notaris del món podrien acudir a l'autoritat que correspongui —a l'Alcalde, al Governador, al Ministre o a un Diputat— i preguntar-li sobre aquests contractes. Avui no ho fan perquè no saben com fer-ho. Però si tenen el suport de l'Agència Notarial Internacional, amb el segell de la Unió, podran accedir als grans contractes que mouen molts diners. I no és que m'interessin els diners, però sí que són necessaris per influenciar, perquè si una professió és forta, és perquè té diners i, si no, desapareix. De manera que és important trobar nous mercats per oferir diners a la professió. I en el marc d'aquest partenariat privat-públic cal entendre la Carta d'Ètica

mundial que comentava abans, que seria el corollari obligatori de l'Agència Notarial Internacional de partenariat públic-privat. Sabem que, en aquests partenariats, els grans contractes són la millor oportunitat de corrupció dels governs. Si hi ha una Carta d'Ètica i una obligació dels notaris de lluitar contra la corrupció en aquests contractes, no hi haurà cap institució financera internacional que pugui treballar d'una altra manera que no sigui aquesta. Per respondre a la seva pressió, l'ètica és una condició principal. En un món globalitzat, no podem acceptar aquestes pràctiques. Espero que tots els notaris es comprometin a aquesta obligació ètica. De vegades m'anomenen «Senghor, el somniador», perquè tinc un somni meravellós per al Notariat. Però també diuen «*Make your dreams come true*», així que, per què no? El somni depèn de nosaltres, els notaris.

P: Quant a les vies d'accés a la professió, considera millor l'oposició o un examen?

R: Em sembla que l'exercici del Notariat requereix una alta qua-





Entrevistes



lificació. El principi general és que una professió no té el dret d'existir si no es justifica que ofereix un servei, i per això necessita oferir-lo amb qualitat. Els notaris han de ser els qui ofereixin el millor servei jurídic. Si no l'ofereixen, desapareixeran. I per ser els millors a nivell de formació i d'educació, ningú dirà que l'oposició per accedir a la professió no sigui un bon sistema. Però la carrera de Notari dura trenta o quaranta anys, i en aquest temps les lleis i la tecnologia canvien. Això significa que han de tenir una gran formació quan comencen, però tenen l'obligació d'actualitzar els seus coneixements cada dia. A Espanya i a Itàlia, l'oposició funciona molt bé. A França, no hi accedeixen per oposició, però també tenen un bon Notariat. També crec que tenim la necessitat d'obrir la porta a l'intercanvi amb altres professions. La força dels advocats, per exemple, és que, quan hi ha un canvi de govern, immediatament tots els membres sortints són convidats a incorporar-se a despatxos. Això vol dir que tenen influència. Hem de considerar la possibilitat de col·laborar amb advocats o polítics, perquè estem en un món en què les idees no són suficients.

P: Com valora la designació de Barcelona com a seu de la Comissió d'Assumptes Europeus de la UINL i de l'Acadèmia Notarial Europea?

R: Em sembla molt positiva per moltes raons. La primera és per la tradició que hi ha aquí. La segona, perquè Barcelona és una gran ciutat, amb tots els serveis i amb línies aèries directes des de tot Europa. I, en tercer lloc, per la generositat del Col·legi de Notaris de Catalunya, que entenc que ha fet un gran esforç per acollir la Comissió. A la primera reunió, que va tenir lloc el mes d'octubre, m'hi van convidar, però no hi vaig anar per respecte al meu predecessor, Jean-Paul Decorps, el gran arquitecte de la Unió en els darrers anys, que finalitzava el seu mandat. Em consta que la reunió va ser un èxit de participació i que hi va acudir una gran representació no només de membres de la Comissió Europea, sinó també molts notaris d'arreu d'Europa.

P: Pel que fa a l'Acadèmia Notarial Europea, quins són els seus principals objectius?

R: El primer objectiu és l'intercanvi entre intel·lectuals del Notariat,

universitats, advocats, estudiants i tot aquell que hi estigui interessat. El segon és construir una base d'informació amb múltiples entrades, que permeti introduir una paraula i, amb un cercador, trobar immediatament articles o conferències amb doctrina o jurisprudència sobre aquell tema. A tots els congressos, seminaris o simposis, es realitza una obra magnífica que sovint es queda allà perquè no sabem on trobar els treballs. Jo mateix vaig preparar treballs els anys noranta que avui dia no sé on trobar. No cal construir coses noves cada dia, ja que existeixen treballs fets fa molt temps que són útils i poden alimentar aquesta Acadèmia. Em sembla també molt important l'intercanvi amb l'Acadèmia Notarial Americana.

L'Acadèmia Notarial Europea ha de facilitar l'intercanvi entre intel·lectuals i construir una base d'informació doctrinal i jurisprudència

P: Quin missatge llançaria als notaris del nostre país?

R: Primerament, els preguntaria si són conscients que la situació d'avui és molt perillosa, ja que molts notaris encara no ho perceben així. Existeix realment un complot internacional del qual molts encara no són conscients. Com a President mundial, veig com el problema és el mateix a Àfrica, Amèrica, Àsia i Europa, i com són les mateixes institucions les que tenen l'ambició de destruir la nostra professió. Hem d'entendre que aquesta és realment la situació. Però, al mateix temps, vull llançar un missatge d'esperança, perquè en primer lloc, cal ser conscient de la situació; en segon lloc, cal tenir idees i, en tercer lloc, cal construir una estratègia per lluitar contra això. I crec que el nostre sistema conté realment els valors necessaris per aconseguir-ho, uns valors en què hem de creure. Hem de tenir la confiança que ho podem fer i, si som solidaris i mostrem les nostres capacitats, demostrarem en un futur la gran qualitat de la professió notarial.



«L'assignació de la gestió del Registre Civil als registradors mercantils és un error»

Rafael Lara Hernández

President del Col·legi Nacional de Secretaris Judicials

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFIA: Col·legi Nacional de Secretaris Judicials

Rafael Lara Hernández (Madrid, 1963) és Llicenciat en Dret per la Universitat Complutense de Madrid. Va ingressar al Cos Superior Jurídic de Secretaris Judicials l'any 1993 i, després de diverses destinacions, ocupa el lloc de Secretari Coordinador Provincial de València des del 2006.

Ha estat Professor de la Universitat de València en cursos de postgrau en matèria de qualitat i gestió de les Administracions Públiques i ha participat en diversos seminaris sobre el tema en l'àmbit internacional. A més, compta amb dos màsters en Dret i noves tecnologies i és Diplomada en Protecció de Dades per la Universitat de València.

Des del juny de 2008, és President del Col·legi Nacional de Secretaris Judicials.



Entrevistes

P: Quins són els seus principals objectius com a President del Col·legi Nacional de Secretaris Judicials a curt, mitjà i llarg termini?

R: El meu objectiu principal és ser el que som, seguir treballant per això i per la dignitat professional d'un cos superior i jurídic que —no pel fet de dir-ho moltes vegades deixa de ser una realitat— és un element clau per al servei públic de la Justícia.

El Cos de Secretaris Judicials no només és motor del procés judicial, sense la intervenció del qual no s'estarien assolint els resultats que s'estan obtenint, amb una agilització evident dels processos i un nivell de resolució mai vistos, sinó que, a més a més, som un veritable motor de l'economia, un element dinamitzador i generador de competitivitat. Hem demostrat enguany de quina ma-

nera cada Secretari Judicial contribueix a la generació de recursos directament a la Hisenda Pública en més de 182.000 euros anuals. Cadascun de nosaltres. Aquest factor, que ens diferencia d'altres cossos superiors, ha de tenir el seu reflex en el nostre estatut i en els incentius de tot tipus, fins i tot econòmics, que no només dic que ens mereixem, sinó que, evidentment, serien altament positius per tal de millorar encara més els resultats assolits.

Per tant, els nostres objectius són ni més ni menys que fer només passos endavant i cada dia aportar, contribuir, oferir millores per al servei públic, així com, per descomptat, oposar-nos, rebutjar justificadament el que entenguem que són errors i exigir el reconeixement que demanem, perquè és de justícia.

Som un element clau per al servei públic de la Justícia

P: Quin destacaria dels objectius ja assolits al llarg del seu mandat?

R: Crec que aquesta valoració s'ha de fer quan arribi el moment. Per ara, em quedo amb una sòlida tranquil·litat de consciència.

P: Com afecta el context de crisi els secretaris judicials?

R: Ens ha afectat profundament, ja que no només s'ha incrementat en els primers moments de la crisi l'entrada d'afers als jutjats —i, amb això, la càrrega de treball, amb menys mitjans humans i materials a coordinar com a directius de les oficines judicials—, sinó que mesures que —insisteixo— són de justícia estatutària no s'han pogut portar a terme per la manca de recursos. La que crida més l'atenció, potser, seria la situació dels nostres companys més joves, discriminats respecte de tots els altres funcionaris de l'Estat amb un sistema de categories indigne que els exigeix deu anys per millorar de nivell, davant dels dos anys de la resta de la funció pública i la judicatura —i, com a premi, un sou inadequat a les responsabilitats que assumeixen des del començament. Cada

vegada que hi penso, veig més injustícia en aquest tracte.

Tenim la promesa del Ministre, fa dos anys, de solucionar-ho. Però el temps passa i no només amb això es pot anar cada matí a treballar il·lusionat. Nosaltres seguirem treballant per arribar a una solució, sense recular en absolut. I, encara que estic convençut que la solució s'obtindrà, el temps segueix fent mal, i això senzillament no és admissible.

Fora d'això, la crisi ha afectat tots els funcionaris amb pèrdues de drets econòmics i estatutaris que a poc a poc es van recuperant, però encara mantenim un nivell de reconeixement i de recuperació baix, mínims incentius a la productivitat i altres qüestions que el Ministeri ha de solucionar. No només pels secretaris judicials, sinó pel servei al ciutadà.

P: Com valora la reforma de la Llei Orgànica del Poder Judicial? I, més concretament, com la valora pel que fa a les competències processals dels secretaris judicials adquirides arran de la reforma de la Llei del 2009?

R: La nova reforma de la LOPJ encara és un avantprojecte. Hem treballat intensament per tal d'evitar els errors que de segur es podrien produir amb determinats dictats dels textos anteriors, i crec que hem arribat a una situació de millora evident. No s'ha obtingut tot el que preteníem, però s'ha arribat molt lluny, i en això he d'agrair l'escolta activa del Ministeri i del nostre Secretari General. Però el procés segueix i cal seguir atents.

La Nova Oficina Judicial ha doblat l'efectivitat i l'eficàcia

Pel que fa a les competències processals, es mantenen intactes, però hem d'estar molt atents, ja que a cada nova reforma sorgeixen els grups involucionistes que, cecs a la reeixida realitat de les competències que hem assumit, pels evidents bons resultats que està projectant —en el darrer any s'han resolt 200.000 execucions més de les que van entrar, i això gràcies a les nostres competències, o s'han incoat absolutament totes les demandes i s'han tramitat a temps—, pretenen un





retorn a un passat que actualment seria el caos per a una Justícia moderna com la que cerquem i a la qual contribuïm.

P: Pel que fa a la Nova Oficina Judicial, com valora el seu objectiu i implantació? És la solució al col·lapse judicial? Quin és el problema fonamental de la Justícia?

R: L'informe que hem presentat recentment, *El Secretari Judicial en xifres 2013*, que fa una anàlisi estadística de les dades d'activitat dels òrgans judicials, projecta un resultat entorn de la Nova Oficina Judicial incontestable. S'han duplicat els resultats. S'ha doblat l'efectivitat i l'eficàcia. I això ha fet callar moltes veus que no poden sinó reconèixer la bondat del model, el qual, com tot, s'ha de seguir ajustant, però que és altament positiu per a la Justícia a Espanya. No hi ha paràlisi, ni marxa enrere; només hi ha passos endavant, amb la Nova Oficina Judicial.

Ara toca aprofundir en el model, mantenir els principis de la reforma que va instituir-lo —la reforma de la LOPJ del 2003 en la nova LOPJ— i adaptar aques-

ta reforma a una nova futura realitat: els tribunals d'instància. En això pugnem i batallarem.

En resposta a la segona part de la pregunta, la Justícia té un problema fonamental: unes estructures velles, disfuncionals en tots els àmbits organitzatius i de distribució competencial, les quals s'han de solucionar. I uns processos judicials lents i costosos que cal analitzar i optimitzar. La reforma processal del 2009, que ens va donar competències de relleu en el procés, només és el començament. Si es volen solucionar els problemes de la Justícia, cal seguir en aquesta línia i fer un pas ara mateix, d'una vegada, sense por a una comanda competencial moderna i eficaç, unida a l'exigible i degut reconeixement professional que ens permeti parlar de debò de gestió del talent de l'organització —que n'hi ha, i molt.

P: Quin paper han de desenvolupar els secretaris judicials en el marc de la jurisdicció voluntària? I, més concretament, quin paper han de dur a terme en la resolució alternativa de

conflictes, com ara la mediació i l'arbitratge?

R: La LOPJ encomanava als secretaris judicials la jurisdicció voluntària. A ningú més. És llei orgànica. S'hauria de complir. Tanmateix, en un món global i una economia moderna, és admissible la intervenció en determinats aspectes d'altres professionals que puguin contribuir a què el ciutadà tingui més alternatives i rebi, en definitiva, un millor servei en la tutela dels seus drets.

El Projecte de Llei de Jurisdicció Voluntària no s'assembla gens a aquesta idea. Tristament, la defuig, i del que era regla en fa l'excepció. Vam voler contribuir a la racional distribució competencial de la futura Llei amb un acord, el primer que hi ha hagut a la història entre dos dels col·lectius interessats en aquesta Llei, nosaltres i els notaris, i vam presentar al nostre Ministre el text de l'acord entre el Col·legi Nacional de Secretaris Judicials i el Consell General del Notariat. Però, a falta d'examinar en profunditat el darrer text de la Llei, crec que poc o res no s'hi ha traslladat. És un error que crec que a mitjà termini suposarà problemes de servei.



Entrevistes



Igualment, la LOPJ ens encomana la conciliació i la tasca mediatadora intrajudicial. No només és una tasca que ens és propera —pensi que, en laboral, la nostra tasca conciliadora soluciona gairebé la medietat dels afers que arriben al jutjat—, sinó que cal una oferta mediatadora des de l'àmbit públic, ja que la Justícia és i ha d'arribar a tots els ciutadans independentment de la seva capacitat econòmica i posició social.

La nostra disposició de col·laboració amb els notaris és màxima

P: Segons que presentava recentment, s'ha aconseguit agilitzar notablement el ritme d'execució d'expedients. Es podrà mantenir?

R: Tal com he dit abans, no només es mantindrà, sinó que és possible millorar-lo. Però, com en tot, les promeses s'han d'acompanyar de feina, esforç i

tenacitat, i en això ningú no ens guanya. Cal fer les reformes que exigeix l'execució —i aviat les traslladarem al nostre Ministeri— i disposar dels mitjans oportuns. Així podrem posar al dia aquesta faceta tan transcendental de la Justícia, ja que no només s'ha de declarar el Dret en un litigi, sinó també aplicar-lo.

P: Com valora la recent assignació de la gestió del Registre Civil als registradors mercantils?

R: Tal com hem dit des del començament, creiem que és un error. És un mal pas que no compartim. La nostra oferta segueix en peu, per tal que, amb un nou Registre que hem dissenyat per al nostre Ministeri, el qual estaria sota la nostra competència, els ciutadans rebessin la prestació que requereixen, la institució es mantingui incòlume en els seus postulats fonamentals i l'Estat veiés garantit l'exercici de la seva autoritat i potestats en uns paràmetres de seguretat jurídica essencials. L'estat civil no és quelcom encomanable.

P: El passat mes de març es va celebrar la I Jornada de Notaris i Secretaris Judicials. Com valora la trobada? Quins són els aspectes a potenciar de la col·laboració entre ambdós cossos?

R: Les relacions amb els notaris sempre han estat excel·lents. Però mai —i dic clarament *mai*— s'havien formalitzat com fins ara. Va ser una alegria el fet de compartir taula amb el Consell General del Notariat espanyol i posar-hi a sobre inquietuds i idees, amb la satisfacció de veure que la immensa majoria eren coincidents. Es va tancar un primer acord en jurisdicció voluntària altament positiu, i ambdós col·lectius estem plenament convençuts que només era el començament. Hem de seguir en aquesta línia, motiu pel qual és màxima la nostra disposició de col·laboració amb un cos d'elevadíssima professionalitat, profundíssim relleu jurídic i marcada vocació de servei. Un cos del qual sempre hem dit que en som germans.

La veritable esquadra tecnològica la tenim en Justícia

P: Considera necessari un pacte d'Estat per la Justícia?

R: Doncs seré un pèl trencador: no. El pacte ja es va fer l'any 2001 i encara està pendent d'execució. Si cada vegada que canvien les persones, canviem els acords, per a què volem un altre pacte? Complim allò acordat; esmenem-ho, si és necessari, però valorem un nou pacte quan el primer estigui esgotat, és a dir, quan la Nova Oficina Judicial sigui present arreu del nostre país.

P: Pel que fa al repte de les noves tecnologies, el futur passa per l'expedient electrònic?

R: Sens dubte. Això ja es va dir en el Pacte d'Estat del 2001. La constitució del CTEAJ espero que sigui l'indici que alguna cosa es mou en aquesta direcció, de la qual cosa estic convençut en el Ministeri de Justícia. Quan tot plegat a les nostres vides passa per la informàtica i aquesta es converteix en base fona-



mental de les relacions humanes, socials, jurídiques i econòmiques, la solució dels conflictes que sorgeixen d'aquestes relacions no es pot ofegar en paper. La veritable esquadra tecnològica la tenim en Justícia. I en aquest expedient electrònic som i serem, i hem de ser-hi amb un paper protagonista els secretaris judicials: fedataris, impulsors dels processos i directius de les oficines judicials.

La Justícia és servei, garantia de drets i exercici de responsabilitat

P: Quin ha de ser el paper del Secretari Judicial en la Justícia del segle XXI? Com ha de ser la Justícia en aquest segle?

R: La missió i la visió. Estem esgarrapant tot just els primers anys del segle XXI, per la qual cosa entenc que és pretensions parlar del tema —i, sobretot, des de la meua posició— de cara a descriure com ha de ser o serà d'aquí a vint o trenta anys.

La Justícia ha de ser la que és i la que ha de ser. La Justícia no és un fi en si mateix, sinó un mitjà. És servei, és garantia de drets i és exercici de responsabilitat. Una Justícia que no respongui a tot això no em serveix, ni serveix per a ningú. La Justícia ha de ser previsible i acceptada pel justiciable per convenciment. Només així serà veritable Justícia. Transparent. La Justícia ha de ser moderna i eficaç, tecnològicament avançada i propera a la societat. I el més important: ha de ser de qualitat i professional. Preguntem a qualsevol

ciutadà què és la Justícia i ens respondrà de segur amb valors i principis que ens sorprendrien als qui hi treballem. Això ha de ser. Mentre molts facin de la Justícia un fi en si mateix, sigui per mantenir la seva posició o per als seus corporativismes, malament rai.

Quan parlo de la Justícia i descriu què ha de ser, no em sorprèn de com coincideix plenament amb el que són i han de ser els secretaris judicials. Un cos amb una profunda vocació de servei, generador de recursos i competitivitat, d'excel·lència jurídica, capaç de posar al dia els processos així que s'acceptin les nostres propostes, de la mateixa manera que un cos digne d'incentivació de tot tipus i del degut reconeixement. Però un cos per a la Justícia, no només de la Justícia.

Existir, estar i ser de les unions estables de parella

Notes sobre l'estatus jurídic i la regulació de les parelles de fet tenint en compte la doctrina del Tribunal Constitucional

Josep Ma Fugardo i Estivill

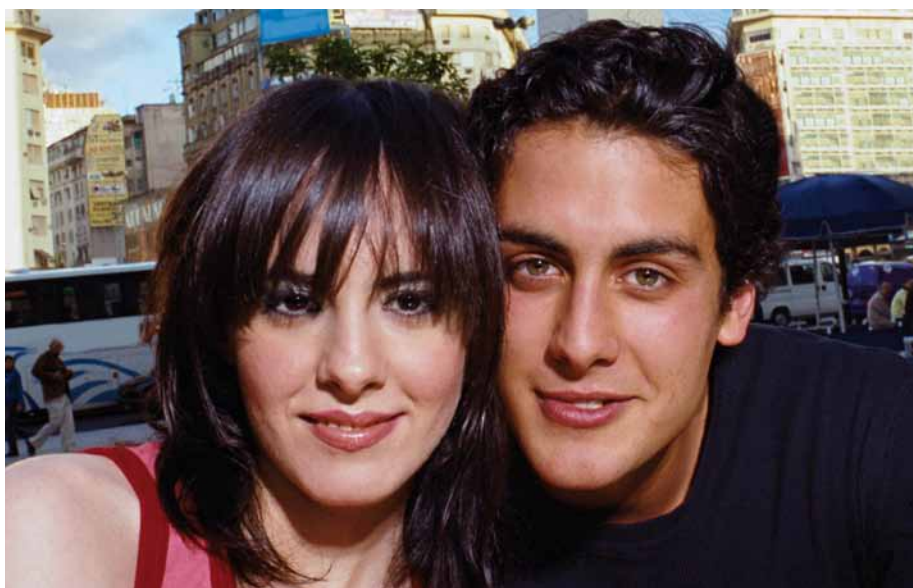
Notari de Terrassa

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
 - II. CONTEXT SOCIOJURÍDIC DE LES RELACIONS DE CONVIVÈNCIA *MORE UXORIO* DE LA PARELLA
 - III. ETAPES REFERENTS AL RECO-NEIXEMENT I LA REGULACIÓ LEGAL DE LES UNIONS DE FET
 - IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONVIVÈNCIA DE LA PARELLA EN UNIÓ DE FET
 - V. CONFLICTE DE COMPETÈNCIES (ESTATAL I AUTONÒMICA) I MERITACIÓ DE LA PENSÍO DE «VIDUÏTAT»
 - VI. REFERÈNCIA AL DRET EUROPEU I COMUNITARI
- REFERÈNCIES

I. INTRODUCCIÓ

Sense pretendre esgotar l'elenc de qüestions que governen des d'una perspectiva jurídica les unions estables de parella extramatrimonials, l'objecte d'aquest treball se centra especialment

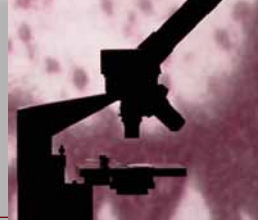


en l'examen de la doctrina constitucional referent a l'existir, estar i ser d'aquesta classe d'unions. Aquesta doctrina pot servir d'ajuda a l'interpret per valorar el major o menor acomodament «constitucional» del seu estatut normatiu o la validesa i viabilitat de determinats pactes i efectes jurídics referents a aquelles.

Si Von Kirchman va deixar escrit que «tres paraules del legislador converteixen biblioteques senceres en escombraries»

(1847), *mutatis mutandis*, l'examen de la doctrina constitucional ens ofereix motius per reflexionar sobre la ciència del Dret i la validació o no de la legislació positiva quan l'Alt Tribunal és cridat a examinar-ne la correcta adequació constitucional.

En la primera part d'aquest treball, es farà una referència a la configuració sociojurídica del matrimoni i de les unions extramatrimonials *more uxorio* o en parella de fet; tot seguit, se'n tindrà en



compte l'evolució legislativa recent; en tercer lloc, es posaran en relleu les respostes del Tribunal Constitucional (TC) a determinats interrogants que planteja aquest mode de convivència, fet que permetrà traçar o deduir els límits i principis que configuren la regulació d'aquesta classe d'unions en el nostre ordenament; en quart lloc, s'examina la STC de 12 de març de 2014, referent a determinats àmbits de la competència estatal i autonòmica per legislar sobre aquesta matèria; per últim, s'informa sobre la regulació existent en els drets europeu i comunitari, Dret aquest últim que és previsible que, en breu, introduirà pautes noves en la matèria⁽¹⁾.

II. CONTEXT SOCIOJURÍDIC DE LES RELACIONS DE CONVIVÈNCIA MORE UXORIO DE LA PARELLA

Al llarg de les darreres dècades, especialment a partir de la promulgació del marc constitucional vigent, la societat espanyola i les formes de convivència *more uxorio* de les parelles han experimentat canvis importants tant en el terreny social com en el jurídic, i això ha comportat una franca transformació i contraposició entre la institució tradicional i basilar del matrimoni i les denominades *unions lliures, de fet o unions estables de parella* (RODRÍGUEZ PASCUAL i MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, 2003: 9 i seg.).

La societat espanyola i les formes de convivència *more uxorio* de les parelles han experimentat canvis socials i jurídics importants, fet que comporta una transformació i contraposició entre la institució tradicional del matrimoni i les denominades *unions de fet*

Aquest fenomen no és exclusiu de la societat espanyola, sinó que també s'ha reflectit amb intensitat i cronologia generalment més precoç en la pràctica totalitat dels països pertanyents a l'àmbit de la cultura occidental o els influïts per aquesta. Aquest procés de canvi ha estat conceptualitzat de diferents maneres, segons la posició sociològica que s'argumenti, i

FITXA TÈCNICA

Resum: El reconeixement de la llibertat com a valor superior en l'ordenació de les relacions personals ha suposat una extensió quantitativa i qualitativa progressiva dels àmbits materials disponibles en el Dret matrimonial i de família. En aquest sentit i mitjançant aquest estudi, prenent com a referent l'evolució de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, l'autor analitza l'estatus jurídic i la normativa de les denominades *unions estables de parella*, així com el concepte, la regulació, els conflictes competencials entre la regulació estatal i les autonòmiques i el tema important referit a la pensió de viduïtat. Finalment, la regulació que sobre aquesta qüestió han realitzat els països del nostre entorn.

Paraules clau: Dret de família, Dret matrimonial, unions de fet, Tribunal Constitucional.

Abstract: The acknowledgement of freedom as a higher value in the regulation of personal relationships has resulted in a progressive quantitative and qualitative extension of the material scope available under Matrimonial and Family Law. As such, by way of this study, which takes as a reference the development of the caselaw of the Constitutional Court, the author examines the legal status and the regulation of so-called *stable partnerships*. Thus, how they are conceptualized and regulated, the jurisdictional conflicts between national and regional regulation, and the important issue of widows'/widowers' pension rights. Finally, how other nearby countries have tackled the regulation of this matter.

Keywords: Family Law, Matrimonial Law, common-law partnerships, Constitutional Court.

se sol descriure com a part d'un procés més general d'individualització creixent (MEIL LANDWERLIN, 2006: 95 i seg.).

1. Matrimoni i desmatrimonialització

En la concepció tradicional i europea, el matrimoni es pot definir com un tipus de convivència sexual, afectiva i econòmicopatrimonial entre dues persones de diferent sexe que imposa drets, deures i obligacions recíproques i té caràcter d'institució bàsica per a la formació i el manteniment del grup familiar. El matrimoni vincula els cònjuges i un grup més ampli de persones, ja que es creen aliances i relacions a causa del matrimoni, la filiació i el parentiu amb els pares, germans, germanes i altres familiars consanguinis, que es converteixen en parents per afinitat de l'altre cònjuge mitjançant el matrimoni.

El matrimoni es considera la base sobre la qual s'assenten els grups socials i els estats. Segons CICERÓ (106-43 a. de C.), «la primera societat és en el matrimoni, la segona, en els fills, dels quals es forma una casa, i un tot comú, [...] segueixen després els germans, els seus fills, i els fills d'aquests, que no caben ja en una casa i s'estenen i reparteixen en d'altres, a manera de colònies. Després, els casaments i entroncaments amb altres famílies; dels quals resulten molts altres parents, la propagació i descendència dels quals és cau-

sa i origen de les Repúbliques» (Els oficis de Ciceró...: 90).

El model familiar basat en el matrimoni l'han construït els estats moderns a partir de les bases proporcionades pel Dret romà i el Dret canònic, i «es presenta com una realitat plenament assentada en les nostres societats, que ha estat institucionalitzada pel legislador, dotada d'un estatut jurídic del que deriven importants efectes jurídics, no només per als integrants de la unió, sinó per a la resta d'elements del grup» (GARRIDO MELERO, 2013, l: 66). L'Església va convertir el matrimoni en sagrament i va introduir l'obligació de formalitzar les unions de manera religiosa, que era l'únic mitjà legitimador de les unions (Concili de Trento, 11 de novembre de 1563). Amb tot, com també evidencien les fonts romanes, les unions de fet són històricament més antigues i, malgrat el vigor del model oficial, han subsistit com a fenomen més o menys marginat, perseguit o reconegut, segons les èpoques.

Exceptuant breus períodes històrics (1870-1875, 1931-1939), el matrimoni civil va estar pràcticament prohibit (només s'admetia en cas de contraents no catòlics o que fessin apostasia) fins a l'entrada en vigor de la Constitució de 1978, que va proclamar la llibertat ideològica, religiosa i de consciència i l'aconfessionalitat de l'Estat (art. 16 CE), «aconfessionalitat o laïcitat



positiva» (STC 46/2001, de 15 de febrer, FJ 4) (RIVES GILABERT i RIVES SEVA, 2001; PABLO CONTRERAS, 2011: 461 i seg.). L'any 2009, per primer cop, el nombre de celebracions de matrimonis civils va superar el de matrimonis religiosos.

Com observa LEFAUCHEUR (2003: 55-56), fins a dates molt recents, «la norma bàsica de les societats occidentals ha estat, en major o menor mesura, la que va sorgir amb la institucionalització del matrimoni, impulsada principalment per l'Església Catòlica Apostòlica Romana pels volts del segle XII. La institució matrimonial va ostentar el monopoli de la regulació de les relacions sexuals (heterosexuals), així com de la convivència conjugal, la procreació, la paternitat i la legitimitat. Així mateix, ha estat una institució clau tant per determinar la divisió sexual (i etària) del treball, com per designar la posició que ocupava cada persona en el sistema socioeconòmic, ja que el matrimoni estava estretament lligat a una altra institució clau, el sistema d'herència, tant de mitjans de producció com de posicions socials. La institució del matrimoni entrellaçava llavors sexe i gènere, llar i família, procreació i legitimitat, cura i manteniment dels nens, labors domèstiques i herència».

De conformitat amb GIDDENS (2010: 371), la família europea i d'altres països occidentals es caracteritza per basar-se en el matrimoni monogàmic establert per llei, encara que, a causa de l'elevada taxa de divorcis, alguns autors suggereixen que el model de matrimoni hauria de denominar-se de *monogàmia consecutiva*; el matrimoni es basa en la idea de l'amor romàntic i la principal influència és la de l'individualisme afectiu; la família moderna és patrilínea i neolocal; sovint, el model tipus de família es descriu com a nuclear o elemental (un o dos progenitors i els fills). No obstant això, aquest model no és exclusiu i és compatible amb l'existència d'altres models i alternatives familiars en el que es pot denominar *heterogeneïtat del fet familiar i de l'esfera domèstica* (família extensa o composta consanguínia, família troncal, família monoparental, família de mare soltera, família de pares separats, família recomposta, etc.). Antropològicament, des d'una perspectiva global, les famílies nuclears existeixen en gairebé totes les societats (HARRIS, 2011: 207 i seg.).

En relació amb el matrimoni-institució, observa AMBERT (2005: 5) que «existeixen

determinades normes que estableixen els drets i les responsabilitats dels cònjuges, de la societat respecte d'aquell i dels cònjuges com a progenitors. El compromís constitueix un aspecte clau multidimensional de la institució matrimonial [Johnson, 1999], així com la fidelitat —encara que en determinades societats— només és exigible a les dones». Sense desconèixer altres formes de convivència entre parelles de diferent o del mateix sexe, més o menys admeses, tolerades, marginades o sancionades, en la tradició grecoromana-canònica, seguida pels països de cultura occidental, el matrimoni s'ha basat en la convivència de dues persones de diferent sexe (heterosexualitat). L'admissió del matrimoni entre persones del mateix sexe sorgeix en la primera dècada del segle XXI i és objecte d'amplis debats i discussions. L'admissió es basa en el dret d'igualtat i no discriminació davant la llei per raó de sexe i en el lliure desenvolupament de la personalitat. Actualment, està reconegut en prop d'una vintena de països occidentals (a Espanya, Llei de 3 de juliol de 2005, declarada constitucional per la STC de 6 de novembre de 2012).

En el nostre Dret, el matrimoni pot definir-se com «la unió de dues persones de diferent o igual sexe, concertada per a tota la vida mitjançant l'observació de determinats ritus o formalitats legals i tendent a realitzar una plena comunitat d'existència»

Després de la promulgació de la Llei esmentada, en el nostre Dret, el matrimoni pot definir-se com «la unió de dues persones de diferent o igual sexe, concertada per a la resta de la vida mitjançant l'observació de determinats ritus o formalitats legals i tendent a realitzar una plena comunitat d'existència» (DÍEZ-PICAZO i GULLÓN, 2012, IV, l: 56).

Caracteritzen el matrimoni els trets següents: unitat (*erunt duo in carne una*); consentiment; heterosexualitat (o homosexualitat); perpetuïtat (en principi); formalitat; intervenció estatal; diversitat de formes de celebració (laica o religiosa); creació d'estat civil; origen de la filiació i el parentiu; existència d'un estatus bà-

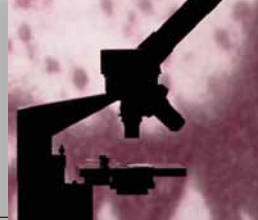
sic matrimonial determinat amb efectes personals i patrimonials especials, drets, deures i obligacions; en general, existència d'un règim econòmic matrimonial determinat, i dissolubilitat.

D'acord amb GETE-ALONSO i CALERA (2013: 126 i seg.), en el nostre Dret, el matrimoni és una *institució jurídica*, amb components privats i públics, subjecta a reserva de llei (art. 32.2 CE) i a normes dotades d'imperativitat pel que fa a la Constitució, formes de celebració, dissolució i efectes; el matrimoni és un *negoci jurídic* essencialment lliure (*ius connubi*), bilateral, formal i estable entre dues persones particulars, de diferent o del mateix sexe (art. 44.2 CC), fruit de l'autonomia de voluntat dels contraents (arts. 32 CE i 44 CC), que dona lloc a un *vinde jurídic*; crea una *situació jurídica* entre els consorts (o relació jurídica conjugal) que roman mentre el matrimoni es mantingui i doni origen a drets i deures (arts. 66 a 68 CC).

En el moment constitutiu inicial, el consentiment ha de recaure sobre un projecte d'unió o vida completa comuna, però el matrimoni pot dissoldre's en vida dels consorts quan es frustra. En qualsevol cas, les unions passatgeres volgudes com a transitòries no compleixen amb el projecte inicial propi del matrimoni.

Mentre que el matrimoni ofereix uns caràcters, perfils i estatut legal clarament definits, les unions estables de parella estan mancades d'aquests trets i poden respondre a diferents finalitats i supòsits. Sense perjudici dels trets propis, la major o menor equivalència o aproximació entre les dues figures dependrà tant de la regulació més o menys oberta i permissiva del matrimoni com del reconeixement, més o menys ampli, de les unions de fet i del grau d'assimilació o equiparació entre les dues figures respecte de determinats efectes personals o patrimonials. En la doctrina contemporània, es posa en relleu la concurrència d'un fenomen paral·lel que comporta, d'una banda, certa desjuridificació del matrimoni civil i, de l'altra, certa juridificació de les unions no matrimonials (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013: 291-292).

L'esfondrament sociològic de la línia divisòria que separava el matrimoni de les unions estables de parella ha estat descrit per alguns historiadors del Dret i sociòlegs com la «desinstitucionalització»



o «deslegalització» del matrimoni. Per a THÉRY i LEROYER (2014: 40), la ruptura dels esquemes tradicionals familiars basats en el matrimoni i la família patriarcal han conduït a la consolidació, en les darreres dècades, d'un fenomen de «desmatrimonialització» i a nous valors de responsabilitat transgeneracional:

- «La desmatrimonialització significa que el fet de casar-se, de no casar-se o de descasar-se, que anteriorment constituïa una obligació social imperativa i l'horitzó infranquejable de les relacions sexuals, ha passat a convertir-se en una qüestió de consciència personal».
- «El principi de responsabilitat —en el sentit fort del verb llatí *respondeo*, 'responc de'— es troba al cor dels valors que vinculen els adults, siguin progenitors o no, amb els menors que tenen al seu càrrec»; és a dir, que independentment del valor que s'atribueixi al matrimoni, «la societat no pot permetre's desconèixer que molts nens es crien i moltes obligacions es compleixen en situacions alternatives» (COONITZ, 2006: 356-357).

Malgrat l'erosió que incideix en el matrimoni-institució, la moderna sociologia posa en relleu que, generalment, en comparació amb altres formes de convivència, el matrimoni és una institució social clau que compleix múltiples funcions i també es considera especialment útil en termes de nivells subjectius d'equilibri i benestar personal, material i de salut entre els components del grup familiar (cònjuges i fills). El matrimoni es considera una institució que promou el bé comú (vegeu els deu Principis de Princeton, *Social Trends Institute*, 2007). Amb tot, també es discuteix si aquests resultats es deuen al matrimoni o al fet que recorren a aquesta figura les persones que tenen determinades condicions personals coincidents amb aquests resultats o revelen una determinada causalitat. En qualsevol cas, la doctrina es pregunta si la declinació del matrimoni pot considerar-se un fenomen inevitable o reversible (AMBERT, 2005: 18; GARRISON, 2008: 491 i seg.).

D'altra banda, en determinades àrees culturals, jurídiques i religioses, principalment a Àfrica i Àsia meridional, existeixen supòsits de matrimoni poligàmic (*poligínia* o *poliàndria*). Segons l'*Ethnographic Atlas Codebook* (1998), de 1.231 societats

humanes de tot el món censades, en prop del 84 % es registra l'existència de casos de famílies poligàmiques (GIDDENS, 2010: 364). A causa del fet que la poligàmia suposa la desigualtat entre dona i home i la submissió, per regla general, per raons d'ordre públic i d'afectació als drets fonamental, les societats occidentals «no reconeixen la validesa del segon matrimoni contret estant encara en vigor el primer i, per això, s'exclou la poligàmia, sigui quina sigui la ideologia religiosa que la permeti, ja sigui islàmica o d'un altre tipus, com ocorre amb els components de la secta Amish als Estats Units» [ROCA I TRIAS, 2006: 213; SST(CA), entre d'altres, de 4 de juliol i de 10 d'octubre de 2011]. Sobre el tractament i la recepció d'aquestes qüestions en el Dret Internacional Privat espanyol, vegeu, entre d'altres, CARRASCOSA GONZÁLEZ (2010: 84-91).

2. Unions de fet

D'acord amb el marc constitucional vigent i els desenvolupaments legals posteriors a l'hora de configurar la convivència estable *more uxorio* entre dues persones de diferent o del mateix sexe, procedeix distingir entre la convivència matrimonial (unió legal de Dret) i la convivència al marge del matrimoni (unió de fet). Alhora, segons si existeix o no una regulació que es refereixi a aquesta última, procedeix distingir entre unions de fet positivades i no positivades.

En el model europeu familiar, l'existència de supòsits d'unions estables en parella de fet paral·leles o diferents del matrimoni gaudeix d'antecedents molt

remots que, si més no, poden situar-se en el Dret romà; d'això que, sense perjudici dels vaivens i la diversa consideració, des de la perspectiva social, juridicollegal i religiosa, aquest fenomen no pot considerar-se que sigui desconegut, nou o exclusiu de la postmodernitat.

Podem distingir entre convivència matrimonial (unió legal de Dret) i convivència al marge del matrimoni (unió de fet). Alhora, segons si existeix o no una regulació que es refereixi a aquesta última, procedeix distingir entre unions de fet positivades i no positivades

El que sí és nou és el notable augment del nombre de parelles de fet, el procés de transformació dels valors familiars i de privatització i liberalització de la vida familiar, l'acceptació i el reconeixement social del fenomen, així com la major intervenció del legislador a l'hora de reconèixer-les i atribuir-los drets o regular-les.

Les unions de fet es refereixen a una forma de convivència excloent de manera decidida i conscient que es convé o acorda «al marge del matrimoni». En general, aquesta forma de convivència es fonamenta en la convivència mútuament acceptada, estable i lliure, basada en una relació afectiva que es materialitza per mitjà d'una unió de fet *more uxorio* entre dues persones de diferent





o del mateix sexe. Com assenyala MEILANDWERLIN (2006: 99), «la idea que el matrimoni és, fins i tot, una manifestació de la intromissió de la societat en la vida privada dels individus va adquirint legitimitat en el discurs sobre la família. Sorgeix així la convivència “sense papers” com una forma legítima d’entrada a la vida conjugal i com a fonament de la família. No es tracta que al llarg de tota la societat o, fins i tot, per a tots els joves, el matrimoni hagi perdut el significat. Es tracta, per contra, de la legitimitat social d’aquest discurs, així com de la possibilitat efectiva d’actuar en conseqüència sense ser estigmatitzat per l’entorn social». Pel que fa a les unions de parelles del mateix sexe, si fa unes quatre dècades no eren legalment acceptades en cap país, en els últims trenta anys prop del 20 % dels països del món les ha reconegudes o els ha concedit certs drets, i en poc més d’una desena de països es permet el matrimoni igualitari. No obstant això, encara existeixen països que criminalitzen aquestes unions (SAEZ, 2011: 2 i seg.).

En el nostre Dret, sense perjudici de la concreta tipificació legal, quan existeixi, en general, en parlar de les «unions no matrimonials», MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 289) entén que aquesta expressió es refereix a «les situacions més o menys estables de convivència entre dues persones, de diferent o del mateix sexe, que no estan casades entre si, però entre les quals existeix el que les lleis denominen habitualment com una relació d’afectivitat anàloga a la conjugal».

La denominació que rep aquesta classe de convivència en la doctrina i la legislació és molt variada: unió de fet [que és considerada per PÉREZ UREÑA (2002: 153) com la més apropiada, «per fer menció —en termes justos— a la realitat social»]; unió extramatrimonial; unió matrimonial de fet; unió paramatrimonial; matrimoni de fet; convivència *more uxorio*; família de fet; situació de fet assimilable al vincle matrimonial; parella o unió legitimada o legalitzada i *concubinat*, terme generalment rebutjat en la doctrina espanyola a conseqüència del caràcter pejoratiu, però que és utilitzat obertament, per exemple, en la legislació i doctrina mexicanes (vegeu art. 1635 CC federal) i a França, etc.

L’ús de l’expressió *unió lliure* per descriure el supòsit pot resultar equívoc, doncs el Dret modern parteix de la llibertat de les persones per contreure o no matrimoni i, sigui com sigui que està admès àmpliament el divorci, el matrimoni també es pot qualificar d’unió lliure (i formal). No obstant això, com observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 290), «en aquest cas, la llibertat no es refereix tant al moment constitutiu (també per al matrimoni s’exigeix la llibertat dels contraents) com a la possibilitat de fer cessar la relació sense necessitat de subjectar-se a cap formalitat». Al seu torn, GARRIDO MELERO (2013, I: 111-112) admet que la subcategoria de les unions de fet (parelles de fet) pot denominar-se amb diferents noms, però, per a les regulades legalment, l’autor s’inclina per l’expressió «parella (de fet) legal», per contraposar-la a «parella matrimonial».

En general, en la legislació autonòmica, predominen les referències a «parella estable» o «unions de fet». En aquest sentit, es refereixen a les «parelles estables» no casades les regulacions aragonesa, catalana, navarresa, balear i asturiana; a «parelles de fet», les lleis basca, castellano-manxega, canària, andalusa, extremenya i càntabra, i a «unions de fet», la valenciana i la madrilenya. Legalment, com assenyala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 289), també ha tingut certa fortuna l’expressió «parella unida de manera permanent per relació d’afectivitat anàloga a la conjugal» (per exemple, en la disp. adic. 3a de la Llei 21/1987, d’11 de novembre), a la que després s’ha fet l’afegit «amb independència de la seva orientació sexual» (art. 16 LAU).

L’ús d’una denominació concreta permet fixar amb més claredat el supòsit de fet, però, amb independència de la denominació que el legislador adopti, en el pla jurídic és fonamental conèixer els efectes jurídics previstos en la regulació que li sigui d’aplicació, en el cas que existeixi, i si fins a aquí n’hi ha prou o no amb l’autonomia privada, esbrinant quins són els interessos en joc i en disputa, per a la qual cosa cal conèixer quines funcions compleix cada convivència en el terreny personal i social i els seus efectes o conseqüències jurídiques (LLEBARÍA SAMPER, 2010, II: 1153 i seg.).

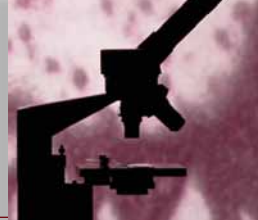
La STC 93/2013, de 23 d’abril (recurs contra la Llei Foral de Navarra 6/2000, de

3 de juliol, per a la igualtat jurídica de les parelles estables), sense perjudici d’alludir a la «heterogeneïtat» del supòsit, ofereix la següent «noció general unitària» del concepte d’*unió de fet*:

[L]a unió de fet pot caracteritzar-se, en principi, com una relació estable de convivència *more uxorio*, l’element definidor comú de la qual queda resumit en la voluntat lliurement configurada de romandre al marge del Dret pel que fa a les conseqüències jurídiques inherents a la institució matrimonial a la qual es refereix l’art. 32 CE. Ha de matisar-se que, si bé, com a regla general, aquesta exclusió ve donada per la lliure i voluntària decisió dels integrants de la parella de no accedir a la formalització del vincle matrimonial d’acord amb les previsions legals, és notori que històricament s’han produït situacions de parelles que, malgrat la seva voluntat explícita de contreure matrimoni, es trobaven amb impediments legals per portar-ho a terme, situacions a les quals la jurisprudència d’aquest Tribunal ha tractat de donar resposta en alguns casos. Aquest és el supòsit de les unions estables que van tenir causa en la impossibilitat de contreure matrimoni a conseqüència de la legislació anterior a la Llei 30/1981, de 7 de juliol, en la qual el divorci no s’admetia legalment com a causa de dissolució del matrimoni. (FJ 8) (Èmfasi afegit en aquesta i en les següents cites de doctrina del TC).

L’admissió i el reconeixement de les unions estables de parella *more uxorio* és congruent amb els principis proclamats en el text constitucional de llibertat, lliure desenvolupament de la personalitat, no discriminació per raó de sexe o filiació, igualtat i aconfessionalitat

L’admissió i el reconeixement de les unions estables de parella *more uxorio* és congruent amb els principis proclamats en el text constitucional de llibertat, lliure desenvolupament de la personalitat, no discriminació per raó de sexe o filiació, igualtat i aconfessionalitat, i això permet que el legislador competent en la matèria pugui regular sistemes o models de convivència *more uxorio* que puguin basar-se



tant en la naturalesa matrimonial com en la no matrimonial de la relació (STC 198/2012, de 6 de novembre, FJ 10).

Un cop admès àmpliament el divorci i el matrimoni entre persones del mateix sexe, les unions no matrimonials es configuren en l'actualitat com una «opció lliure dels que no desitgen contreure matrimoni», aquestes unions «neixen a l'empara de la convicció de mantenir una relació autorresponsable i un compromís merament intern», tot i que això no impedeix que puguin acabar requerint l'empara del Dret (PARRA LUCÁN, 2012: 290).

La importància de l'autonomia de la voluntat i l'actual variabilitat del fet familiar motiva que la doctrina es refereixi a la multiplicitat de formes de vida, a la família «a la carta» i reconegui la complexitat de la família i les seves possibles formes jurídiques. En paraules de GARCÍA RUBIO (2006: 135-136), «es pot dir, en relació amb la família actual, que "the traditional one-size-fits-all version of marriage has been replaced by tailor-made family forms" [M. Bailey, ISFL, 2005: 134], de manera que d'un model familiar rígid i monolític s'ha passat a una pluralitat de models, tots amb plena acceptació social [...]. Davant d'aquesta pluriformitat de models familiars, no ens ha de sorprendre que els sociòlegs britànics recomanin substituir el terme family per family practices (Morgan, 1996; Smart and Neale, 1999) o que els alemanys prefereixin parlar de Lebensformen (I. Ostner, 2001, p. 91). En els dos casos, el plural substitueix el singular. El mateix ocorre al nostre país, on la literatura jurídica opta ja sovint per parlar de "famílies" i el mateix Tribunal Constitucional ho ha reconegut també» (entre d'altres, SSTC 222/1992, 47/1993, 116/1999 i 47/2003). «En definitiva —assenyala l'autora citada—, l'article 39 de la CE ni prejutja, ni descriu el model familiar constitucionalment protegit».

Matrimoni i unions de fet es basen en un model institucional, relacional i vital diferent. Assenyala GARRISON (2011: 123-124) que l'expectativa ètica més important del matrimoni és compartir (pensaments, sentiments, tasques, valors o objectius vitals), fet que, a conseqüència de l'amor, la confiança i el compromís recíprocs, també comporta compartir recursos econòmics. En contrast amb la institució matrimonial, encara que certs modes de lliure cohabitació en parella



poden comprendre els mateixos objectius i expectatives, això no es compleix en tots els supòsits, i el significat de la relació pot ser fins i tot desconegut o contradictori per als membres de la parella o basar-se en el no compromís. Així, l'autora citada es refereix a determinades recerques que evidenciaven que entre un 20 % i un 40 % de les unions de parella tenien punts de vista diferents respecte de si pensaven o no contreure matrimoni en el futur, i al Regne Unit es va constatar que un 35 % de les parelles discrepava respecte dels avantatges de la convivència en parella de fet i un 25 % discrepava sobre els desavantatges.

Des d'una perspectiva jurídica, diu MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013: 292) que «la voluntat conjugal, atès que es dirigeix a l'assumpció d'un compromís de futur, és suficient per fundar la relació jurídica conjugal i familiar fins a l'extinció» (estabilitat institucional i sociològica del matrimoni); en canvi, «la voluntat dels convivents està mancada d'aquesta força: la subsistència actual de la unió depèn en cada moment de la subsistència actual de la voluntat de viure».

En el matrimoni, el compromís de permanència es basa en un compromís jurídicament assumit; en la unió de fet, el compromís és actual, mentre dura i es projecta cap al futur com a mer pronòstic, en el dia a dia; no existeix una predisposició que evidencii clarament l'existència d'unes expectatives comunes ni l'entramat social d'interessos, parentiu i legitimació, que és propi de la institució matrimonial. Amb tot, en certa manera, la

recent admissió del divorci unilateral ha fet menys nítida aquesta diferència.

En la pràctica, les unions de fet són fenòmens sociojurídics de geometria variable. Poden existir múltiples tipus d'unió de parella: unió estable com a substitut de la solteria; la unió com una etapa prèvia al matrimoni o matrimoni a prova (*trial marriage*); unió com a matrimoni informal, supòsit en el qual la «formalització» del ritu val per als interessats tant com el matrimoni (*do-it-yourself*); unió com a rebuig o aversió a la institució del matrimoni, etc. Així mateix, segons les èpoques, les unions de fet també han servit per viure en parella *more uxorio*, en no ser possible la formalització de la relació en forma matrimonial.

A efectes formals, la doctrina diferencia entre diversos possibles models de parella de fet: el model de regulació privada o contractual amb absència de regulació legal («unió ajurídica, però no antijurídica», ex STS de 19 de març de 1998, FJ 3); el model fàctic o purament de convivència, al qual se li aplica, per raons de convivència o per tenir un fill en comú, una normativa legal que pot ser dispositiva (*opt-out agreement*) o imperativa, i el model de parella inscrita o formalitzada en document públic (*opt-in*) (MARTÍN-CASALS, 2013: 11-15). També es pot distingir entre unions registrades i no registrades. L'art. 1 del Conveni relatiu al reconeixement d'unions de fet inscrites, fet a Munic el 5 de setembre de 2007 [pendent d'entrada en vigor per no haver estat ratificat per almenys dos estats⁽²⁾], estableix que: «A efectes d'aquest Conveni, per unió de fet



inscrita s'entendrà un compromís de vida en comú entre dues persones del mateix sexe o de sexe diferent, que doni lloc a una inscripció registral efectuada davant d'una autoritat pública, amb excepció del matrimoni».

Pel que fa a la regulació de les unions de fet, podem afirmar amb EZQUERRO UBERO i LÁZARO GONZÁLEZ (2007: 23) que: «Amb caràcter general, a Europa s'ha superat la ignorància per part del Dret de les unions de fet, el màxim exponent de les quals va ser el Codi de Napoleó de 1804, reflex de l'aforisme atribuït al propi emperador: "Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux" ("Els concubins prescindeixen de la llei, la llei se'n desentén"). L'hostilitat encoberta per aquesta postura, manifesta en el tractament rebut pels fills nascuts fora de la unió matrimonial, s'ha abandonat per adoptar en tots els casos actituds de tolerància o acceptació».

Seguint els autors citats, els països nòrdics van ser els primers en reflectir en la regulació jurídica altres formes familiars, tot això a l'empara de la llibertat i la protecció legal de la seguretat individual i del principi de neutralitat (corrent de llarga tradició a Europa), que justifica el no intervencionisme de l'Estat en la vida privada de les persones, però sense perjudici del manteniment de certes garanties de protecció de la part més dèbil de la parella i de l'interès superior de la filiació.

La diversificació de l'estructura familiar i de les relacions de convivència de la parella en el Dret modern es recolza en l'afirmació i el franc reconeixement de tres principis essencials de constant referència (DOMÍNGUEZ LOZANO, 2006: 1 i 5):

- a) El principi de llibertat individual.
- b) El principi d'igualtat i no discriminació, fet que incideix tant en les relacions entre els convivents com en l'equiparació de la filiació, sigui matrimonial o extramatrimonial.
- c) Una certa apreciació horitzontal de la protecció del dèbil.

El reconeixement de la llibertat com a valor superior en l'ordenació de les relacions personals ha suposat una extensió qualitativa i quantitativa progressiva dels àmbits materials disponibles en el Dret matrimonial i de família, fet que ha significat «el marcat avanç de la qualificació contrac-

tual del matrimoni davant de la institucional; la consegüent "retracció de la regulació" o "deslegalització" de molts aspectes de les relacions juridicofamiliars, i el reconeixement de diversos models de família».

L'individualisme progressiu i accelerat «situa l'individu a càrrec del seu destí» i considera «limitacions intolerables de la seva llibertat institucions que tradicionalment havien ordenat els diferents nivells de convivència social, i substitueix les estructures i relacions jerarquitzades per altres d'igualitàries» (FRANCINO BATLLE, 2012: 383).

El reconeixement de la llibertat com a valor superior en l'ordenació de les relacions personals ha suposat una extensió quantitativa i qualitativa progressiva dels àmbits materials disponibles en el Dret matrimonial i de família

Les unions estables de parella no creen estat civil; es basen en la voluntat de conviure de manera estable per part dels membres de la parella; poden deure's a una relació fàctica voluntària o formalitzada en certs aspectes; poden estar regulades o no per l'ordenament jurídic; poden estar més o menys equiparades al matrimoni en alguns dels caràcters o efectes i, en ocasions, es recorre, de vegades impròpiament, al recurs de l'analogia; pot tractar-se d'una relació notòria i pública o no, i poden extinguir-se lliurement per la voluntat dels dos convivents o la de qualsevol d'ells.

Encara que les diferències ètiques, materials i sociojurídiques relatives a les diferents unions no matrimonials poden ser notables, en general, la doctrina es refereix al següent ventall de trets característics (ZÚÑIGA ORTEGA, 2011: 37 i seg.):

- a) Elements objectius: convivència *more uxorio*; desenvolupament d'una vida en comú constant i permanent, però el supòsit, el que pot donar-se igualment en cas de matrimoni, també pot presentar-se en parelles en les quals, per motius o circumstàncies diverses, els dos viuen sols o per separat, però mantenen una relació de parella estable (parelles *lat*, acrònim de *living apart togheter*, «juntos pe-

ro no revueltos» o «parelles lliat fora», model del que se cita com a precursors, per exemple, a Jean-Paul Sartre i Simone de Beauvoir); notorietat, encara que, en nom de la protecció del dret a la intimitat personal, aquest requisit no es considera bàsic o inexcusable; heterosexualitat o homosexualitat, encara que l'ordenament pot rebutjar el segon supòsit; existència de fills, però tampoc constitueix un requisit essencial.

- b) Elements subjectius: absència de formalitat i solemnitat, sense excloure que els dos trets puguin presentar-se, però, si escau, la formalització de la situació de fet no implica de cap manera que s'assimili a la institució matrimonial; el pacte no crea estat civil ni cap inscripció al Registre Civil (fet que no exclou que puguin existir registres «administratius» d'unions de fet); en el cas que existeixi un estatut legal de drets, deures i obligacions, no és tan complet com ocorre en el matrimoni; relacions sexuals, però el fet que els convivents no mantinguin relacions sexuals de manera temporal o permanentment, llevat que aquesta circumstància pugui integrar altres possibles formes de convivència (unitats domèstiques, titular d'un dret d'habitació, allotjament compartit, pactes d'ajuda mútua o d'acollida de persones grans, etc.), no incideix en la qualificació del supòsit; *affectio maritalis* (en el Dret romà, l'*affectio maritalis* no era un requisit en el concubinat, i en la doctrina es discuteix si la intenció de mantenir una relació estable i duradora ha de configurar o no la unió de fet, havent de limitar-se l'interpretar a la mera presumpció o bé considerar-la implícita o neutra o no essencial); absència d'impediments per al matrimoni, però, com evidencien certes regulacions legals, també poden donar-se situacions de convivència de fet en les quals els convivents tenen algun impediment; unitat de la relació (si es manté una relació en comú amb diverses persones, no és possible reconèixer l'existència d'una unió de fet, encara que, amb tot, la unió de fet no implica deure de fidelitat en



el sentit que normalment s'espera, atribueix o qualifica per referència a l'estatus matrimonial).

Al seu torn, el Tribunal Suprem (TS) es refereix a aquelles parelles de fet o unions *more uxorio* que, «*quan reuneixen determinats requisits —constitució voluntària, estabilitat, permanència en el temps, amb aparença pública de comunitat de vida semblant a la matrimonial—*», mereixen el reconeixement com «*una modalitat de família*» (STS de 12 de setembre de 2005, FJ, amb remissió a les SSTs de 12 de setembre de 2002 i de 17 de juny de 2003, FJ 2).

En les normes legals, els requisits indicats poden ser més o menys explícits i detallats. D'altra banda, a causa de la pressió i les peticions de l'opinió pública, la regulació de les parelles de fet ha rebut l'atenció creixent dels poders públics en l'àmbit civil i en altres àmbits jurídics (per exemple, en relació amb la Seguretat Social, el Dret del treball, el Dret de la funció pública i el Dret tributari). En la doctrina, es qualifica de paradoxal la voluntat de molts convivents de viure al marge del Dret, però reivindicant, a l'empara del principi de no discriminació, un nombre creixent de drets (MALAURIE i AYNÉS, 2011: 176), o el que és el mateix, «*el rebuig al matrimoni i el contradictori desig que les seves regles s'apliquin a les relacions de parella*» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2011: 647).

La cohabitació estable entre dues persones en unió de fet difereix radicalment del matrimoni en la funció de revelar el contingut jurídic-relacional de la parella i davant de tercers; la determinació i acreditació del supòsit és menys formal i inequívoca que en el cas del matrimoni, i la gran varietat de tipus de convivència impedeix conèixer si la convivència elegida comporta les conductes i expectatives tipus inherents a la unió matrimonial.

Davant d'un model únic matrimonial, àmpliament regulat per les normes legals i d'indubtable valor institucional, considerat com element nuclear de la família i cèl·lula social, es troba la pluralitat de models i situacions pròpies a les unions de fet, que es configuren com a models més oberts, flexibles i lliures, així com més o menys regulats o, en certs casos, gens regulats per l'ordenament.

D'altra banda, com evidencien, per exemple, les legislacions holandesa i fran-

cesa, el fet que el legislador reguli les unions de fet o el pacte civil de solidaritat no exclou, en absolut, la vigència i existència d'unions de fet al marge de la regulació legal. En resum, davant de la pluralitat de situacions possibles de convivència *more uxorio* no matrimonial, no es poden fer generalitzacions globalitzadores sobre «les» conseqüències de viure en parella a partir d'un model únic, i si es fes així, seria un error (COONITZ, 2006: 389).

Segons dades de l'INE (Informe de 12 de desembre de 2013), entre els anys 2001 i 2011, el nombre de «*parelles de Dret*» va augmentar en gairebé un milió i arriba a les 9.806.022, mentre que el de «*parelles de fet*» ha incrementat un 195,8 % i se situa en 1.667.512. En els deu últims anys, s'ha produït un increment molt significatiu del nombre de parelles de fet. Així, en les parelles de fet amb els dos membres solters, l'increment ha estat del 249,5 %. I en les d'un altre tipus, del 136,4 %. A aquests efectes, l'INE defineix aquests col·lectius de la manera següent: «*Dues persones formen una parella de Dret quan, essent parella, pertanyen tots dos a la categoria de casats segons la variable estat civil*». I també: «*Dues persones formen una parella de fet quan, essent parella, alguna de les dues persones no pertany a la categoria de casats segons la variable estat civil*».

En el nostre Dret positiu postconstitucional, a grans trets, la regulació de les unions matrimonials i extramatrimonials, de diferent o del mateix sexe, ha passat per diverses fases i ha sofert modificacions successives

En la societat catalana, segons *l'Enquesta demogràfica 2007* (2010: 29), de l'Institut d'Estadística de Catalunya (Idescat), més de la meitat de la població de 15 anys o més conviu amb el seu cònjuge; hi ha un 1,32 % de persones que manifesten tenir cònjuge però sense convivència. En relació amb les parelles de fet, el 9,9 % de la població declara conviure amb la parella, mentre que el 2,3 % té parella estable sense convivència. Una de cada tres persones d'aquestes edats respon no tenir parella. Els principals motius pels quals la població amb cònjuge o parella no conviu

a la llar són, fonamentalment, raons econòmiques (24 %), per preservar la independència (16,4 %) i per raons d'habitatge (7,6 %).

III. ETAPES REFERENTS AL RECO- NEIXEMENT I LA REGULACIÓ LEGAL DE LES UNIONS DE FET

En relació amb les unions de fet i la seva regulació jurídica, el legislador competent pot adoptar tres posicions diferents no necessàriament incompatibles entre si:

- a) No regular-les en absolut, deixant plena llibertat als interessats per organitzar la seva convivència, essent els òrgans jurisdiccionals els encarregats de resoldre els conflictes que, si escau, puguin plantejar-se (unions lliures, «anòmiques», «alegals» però legítimes i no positivades o juridificades). Aquest supòsit no implica que la lliure decisió de viure al marge no pugui ser generadora de responsabilitats.
 - b) Sancionar-ne l'existència en certs supòsits o mantenir una postura clarament prohibitiva; fins i tot, en algun moment històric i segons el supòsit, penalitzar-les, solució que experimenta un clar retrocés.
 - c) Reconèixer-les legalment i regular-les, de manera més o menys àmplia, tant respecte de la constitució, reconeixement i extinció, com en relació amb l'estatus jurídic amb previsió d'efectes jurídics personals i materials i, en certs àmbits o supòsits, atribuir-los efectes equiparables al matrimoni. El que antecedeix en el cas ben entès que una equiparació completa o gairebé completa entre les dues situacions impediria la distinció entre les dues figures i trencaria el significat genuí, fonament i naturalesa de la institució tradicional i bàsica. No obstant això, aquesta solució no tanca generalment el sistema, perquè encara poden existir determinades unions de fet no incloses en l'àmbit material d'aplicació de la norma.
- En el nostre Dret positiu postconstitucional, a grans trets, la regulació de les unions matrimonials i extrama-



rimonials, de diferent o del mateix sexe, ha passat per diverses fases i ha sofert modificacions successives (GARRIDO MELERO, 2013, l: 97-98):

- a) En una primera fase, es transforma el monopoli matrimonial per mitjà de la Llei de 7 de juliol de 1981, de reforma parcial del Codi civil, per la qual es modifica la regulació del matrimoni al Codi civil espanyol i es determina el procediment que cal seguir en les causes de nul·litat, separació i divorci. L'admissió del divorci va deixar sense justificació els supòsits de parelles de fet que no podien casar-se a causa de la indissolubilitat del vincle matrimonial.

La posterior reforma del divorci en la denominada «Llei del divorci exprés» (Llei 15/2005, de 8 de juliol, per la qual es modifiquen el Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci) va suposar l'ampliació de l'àmbit de llibertat dels cònjuges per sol·licitar la dissolució del vincle matrimonial, en fer-se dependre la continuació i vigència del matrimoni de la voluntat constant dels dos cònjuges, sense que el demandat pugui oposar-se per motius materials.

- b) En una segona fase, el principi de no discriminació per raó de sexe i la ruptura del model matrimonial com a model exclusiu de família va comportar que les parelles d'un i altre sexe afecta-

des reclamessin cert *status quo* i una possible homologació amb la relació matrimonial. El reconeixement jurídic d'aquestes situacions en la legislació estatal i autonòmica, per tal d'atendre finalitats molt diverses, es va produir de manera aïllada, gradual i dispersa.

Per exemple, en la Llei de 13 de maig de 1981, l'art. 320 CC al·ludeix a la «convivència marital» amb una persona diferent de l'altre progenitor com un dels supòsits que legitimen la sol·licitud a l'autoritat judicial per concedir l'emancipació dels fills majors de setze anys que la sol·licitin.

En termes més amplis es posicionen: la Llei 29/1994, d'arrendaments urbans (art. 94), que reconeix el dret de subrogació de l'arrendament per mort de l'arrendatari tant respecte del cònjuge convivent amb el finat com de la persona que «hagués estat convivent amb l'arrendatari de manera permanent en anàloga relació d'afectivitat a la del cònjuge, amb independència de l'orientació sexual, durant almenys els dos anys anteriors al temps de la mort, llevat que haguessin tingut descendència en comú, cas en el qual n'hi haurà prou amb la mera convivència»; en el Codi penal (Llei orgànica 10/1995, de 23 de novembre), s'assimila la circumstància mixta de parentiu al cònjuge o a la «persona a qui estigui lligat de manera estable per anàloga relació d'afectivitat», i en la Llei concursal 22/2003,

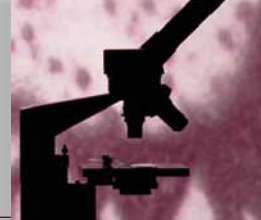
de 9 de juliol, entre altres interessats, es qualifica de persones especialment relacionades amb el concursat «la seva parella de fet inscrita o les persones que hi visquin amb anàloga relació d'afectivitat o haguessin viscut habitualment amb ell en els dos anys anteriors a la declaració de concurs».

En els drets civils autonòmics, també es van introduir determinades previsions. Com a exemple, per tractar-se d'un dels drets civils més sensibles a aquestes qüestions i sense pretendre esgotar tots els supòsits previstos pel legislador, cap referir-se a l'evolució històrica del Dret civil català en els termes següents:

- En el Codi de successions (Llei 40/1991, de 30 de desembre), es va excloure la quota vidual en cas que el vidu o la vídua contragués matrimoni o per la «convivència marital amb altra persona» (art. 384 CS).
- L'al·lusió a l'home i la dona que visquin maritalment amb caràcter estable apareix prevista en el supòsit d'adopció conjunta de l'art. 20 de la Llei 37/1991, de 20 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció.
- La delació de la tutela dativa en favor del «membre de la parella que hagi viscut amb el pare o la mare del menor o incapacitat i amb aquest durant un període mínim de cinc anys de manera estable i permanent» es troba prevista a l'art. 12 de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars.
- Per últim, la Llei 8/1993, de 30 de setembre, exclou els drets derivats de l'any de dol entre cònjuges quan el vidu o la vídua contreia matrimoni o «passava a viure maritalment amb una altra persona» (art. 11).

- c) En una tercera fase (a partir de l'any 1994), l'intent de regular les parelles de fet es troba en diverses proposicions d'abast estatal procedents de diversos grups parlamentaris que no van fructificar i es van crear registres municipals *ad hoc* d'unions civils no matrimonials





en diversos ajuntaments repartits per tot el territori espanyol (EZQUERRO UBERO i LÁZARO GONZÁLEZ, 2007: 48 i seg.; MARTÍN-CASALS, 2000: 1160-1161; AMUNÁTEGUI, 2011: 745-747; CASTILLO, 2013). D'altra banda, encara que en la doctrina s'ha criticat l'abandonament del legislador civil estatal en aquesta matèria i s'advoca per una llei estatal sobre la matèria, la conveniència o oportunitat és controvertida i, en qualsevol cas, han de respectar-se les competències de les CA amb competència exclusiva en el Dret civil propi (AMUNÁTEGUI, 2011: 657-659; PARRA LUCÁN, 2012: 291).

- d) Pel que fa a la legislació autonòmica, el legislador català va ser el primer a introduir una llei reguladora de les unions de fet (GARRIDO MELERO, 2005: 44-50; GARRIDO MELERO, 2013, l: 101 i seg.). La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, va ser una llei pionera en l'àmbit de l'ordenament jurídic hispànic i ha tingut una gran influència en totes les altres legislacions.

La Llei 10/1998 eludia referir-se al caràcter familiar de les unions estables de parella, però aquesta exclusió va ser corregida en lleis posteriors. Així, la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar, va legitimar els components de les unions estables de parella regulades a la Llei 10/1998 per instar la mediació «familiar» (art. 5.1-2n), i la Llei 18/2003, de 4 de juliol, de recolzament a les famílies, va incloure entre els destinataris els convivents segons la Llei 10/1998.

En diversos supòsits, el Codi de família (modificat per la Llei 3/2005) assimilava les parelles matrimonials amb les no matrimonials: en matèria d'adopció (parelles formades per «home i dona» (art. 115.2); adopció de menors no emancipats en el cas dels fills del cònjuge o consentiment per a l'adopció a prestar pel cònjuge «o de persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment amb caràcter estable» [arts. 117.1.a) i 122.1, respectivament]; extinció del parentiu entre l'adoptant o adoptat i la seva família d'origen, excepte en els casos d'adopció d'un fill o filla del cònjuge o de «persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment amb caràcter estable» (art. 127.2); extinció de la potestat per l'adopció del fill o

filla, excepte que ho sigui pel cònjuge o de «la persona de sexe diferent amb qui l'adoptant conviu maritalment de forma estable» [art. 158.b)], i la mateixa persona era igualada al cònjuge en els casos de tutela dativa (art. 179.1).

Amb la integració del Dret de família en el nou Codi civil de Catalunya (Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família), la regulació de la convivència estable de parella ha quedat incorporada al llibre segon (arts. 234-1 a 234-14 CCCat) i disposa d'un estatut propi dins de la regulació general de la família de manera semblant però, en qualsevol cas, menys ple o complet que el previst per al matrimoni.

La iniciativa legislativa catalana cristallitzada en la Llei 10/1998 va comportar una multiplicació, o «fúria legislativa», de regulacions autonòmiques sobre parelles no casades (GARRIDO MELERO *dixit*, 2013, l: 129).

En uns casos, les normes van ser dictades per legisladors autonòmics competents per legislar en matèria civil (Catalunya, Aragó, Navarra, Balears, País Basc, Galícia i València). Segui com sigui que aquestes normes legislatives s'han aprovat en l'exercici de les competències en legislació civil pròpies d'aquestes Comunitats, la regulació específica, com també succeeix amb la resta de normes civils de Dret de família, successori o d'una altra índole, forma part de l'ordenament civil respectiu. Pel que fa a la Llei 5/2012, de 15 d'octubre, d'unions de fet formalitzades de la Comunitat Valenciana (derogatòria de la Llei 1/2001, de 6 d'abril, de la Generalitat, per la qual es regulen les unions de fet), el Govern central (Acord de 12 de juliol de 2013) ha impugnat aquesta norma davant el TC en recurs admès el 10 de setembre de 2013, havent-se aixecat la suspensió, excepte l'art. 14, relatiu als drets hereditaris, mitjançant la Interlocutòria del TC 280/2013, de 3 de desembre de 2013.

En altres supòsits, a l'empara de diferents títols competencials, també s'han aprovat, per part de la pràctica totalitat de les CA, amb o sense competències en legislació civil, determinades normes o es van crear registres municipals d'unions de fet, en general, amb la finalitat de fer constar l'existència de la unió, especialment perquè els convivents poguessin gaudir de determinats drets

o avantatges de Dret públic administratiu, encara que, en aquests casos, com es desprèn clarament de la STC 81/2013, d'11 d'abril de 2013, si la norma incideix en qüestions pròpies de la legislació civil, aquestes previsions poden ser declarades inconstitucionals pel fet de no respectar la distribució material de competències (en la doctrina, vegeu, entre d'altres, EZQUERRO UBERO i LÁZARO GONZÁLEZ, 2007: 51 i seg.; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ i CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2011: 641 i seg.; PLAZA PENADÉS, 2012; GARRIDO MELERO, 2013, l: 122 i seg.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013: 297; COCA PAYERAS, 2014: 29 i seg.; PARRA LUCÁN, 2012: 295; SERRANO DE NICOLÁS, 2013: 4; SERRANO DE NICOLÁS, 2014: II-III).

Pràcticament en la totalitat de les CA es van aprovar normes o es van crear registres municipals d'unions de fet.

L'objectiu: fer constar l'existència de la unió perquè els convivents poguessin gaudir de determinats drets o avantatges de Dret públic administratiu

Pel que fa al legislador estatal, encara que existeixen abundants normes legals que es refereixen a les unions en diferents àmbits i matèries, per ara no existeix en el Dret civil comú una regulació de les unions estables de parella, però la promulgació de normes especials referents a aquestes unions evidencia que «el legislador estatal no ignora la figura; simplement s'ha negat fins ara a donar-li un tractament legislatiu sistemàtic i integral» i, si escau, «sigui quina sigui la regulació de les parelles que finalment s'introdueixi, ha de quedar clar que les "conductes estratègiques" dels ciutadans sotmesos a l'ordenament jurídic espanyol han de situar-se en el marc emparat per la Constitució» (GARCÍA RUBIO, 2006: 116 i seg.).

L'absència d'una norma estatal civil condueix a la necessitat d'acudir a la construcció jurisprudencial que interpreta i complementa els efectes jurídics inherents als convivents en parella de fet, però el panorama jurisprudencial, centrat principalment en la solució de qüestions sorgides a causa de l'extinció de la parella de fet, no destaca per la sistematització i



uniformitat de criteris. En la doctrina, es denuncien els vaivens jurisprudencials, que «*basculen entre l'estricta rigor en el reconeixement de drets i la màxima benevolència*» (GARCÍA RUBIO), però, per part dels Tribunals, s'insisteix a resoldre *ad casum* (vegeu LÓPEZ AZCONA, 2002).

De la doctrina constitucional en resulta que en cap cas la unió estable de parella pot considerar-se una nova forma de matrimoni, ni la unió i el matrimoni poden considerar-se realitats equivalents

En efecte, davant de les reclamacions en el moment de l'extinció de la unió de fet, el TS assenyala que «*la jurisprudència d'aquesta Sala ha tingut en compte cas per cas i a l'especialitat de cadascun li ha aplicat la solució més justa*» (STS de 17 de gener de 2003, amb doctrina reiterada en les SSTS de 5 de febrer i de 23 de novembre de 2004). En aquest àmbit es pretén «resoldre en Justícia», criteri que no està present en decisions d'una altra índole, per exemple, en decisions sobre qüestions patrimonials, però aquesta opció «*introdueix un perillós vehicle per trencar la seguretat jurídica, atenció els jutges als seus criteris i opinions personals, provocant sentències dissemblants i contradictòries*» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2011: 549 i seg.).

Com afirma el TS (STS de 17 de juny de 2003), excepte en l'admissibilitat general dels pactes expressos o tàcits (*facta concludentia*) amb acolliment de solucions de comunitat de béns (STS de 4 de juny de 1998) o de societat irregular *ad exemplum* (SSTS de 18 de maig de 1992, de 18 de febrer de 1992 i de 18 de març de 1995), i, es pot matisar, sense perjudici que correspongui decidir en funció de la concreta legislació vigent reguladora de les unions de fet i, si escau, del pacte que procedeixi, ha procurat ajustar-se a les peculiaritats casuístiques, «*fet que ha donat lloc a solucions diverses, no necessàriament renyides entre si. I en aquest sentit, deixant de banda admissió hipotètiques* (Sentències 27 maig, 20 octubre i 24 novembre 1994), cal destacar les Sentències de 13 de juny de 1986, que aplica el principi de la bona [fe] i la sanció de l'abús del dret en sintonia amb una interpreta-

ció en consonància amb la realitat social; 11 de desembre de 1992, que va aplicar la doctrina de l'enriquiment injust; 16 de desembre de 1996, indemnització de danys i perjudicis de l'art. 1902 CC en atenció al fet que hi va haver promesa de matrimoni, i aplicació analògica de l'art. 96 en relació amb el 4t.1 ambdós del Codi civil pel que fa a l'ús de l'habitatge familiar; 10 de març de 1998, principi de protecció del convivent més dèbil, que també es menciona en la de 27 de març de 2001 i es ratifica en la de 17 de gener de 2003; 27 de març de 2001, que al·ludeix a les doctrines de l'enriquiment injust, aplicació analògica de pensió compensatòria de l'art. 97 CC i principi de protecció del convivent perjudicat, i 5 de juliol de 2001 i 16 de juliol de 2001, sobre aplicació analògica de l'art. 97 CC» (FJ 2) (per a una síntesi de la doctrina del TS, vegeu MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013: 297-300; PARRA LUCÁN, 2012: 328 i seg.).

IV. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CONVIVÈNCIA DE LA PARELLA EN UNIÓN DE FET

Malgrat el reconeixement social i legal de les parelles de fet al nostre ordenament, a no ser que les unions estables de parella es considerin com una forma àmplia de matrimoni, tesi rebutjada per la doctrina majoritària i la jurisprudència, de conformitat amb la reiterada doctrina constitucional, el matrimoni i la unió estable no són realitats equivalents.

De la mateixa doctrina constitucional també es desprèn que, excepte en allò que afecti l'ordre públic o incideixi en perjudici de tercers, en les unions de fet, per tal que no s'atempti contra principis constitucionals bàsics, decididament ha d'imperar el principi de llibertat; per això, la regulació legal de la convivència que pugui promulgar-se ha de partir del principi d'intervenció mínima del legislador competent, i el legislador haurà de reconèixer i respectar en grau màxim la llibertat de configuració de la convivència adoptada pels membres de la parella.

Partint de la doctrina constitucional sobre les unions estables de parella, formulant les preguntes oportunes, es poden deduir les respostes, els principis o les idees clau següents:

1. Pot considerar-se la convivència extramatrimonial una realitat «equivalent» a la matrimonial?

NO. De la doctrina constitucional en resulta que en cap cas la unió estable de parella pot considerar-se una nova forma de matrimoni, ni la unió i el matrimoni poden considerar-se realitats equivalents.

La STC 93/2013, de 23 d'abril, recorda la doctrina de la STC 184/1990, de 15 de novembre, FJ 3, i afirma que «*en la Constitució, el matrimoni i la convivència extramatrimonial no són realitats equivalents. El matrimoni és una institució social garantida per la nostra norma suprema, i el dret a contreure'l és un dret constitucional (art. 32.1), el règim jurídic del qual correspon a la llei per mandat constitucional (art. 32.2), mentre que res «d'això ocorre amb la unió de fet more uxorio, que ni és una institució jurídicament garantida ni hi ha un dret constitucional exprés al seu establiment»⁽³⁾*».

Encara que no sempre ha estat així, aquesta tesi també s'acull en la doctrina civil del TS. La STS de 6 d'octubre de 2011 (Civil, sec. 1a, ponent Roca i Trias) rebutja qualsevol possible assimilació analògica entre les unions de fet i el matrimoni amb l'argumentació següent:

En la STS 611/2005, de 12 setembre, que proclama: a) «[...] que la unió de fet és una institució que no té res a veure amb el matrimoni —STC 184/1990 i la 222/92, per totes—, encara que les dues estiguin dins del Dret de família. Encara més, ara per ara, amb l'existència jurídica del matrimoni homosexual i el divorci unilateral, es pot proclamar que la unió de fet està formada per persones que no volen, en absolut, contreure matrimoni amb les conseqüències que suposa»; b) «Per això s'ha de fugir de l'aplicació per analogia legis de normes pròpies del matrimoni com són els arts. 97, 96 i 98 CC, doncs aquesta aplicació comporta inevitablement una penalització de la lliure ruptura de la parella i, més especialment, una penalització al membre de la unió que no en desitja la continuïtat. Costa imaginar res més paradoxal que imposar una compensació econòmica per la ruptura a qui precisament mai va voler acollir-se al règim jurídic que preveu aquesta compensació per al cas de ruptura del matrimoni per



separació o divorci». Aquesta Sentència ha estat seguida d'altres, especialment les 160/2006, de 22 febrer; 1048/2006, de 19 octubre, i 240/2008, de 27 març, Sentència aquesta a la qual ens referim a continuació. D'acord amb això, aquesta Sala ha abandonat algunes postures que la STS 611/2005 esmentada anomena «dissemblants», per acollir-se a la no aplicació per analogia a les parelles no casades de les normes reguladores dels efectes del matrimoni i el divorci (FJ 3).

En resum, les parelles estables unides per una relació afectiva responen a una determinada realitat social que l'ordenament pot reconèixer des de diverses perspectives, però això no implica per se la plena equiparació amb el matrimoni. Això no és impediment perquè, en ocasions, en la legislació especial, en la doctrina i, de vegades, en la jurisprudència, es produeixi certa assimilació d'estatus per regular o resoldre qüestions jurídiques referents a les unions de fet.

Com assenyala AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2011: 646), pot estar-se d'acord en què matrimoni i unions de parella no són realitats equivalents, fet que permet un tractament jurídic diferenciat, però és més difícil sostenir que no es tracta «d'una institució que no té res a veure amb el matrimoni». Per a GARRIDO MELERO (2013, l: 140-141), «no pot assimilar-se, almenys des del punt de vista del Dret privat, l'estatut del cònjuge amb el del convivent, ja sigui un dels previstos en la llei o no, de manera que la normativa prevista per a la relació matrimonial no ha d'estendre's als convivents, sempre que aquesta no es basi en la protecció i defensa de la família. Si volem conservar el matrimoni com a institució independent, hem de dotar d'un "valor afegit" el fet de contreure'l, en resum, d'una institució que generi deures i drets independents a la mera convivència. I aquestes diferències ens sembla que van més per la via del Dret privat que del Dret públic».

En sentit favorable a incardinar formalment les unions de fet com una subforma matrimonial es posiciona el vot particular a la STC 93/2013, de 23 d'abril, formulat pel Magistrat Manuel Aragón Reyes, al qual s'adhereix el Magistrat Ramón Rodríguez Arribas. En aquest vot, se sosté que la literalitat de l'art. 149.1.8 CE, que es refereix a la competència ex-

clusiva de l'Estat sobre les «formes de matrimoni», «no impedeix entendre que el terme matrimoni que empra el precepte constitucional ha de comprendre qualsevol altra regulació jurídica de les parelles estables lligades per una relació d'afectivitat anàloga a la conjugal, encara que aquesta altra institució jurídica no porti, és clar, el nomen iuris de matrimoni (però compleixi la mateixa funció social de la institució matrimonial)». Si s'acceptés aquesta tesi, opció interpretativa que fins ara ha estat negada reiteradament en seu constitucional, és evident que la regulació de les «formes» de les unions de fet recauria exclusivament en l'Estat.

2. *Són admissible les diferències de tractament legal entre el matrimoni i les unions de fet? A contrari sensu, poden equiparar-se, en determinats àmbits legals o situacions, els efectes de les unions legals amb els del matrimoni?*

Sí, en els dos casos.

La primera qüestió s'ha suscitat amb relativa freqüència en relació amb la meritació de pensions de viduitat. A aquests efectes, el TC assenyala que: «En efecte, constatat que el matrimoni i la convivència extramatrimonial no són situacions jurídicament equivalents, el legislador, dins de la seva llibertat de decisió, pot deduir raonablement conseqüències de la diferent situació de partida (SSTC 184/1990, de 15 de novembre, FJ 3; 21/1991, de 14 de febrer, FJ 2, i 199/2004, de 15 de novembre, FJ 4, entre d'altres)» (STC 93/2013, FJ 5). En conseqüència, no és constitucionalment exigible una equiparació o igualtat de tractament ex art. 14 CE (interlocutòries 156/1987, d'11 de febrer, i 788/1987, de 24 de juny).

En relació amb l'art. 14 CE, la STC 184/1990 afirma que: «El que no reconeix la Constitució és un pretès dret a formar una unió de fet que, per imperatiu de l'art. 14, sigui creditora al mateix tractament — singularment, per al que ara importa, en matèria de pensions de la Seguretat Social — que el dispensat pel legislador als qui, exercitant el dret constitucional de l'art. 32.1, contreguin matrimoni i formalitzin així la relació que, com a institució social, la Constitució garanteix» (FJ 3).

Aquesta doctrina se segueix en les SSTC 29, 30, 31, 35 i 38/1991, de 14 de

febrer (FFJJ 1 i 2), referides a supòsits anàlegs en què, addicionalment, la part recurrent oposava com a motiu del recurs la lesió dels arts. 50 (STC 29/1991), 41 (STC 30/1991), 42 (STC 35/1991) i 9.2, 41 i 50 (STC 38/1991) de la CE, però el TC recorda que els arts. 39.1, 41, 9.2 i 50 CE queden fora dels drets protegits pel recurs d'empara, no essent per si sols susceptibles de fundar aquest recurs, per la qual cosa els recursos han de contemplar-se, fonamentalment, en connexió amb el dret fonamental d'igualtat (art. 14 CE).

En resum, per respondre a realitats diferents, les possibles diferències de tractament que rebi la regulació legal o l'absència de normativa legal respecte de tots o determinats aspectes referents a les unions de fet no poden considerar-se contràries als arts. 14, 16.1 (Interlocutòria 156/1987, FJ 2) i 32.1 CE.

Pel que fa a la possible «igualtat de tractament» entre les unions de fet i el matrimoni en determinats àmbits o situacions, el TC adverteix que la conclusió anterior «no s'altera pel fet que en altres supòsits molt diferents al de la pensió de viduitat el legislador hagi equiparat al cònjuge l'"anàloga relació d'afectivitat" [arts. 11 i 18 del Codi penal; art. 3.a) de la Llei orgànica 6/1984, de 24 de maig, de procediment d'habeas corpus; art. 10 de la Llei 5/1984, de 26 de març, de regulació del dret d'asil i de la condició de refugiat, i, amb expressions equivalents, art. 391.1 de la LOPJ i art. 101 del Codi civil]. Aquests supòsits no admeten comparació amb el que ara ens ocupa, doncs els preceptes que els recullen persegueixen fins i protegeixen valors i interessos ben diferents, fet que n'impedeix el contrast amb la prestació de Seguretat Social aquí examinada. A tot estirar, els preceptes legals esmentats són indicatius del fet que les relacions permanents d'afectivitat anàlogues a la matrimonial comencen a ser ateses en casos determinats i peculiars i dotades de certs efectes per l'ordenament jurídic...» (STC 184/90, FJ 5).

En la STC 41/2013, de 14 de febrer, FJ 3, el TC afirma que l'àmplia llibertat de configuració del legislador en matèria de pensió de viduitat pel sistema públic de Seguretat Social «no resulta contrària a la Constitució, sense perjudici que, com també hem tingut ocasió d'advertir en aquesta mateixa doctrina, tampoc existeix cap obstacle constitucional al fet que el le-



gislador pugui estendre la protecció de la pensió de viduïtat a les unions de fet estables, heterosexuals o homosexuals: "és cert també que el legislador podria estendre a les unions estables de fet, almenys en determinades condicions, els beneficis de la pensió de viduïtat. Extensió que no resulta vedada de cap manera per l'art. 14 ni trobaria obstacles als arts. 32 i 39 de la Constitució. El legislador disposa d'un ampli marge de llibertat en la configuració del sistema de Seguretat Social i en l'apreciació de les circumstàncies socioeconòmiques de cada moment a l'hora d'administrar recursos limitats per atendre a un gran nombre de necessitats socials (per totes, SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1987, FJ 5, i 97/1990, FJ 3). En aquest sentit, l'opció de requerir l'existència d'un vincle matrimonial previ per tenir dret a una pensió de supervivència no és l'única constitucionalment possible, per la qual cosa és legítim propugnar que l'actual pensió de viduïtat sigui estesa pel legislador a les 'unions estables de fet' (STC 184/1990, FJ 3), 'siguin o no heterosexuals' (ATC 222/1994, d'11 de juliol, FJ 2). En resum, "haurà de ser, si escau, el legislador qui decideixi procedir a aquesta extensió, amb els requisits i en els termes que es considerin pertinents i en el marc d'una ordenació nova i coherent de la pensió esmentada, especialment si la convivència estable sense vincle matrimonial s'instal·la com una pràctica social estesa" (STC 184/1990, FJ 5)).



3. Poden qualificar-se de família les unions de fet?

Sí. De conformitat amb la realitat social i els preceptes constitucionals, el concepte de *família* és obert i no pot o ha d'identificar-se, necessàriament, per referència a la família d'origen matrimonial. En conseqüència, si escau, el sentit de *família* i la protecció constitucional que garanteix l'art. 39.1 CE englobarà tant la família matrimonial com la família resultant de les unions de fet.

Diu el TC, que sembla distingir entre unions de fet, pròpies o impròpies o excloents, que «la unió de fet pot conduir, encara que no necessàriament, a la constitució d'una família, conseqüència que la nostra jurisprudència ha vinculat, en el cas d'aquestes unions, a la seva materialització efectiva per l'existència de fills o l'existència d'una voluntat efectiva de crear-la, a diferència del que ocorre amb la família que es constitueix jurídicament en el moment de contreure matrimoni, sense perjudici d'afirmar que la protecció que garanteix l'art. 39.1 CE s'estén, si escau, a ambdues» (STC 45/1989, de 20 de febrer, FJ 4).

L'àmplia llibertat de configuració del legislador en matèria de pensió de viduïtat pel sistema públic de Seguretat Social no resulta contrària a la CE, sense perjudici que tampoc existeix cap obstacle constitucional al fet que el legislador pugui estendre aquesta protecció a altres situacions

D'altra banda, partint de la consideració essencial que en matèria d'adopció preval la preservació de l'interès del menor, a la STC 93/2013, FJ 12, el TC recorda que aquesta qüestió ja va ser resolta per la STC 198/2012, de 6 de novembre, en la qual es va admetre la possibilitat d'adopció conjunta per parelles homosexuals, per tal que es garanteixi en el procediment d'adopció aquest interès prevalent i la idoneïtat de l'adoptant o els adoptants. A més, el Jutge que coneix del procediment pot denegar-la quan sigui contrària a l'interès del menor, sigui quin sigui el motiu i després de la correcta valoració, que es

realitza mitjançant el procediment reglat pertinent. En resum, «el que de cap manera resulta constitucionalment admissible és presumir l'existència d'un risc d'alteració efectiva de la personalitat del menor pel simple fet de l'orientació sexual d'un o altre dels progenitors, criteri reiterat a la STC 198/2012, FJ 12» (STC 93/2013, FJ 12).

En sentit discrepant, vegeu vots particulars a les SSTC 198/2012 i 93/2013 del Magistrat Juan José González Rivas, que sosté que «el legislador ordinari està vinculat pels paràmetres constitucionals expressament prefixats als arts. 32 i 39 CE, dels quals s'infereix la impossibilitat de desenvolupar una relació de filiació adoptiva per dos adoptants del mateix sexe».

4. Existeixen límits legals per conviure en unió de fet?

Sí, però, en qualsevol cas, ha de partir-se del reconeixement de l'ampli marge de llibertat que ofereix el marc constitucional vigent per organitzar la convivència de la parella en unió de fet.

Sense perjudici de tornar més endavant sobre aquesta qüestió, en aquest moment n'hi ha prou amb posar en relleu que, d'una banda, el legislador competent ha de respectar el lliure desenvolupament de la personalitat dels qui desitgin formar una unió estable de parella (art. 10.1 CE) i el dret a la intimitat personal (art. 18.1 CE) i, d'altra banda, els límits es troben en el respecte dels drets fonamentals, la moral i l'ordre públic.

Afirma el TC que «l'Estat no pot imposar una opció o limitar les possibilitats d'elecció, excepte en virtut dels condicionaments que pogueu resultar de les normes d'ordre públic intern (SSTC 184/1990, de 15 de novembre, FJ 3, i 51/2011, de 14 d'abril, FJ 8). El lliure desenvolupament de la personalitat quedaria afectat tant si els poders públics tractessin d'impedir o de reprimir la convivència more uxorio com si tractessin d'imposar l'establiment, contra la voluntat dels components de la parella, d'un tipus de vincle determinat no assumit de comú acord per aquests, "de manera que aquell tipus de convivència no formalitzada es veiés exposada a una costosa i penosa sort o a suportar sancions legals de qualsevol índole" (STC 184/1990, de 15 de novembre, FJ 2)» (STC 93/2013, FJ 7).



El dret a la intimitat personal que l'art. 18.1 CE garanteix «és un dret al secret, a ser desconegut, a que els altres no sàpiguen què som o què fem, vedant que tercers, siguin particulars o poders públics, decideixin quins són els límits de la nostra vida privada, podent cada persona reservar-se un espai resguardat de la curiositat aliena, sigui el que sigui que contingui aquest espai» (SSTC 127/2003, de 30 de juny, FJ 7, i 89/2006, de 27 de març, FJ 5)» (STC 173/2011, de 7 de novembre, FJ 2). «Òbviament, aquest dret no és absolut, podent cedir i produir-s'hi una immissió, d'una banda, en virtut del consentiment eficaç del subjecte particular, en la mesura en què correspon a cada persona acotar l'àmbit d'intimitat personal i familiar que reserva del coneixement aliè (SSTC 83/2002, de 22 d'abril, FJ 5, i 196/2006, de 3 de juliol, FJ 5), i, de l'altra, quan la ingerència es fonamenta en la necessitat de preservar l'àmbit de protecció d'altres drets fonamentals o altres béns jurídics constitucionalment protegits (STC 159/2009, de 29 de juny, FJ 3)» (STC 93/2013, FJ 8).

En relació amb el recurs contra la Llei Foral navarresa de 6/2000, el TC afirma que aquesta norma «ha estat respectuosa amb la intimitat dels qui integren una unió de fet, ja que, en definir la parella estable a efectes de la seva aplicació, l'ha caracteritzada no només com a unió lliure, sinó també "pública", adjectiu que implica que els qui integren la parella han realitzat professió públicament de la seva condició de parella estable, portant a terme actes externs demostratius de l'existència entre ells d'una relació d'afectivitat anàloga a la conjugal. No es pot entendre vulnerat, per tant, el dret a la intimitat personal, perquè aquesta manifestació pública de l'existència de la parella estable implica, d'acord amb la doctrina que ja ha quedat exposada en el fonament anterior, un consentiment per part d'aquests en relació a permetre el coneixement aliè d'una part de la seva intimitat, fet que exclou la vulneració de l'art. 18.1 CE per ingerències il·lícites en aquesta» (STC 93/2013, FJ 9).

D'altra banda, la llibertat de configuració de la relació s'admet en grau màxim: «El marc de l'autonomia privada dels components de la parella és el poder de governar-se lliurement en l'esfera jurídica d'aquest espai propi, ordenant per si mateixos el seu àmbit privat, el conjunt de drets, facultats i relacions que ostentin, si bé dins de certs límits imposats per l'ordre social, doncs l'autonomia privada no és una regla

absoluta». Els «límits» als quals es refereix el TC superen els previstos al propi art. 1255 CC (lleis, moral i ordre públic), ja que «en nom de la seva llibertat individual, poden desenvolupar les seves relacions —abans, durant i en extingir-se aquesta unió— conforme als pactes que considerin oportuns, sense més límits que els imposats per la moral i l'ordre públic constitucional, i aquesta llibertat ha de ser respectada per l'ordenament jurídic en qualsevol cas, llevat que el fet d'exercitar-la pugui entrar en conflicte amb valors constitucionals superiors que en justifiquin la constricció» (STC 93/2013, FJ 7); així mateix, l'autonomia personal «no és una regla absoluta» i ha de respectar-se l'ordre públic intern (FJ 8). Com adverteix MARTÍN-CASALS (2013: 30), cal observar que «entre aquests límits ha desaparegut la llei, per la qual cosa ha de deduir-se que, per llei, no pot alterar-se aquest contingut essencial (Wesensgehalt, art. 53.1 CE) del dret fonamental que es crea». Amb tot, en l'àmbit material, l'aplicació, si escau, de la llei material que procedeixi haurà de referir-se al model tipus previst en la norma aplicable.

Amb anterioritat a aquesta Sentència, la possibilitat d'excloure totalment l'aplicació de la regulació sobre unions estables de parella i poder alliberar-se del seu contingut imperatiu (*opt-out agreement*) amb els límits de l'art. 6.2 CC també havia estat defensada per la doctrina (vegeu, entre d'altres, GONZÁLEZ BOU, 2011: 531-538; PARRA LUCÁN, 2012: 317). Altres supòsits d'exclusió de la norma poden deure's al fet que es tracti de situacions que no compleixen els requisits legalment exigits per reconèixer l'existència d'una unió estable de parella (per exemple, convivència estable entre tres persones o per causa de situacions de duplictat de convivència per part de persones immigrades; vegeu VILLAGRASA ALCAIDE, 2011: 539 i seg.).

5. Es poden establir diferències de tractament per a les mares progenitores o els fills segons quina sigui la naturalesa matrimonial o extra-matrimonial de la filiació?

NO. La protecció dels fills i de les mares compromet drets i valors constitucionals diferents que han de respectar-se amb independència de la múltiple realitat material subjacent.

Ha de diferenciar-se entre les mesures que atorguin un tractament diferent

i més favorable a la unitat familiar basada en el matrimoni respecte d'altres unitats de convivència d'aquelles «altres previsions normatives que tenen com a destinataris els fills, ja que aquests són iguals davant la llei amb independència de la filiació (art. 39.2 de la Constitució) i als quals, tinguts dins o fora del matrimoni, els pares han de prestar assistència de tot tipus (art. 39.3 de la Constitució), precisament, i entre d'altres motius, perquè la seva filiació i condició de tinguts dins o fora del matrimoni és el resultat de decisions alienes a ells. I també és diferent aquell supòsit del que es refereix a la necessària protecció de les mares, qualsevol que en sigui l'estat civil (art. 39.2 de la Constitució), ja que, en aquest cas, resulten compromesos altres interessos i valors diferents als dels únics integrants de la unió estable de fet, unió que, fora d'això, en aquest cas pot perfectament no existir» (STC 184/1990, FJ 2).

6. Poden l'Estat o les CA amb competències exclusives en matèria de Dret civil propi, ex art. 149.1.8a CE, regular civilment les unions de fet?

SÍ. El legislador estatal gaudeix de competència exclusiva en legislació civil, «sense perjudici de la conservació, la modificació i el desenvolupament per les comunitats autònomes dels drets civils, forals o especials, allà on existeixin...» (art. 149.1.8a CE). Per tant, en l'àmbit de la legislació autonòmica i a l'empara del principi de garantia constitucional de foralitat civil (SSTC 88/1993 i 31/2010), el legislador foral que hagi assumit plenes competències en matèria de Dret civil especial o propi pot regular els efectes jurídics o les conseqüències derivades de la relació de les parelles que conviuen en unió de fet, i per a això disposa d'un ampli marge de lliure configuració de les diferents formes de convivència. Aquesta competència civil es fonamenta en l'art. 39 CE i no en l'art. 32 CE.

Assenyalava el TC que les «diferències evidents» entre el matrimoni i la convivència extramatrimonial, «que es posen de manifest des de l'essència mateixa d'una i altra realitats jurídiques, n'impedeixen l'equiparació conceptual, per la qual cosa no es produeix cap invasió de la competència exclusiva estatal sobre les relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni pel fet que la Comunitat Foral de Navarra hagi decidit regular les parelles estables i atribu-



ir determinades conseqüències jurídiques a les unions de fet. Es tracta, en definitiva, de situacions que reben un tractament específic i diferenciat, també a efectes competencials, que són els que, en aquest moment, interessen» (STC 93/2013, FJ 5). No obstant això, segons s'ha indicat en l'apartat 1r, discrepen d'aquesta doctrina els magistrats Aragón Reyes i Rodríguez Arribas, que defensen la competència exclusiva estatal en matèria de «formes del matrimoni», i a aquests efectes entenen que les unions de fet, encara que no portin aquest *nomen iuris*, han d'integrar-se en aquell.

La regulació de les unions de fet «s'aconsegueix articulant un règim jurídic diferent i específic per a les relacions familiars establertes a partir de les parelles estables, a les quals, complint determinats requisits, s'atorga un estatut jurídic concret, format per drets i deures, en ocasions estatuits ex lege. I, en aquest sentit, el Parlament Foral de Navarra, que certament no pot regular el matrimoni, sí està facultat para valorar el fenomen que les parelles estables suposen en el marc de les seves competències i per extreure, en el camp específic de la realitat que els correspon, les conseqüències que estimi procedents dins del seu àmbit competencial. Però això no incideix en la competència exclusiva, que correspon a l'Estat, per regular la institució matrimonial, d'acord amb l'art. 149.1.8 CE» (STC 93/2013, FJ 5). Per identitat de raó, aquesta doctrina ha d'entendre's aplicable a la resta de CA que gaudeixin de competència exclusiva en relació amb el seu Dret civil. D'altra banda, el reconeixement constitucional de la competència legislativa civil autonòmica en aquest àmbit es considera una «fita important» en matèria competencial, ja que opta «clarament per deixar de banda la coneguda doctrina de les matèries connexes, poc creïble per la seva condició de joc malabar...» (MARTÍN-CASALS, 2013: 8).

La regulació legal de les unions de fet no incideix en el «dret negatiu a no contractar matrimoni», ex art. 32.1 CE. En la STC 93/2013, el TC afirma que: «La Llei Foral no regula una forma de matrimoni, sinó les conseqüències que el legislador foral ha volgut atribuir a una situació de fet que es diferencia clarament del matrimoni, per la qual cosa no pot veure's compromès de cap manera el dret consagrat a l'art. 32.1 CE en la vessant negativa. Per contra, l'establiment d'alguna regulació d'una situació de fet re-

sulta, fins i tot, en consonància amb aquest precepte, perquè, com indiquem a l'esmentada STC 198/2012, de 6 de novembre, la interpretació efectuada per aquest Tribunal del contingut essencial de l'art. 32 CE deixa un ampli marge al legislador, no només per configurar tot allò relatiu al matrimoni, «sinó també per establir règims de convivència more uxorio paral·lels al règim matrimonial, però amb un reconeixement jurídic diferenciat, la qual cosa ha estat realitzada, fins ara, pel legislador autonòmic» (FJ 10).

El marc de l'autonomia privada dels components de la parella és el poder de governar-se lliurement en l'esfera jurídica d'aquest espai propi, ordenant per si mateixos el seu àmbit privat, el conjunt de drets, facultats i relacions que ostentin, si bé dins de certs límits imposats per l'ordre social, doncs l'autonomia privada no és una regla absoluta

No ocorre el mateix pel que fa a aquelles CA que estan mancades de competència en legislació civil. En aquest sentit, interessa referir-se especialment a la STC 81/2013, d'11 d'abril (Ple) (qüestió de constitucionalitat núm. 6760-2003, plantejada per la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid respecte als arts. 3, 4, 5, 8 i 9 de la Llei de l'Assemblea de Madrid 11/2001, de 19 de desembre, d'unions de fet, amb el vot particular del Magistrat Manuel Aragón Reyes, al qual s'adhereix el Magistrat Andrés Olle-ro Tassara), que declara la inconstitucionalitat dels arts. 4 i 5 de la Llei.

L'art. 4 de la norma regulava la convivència admetent que els membres de la unió de fet poguessin pactar vàlidament en escriptura pública els pactes que consideressin convenients «per regir les seves relacions econòmiques durant la convivència i per liquidar-les després del cessament». Entre altres detalls, la norma preveia l'existència de compensacions econòmiques amb remissió expressa a l'art. 97 CC i, a falta de pacte, presumia la contribució a les càrregues de la unió de fet en proporció als recursos dels convivents; també es preveia la nul·litat dels pactes contraris a les lleis, limitatius de la igualtat de drets que correspon a cada convivent o

greument perjudicials per a un d'ells, i declarava nuls els pactes l'objecte dels quals «sigui exclusivament personal o que afectin la intimitat dels convivents». I, respecte de l'eficàcia d'aquests pactes, fins i tot encara que estiguessin inscrits al Registro de Uniones de Hecho de la Comunitat de Madrid, només tenien efecte entre les parts signatàries, sense que, en cap cas, poguessin perjudicar a tercers.

El TC afirma que «és evident» que aquest article estableix prescripcions sobre com han de regir-se les relacions econòmiques i patrimonials de la unió de fet, per la qual cosa: «És evident, llavors, que el precepte, encara que només sigui per a les parelles que s'hagin inscrit voluntàriament al Registre (art. 1.1), contempla un règim normatiu generador d'obligacions econòmiques derivades d'aquesta situació de fet, que pertany a l'àmbit de les relacions jurídicoprivades dels membres de la unió de fet», per la qual cosa aquesta regulació «s'insereix de ple en l'àmbit de les relacions personals i patrimonials dels integrants de la unió de fet, tenint, per tant, una naturalesa pròpia de la matèria regulada pel Dret civil. El caràcter civil esmentat de la regulació que examinem es ratifica si es té en compte que determinades previsions d'aquest precepte no són més que un transsumpte de regles equivalents contingudes al Codi civil [...]. Al seu torn, la necessitat que els pactes constin en escriptura pública de l'art. 4.1 o les limitacions als pactes de l'art. 4 no són res més que translació del que es disposa als arts. 1327 i 1328 del Codi civil».

En relació amb això, el TC recorda que «les regulacions relatives a les relacions inter privatos constitueixen regles de Dret privat enquadraables en la matèria de legislació civil (STC 28/2012, d'1 de març, FJ 5), relacions inter privatos en les quals, indubtablement, s'integren els pactes de contingut econòmic i patrimonial als quals es refereixen aquests preceptes. En aquesta matèria, l'Estat ostenta, d'acord amb el primer incís de l'art. 149.1.8 CE, la competència exclusiva sobre «legislació civil; sense perjudici de la conservació, la modificació o el desenvolupament per part de les comunitats autònomes dels drets civils, forals o especials, on existeixin».

Aquesta última circumstància, l'existència prèvia d'un Dret civil foral o especial, no concorre en el cas de la Comunitat de Madrid, l'Estatuto de Autonomia de la qual



no recull cap menció a competències autonòmiques en aquest àmbit. Per tant, «com sigui que la Comunitat de Madrid no ostenta competències sobre Dret civil foral o especial, la regulació de l'art. 4 de la Llei 11/2001 se situa fora de les seves facultats legislatives i vulnera les competències de l'Estat, com s'estableixen a l'art. 149.1.8 CE, havent de ser declarat, per aquest motiu, inconstitucional i nul» (FJ 4). Ocorre el mateix amb l'art. 5, que preveia la inscripció d'aquests pactes al Registro de Uniones de Hecho de la Comunitat de Madrid. Aquesta doctrina deixa oberta la possibilitat de recórrer altres lleis promulgades per CA sense competència sobre legislació civil: Llei 4/2002, d'Astúries; Llei 5/2002, d'Andalusia; Llei 5/2003, de Canàries; Llei 5/2003, d'Extremadura, o Llei 1/2005, de Cantàbria.

Malgrat la doctrina precedent, el TC no aprecia rebuig d'inconstitucionalitat respecte dels arts. 8 i 9 de la Llei autonòmica 11/2001 esmentada, que estableixen beneficis i determinats drets i obligacions respecte de la funció pública per al personal al servei de l'Administració de la Comunitat de Madrid, i la normativa madrilenya de Dret públic, de manera que «els convivents mantindran els mateixos beneficis reconeguts a les parelles que hagin contret matrimoni» (art. 8) i la competència a aquests efectes s'empara en els títols sobre regulació del règim estatutari dels funcionaris públics (art. 27.2 de l'Estatuto de Autonomía de la Comunitat de Madrid) i execució de la legislació laboral (art. 28.1.12) (STC 81/2013, FJ 6).

En conseqüència, amb COCA PAYERAS (2014: 31) es pot afirmar que: «Les CA sense competències sobre legislació civil poden legislar equiparant els convivents en unió de fet als cònjuges en el règim del personal al servei de l'Administració de la CA i en els drets i obligacions de la normativa autonòmica de Dret públic». Conclusió que, lògicament i en relació amb les matèries expressades, és igualment predicable de les CA amb competència sobre legislació civil.

7. Pot establir la legislació autonòmica sobre unions de fet normes per resoldre conflictes de lleis en funció del veïnatge civil?

NO. L'art. 2.3 de la Llei Foral qüestionada disposava que la regulació establerta a la Llei Foral serà d'aplicació «a les parelles

estables quan almenys un dels membres tingui el veïnatge civil navarrès». Segons els recurrents, aquesta previsió vulnerava la competència exclusiva estatal prevista a l'art. 149.1.8a CE, així com els arts. 14 i 149.1.1. CE.

El TC recorda la consolidada doctrina en aquesta matèria (SSTC 72/1983, de 29 de juliol, FJ 6; 156/1993, de 6 de maig, i 226/1993, de 8 de juliol) i, en síntesi, centrant el debat exclusivament a la vista de l'art. 149.1.8a CE, assenyala que: «Aquesta és, en definitiva, una matèria totalment sotreta per l'art. 149.1.8 a l'acció normativa de les comunitats autònomes i atribuïda "en qualsevol cas" a la legislació de l'Estat» (STC 156/1993, FJ 3). És «a les Corts Generals a qui correspon l'establiment de les normes de conflicte per a la resolució de supòsits de tràfic interregional i, abans encara, la definició i regulació, en general, dels punts de connexió segons els quals han d'articular-se aquelles regles. Per tant, ha de ser l'Estat qui reguli "la manera d'adquisició i el règim jurídic del veïnatge civil (que és criteri per a la subjecció al Dret civil comú o a l'especial o foral i punt de connexió per a la determinació de la llei personal: arts. 14.1 i 16.1.1 del Codi) i disposar, també, quina serà la llei aplicable a les relacions i els actes jurídics en què intervinguin subjectes amb veïnatge civil divers"» (STC 226/1993, FJ 6).

Des del punt de vista competencial, «és al legislador foral a qui correspon determinar l'àmbit d'aplicació de les normes que aprova, si bé aquesta tasca no pot ser realitzada al marge del principi de territorialitat que limita les normes autonòmiques»

Des del punt de vista competencial, «és al legislador foral a qui correspon determinar l'àmbit d'aplicació de les normes que aprova, si bé aquesta tasca no pot ser realitzada al marge del principi de territorialitat que limita les normes autonòmiques». En aquest cas, «es fa patent» que la norma qüestionada «s'allunya d'aquesta doctrina, doncs, en establir que s'apliqui al supòsit en què un dels dos membres de la parella estable tingui veïnatge civil navarrès, determina l'àmbit personal d'aplicació d'una norma integrada en l'ordenament navarrès i disposa unilateralment, per tant,

l'eventual aplicació de la normativa de la Comunitat Foral al membre de la parella que no tingui el veïnatge civil abans esmentat [...]. En aquest sentit, amb la utilització del criteri del veïnatge civil i en constituir aquest el punt de connexió per a la determinació de l'estatut personal, és clar que es va a incidir sobre les "normes per resoldre els conflictes de lleis"» (STC 93/2013, FJ 6), de la qual cosa deriva la inconstitucionalitat i nul·litat d'aquesta norma per envair les competències que en aquesta matèria corresponen a l'Estat. Aquesta declaració d'inconstitucionalitat condueix al mateix resultat d'altres preceptes homòlegs, com els previstos a les lleis balear i basca.

La determinació de la llei aplicable a les unions de fet és una qüestió viduosa, perquè, per ara, ha d'enfrontar-se a l'absència d'una norma estatal de conflicte específica i les CA no tenen competència per establir normes de conflicte (art. 149.1.8a CE) (AMUNÁTEGUI, 2011: 683 i seg.). Segons s'examina més endavant, en l'àmbit europeu, es preveu que aquesta qüestió quedarà perfilada amb la propera aprovació del Reglament del Consell relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades, actualment en tràmit legislatiu.

Mentrestant, de *lege data*, la doctrina entorn d'aquestes qüestions es mostra molt dividida (vegeu, entre d'altres, MARTÍN-CASALS, 2000: 1157-1158; ESPÍNEIRA SOTO, 2007: 149 i seg.; GARRIDO MELEIRO, 2013, l: 139; COCA PAYERAS, 2014: 38; FRANCINO BATLLE, 2012: 386; CARRIÓN, 2012: 589-592; SOLÉ RESINA, 2013: 315) i, segons si es qualifica la unió de fet de conveni, contracte tàcit o formal, solució que sembla la més adequada, o segons si s'assimila, per analogia, la unió de fet al matrimoni, seran aplicables diferents normes de conflicte (arts. 10.5, 9.2 CC i Dlpr.).

La mateixa dificultat es presenta quan s'incideix en altres àmbits de la relació, especialment, en el successori (vegeu AMUNÁTEGUI, 2011: 689, 818 i seg.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2011: 821 i seg.; BRANCÓS NÚÑEZ, 2005: 947 i seg.; ESPÍNEIRA SOTO, 2007: 149 i seg.; FOLLIA CAMPS, 2013: 34; SERRANO DE NICOLÁS, 2014: l). En aquest supòsit, malgrat el que pugui disposar la regulació legal sobre la unió o del pacte de submissió a llei



aplicable a les unions de fet, la successió haurà de regir-se pel veïnatge civil o la llei nacional de cadascun dels convivents (art. 9.1 CC), o per la norma de conflicte aplicable a la successió [vegeu Reglament (UE) núm. 650/2012, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu, en vigor a partir del 17 d'agost de 2015], tot això sense perjudici de les disposicions d'última voluntat que el causant pugui haver atorgat.

Com adverteix l'últim autor citat, de *lege data*, en l'àmbit del Codi civil, la unió de fet no genera drets successoris. «Una altra cosa és que no es pugui plantejar cap pretensió davant de l'herència del convivent premort. Però, a diferència del matrimoni, aquests drets no deriven del vincle establert convencionalment, sinó de la prolongació en el temps de la relació de fet». D'altra banda, l'eventual crida a la llei personal pot donar lloc a canvis en la legislació aplicable, quan l'aplicació de la norma de conflicte remeti a la nacionalitat o el veïnatge civil i aquests pateixin modificacions (GUZMÁN ZAPATER, 2012: 303 i seg.; ZABALO ESCUDERO, 2012: 389 i seg.).

8. Com es constitueix, acredita i extingeix una unió de fet?

A) Delimitació dels modes de constitució i acreditació de la unió de fet

A causa del principi de ple respecte de la llibertat de decisió dels components de la parella estable, el TC declara la «nul·litat» de les previsions de la Llei Foral navarresa, que establia *ipso iure* l'existència, amb caràcter imperatiu, d'una unió estable quan els membres de la parella «hagin conviscut maritalment, com a mínim, un període ininterromput d'un any, excepte que tinguessin descendència comuna, cas en el qual n'hi haurà prou amb la convivència».

Per contra, el TC admet, d'una banda, la vàlida constitució (o inici de la convivència) d'una unió estable quan els dos membres de la unió «hagin expressat la seva voluntat de constituir una parella estable en document públic» i, d'altra banda,

valida la consideració de parella estable respecte de «la unió lliure i pública, en una relació anàloga d'afectivitat a la conjugal, amb independència de l'orientació sexual, de dues persones majors d'edat o menors emancipades sense vincle de parentiu per consanguinitat o adopció en línia recta o col·lateral fins al segon grau, sempre que no estiguin unides per un vincle matrimonial o formin parella estable amb una altra persona» (art. 2.1 LFIJPE).

En aquest segon supòsit, ha d'entendre's que «seran parelles estables totes les que reuneixin les condicions de l'art. 2.1, l'existència de les quals, si escau, haurà de ser acreditada pels integrants» [FJ 10.b)]. D'altra banda, com s'ha indicat en un altre lloc, l'exigència legal que, en aquest supòsit, la unió estable sigui «lliure i pública» no incideix en el dret fonamental d'intimitat (art. 18.1 CE) per ingerències il·lícites en aquesta (FJ 9).

La previsió legal que estableix que els membres d'una parella estable no podran establir una altra parella estable amb una tercera persona mentre no se n'hagi produït la dissolució mitjançant algun dels supòsits de dissolució previstos a l'efecte no pot dir-se que vulneri la llibertat personal, doncs aquesta prohibició es projecta, «als efectes de la llei», com a impediment «per al reconeixement de la nova relació pel que fa a la possibilitat d'acollir-se a les conseqüències jurídiques que s'hi estableixen» [STC 93/2013, FJ 10.c)].

Quan no estigui acreditada en document públic, l'art. 2.1 limita l'existència de la unió estable «legal» de parella al concurs dels requisits allí previstos. Sense perjudici de les limitacions que puguin deduir-se per ser contràries a la moral o a l'ordre públic, qualsevol altre tipus de relació de convivència entre dues o més persones desenvolupada a l'empara dels principis de llibertat personal, lliure desenvolupament de la personalitat i intimitat personal no podrà acollir-se a la qualificació legal d'unió estable de parella ni integrar-se en l'estatus previst per a aquesta.

B) És possible pactar una unió de fet de caràcter temporal o sotmesa a condició?

Sí. L'art. 5.2 de la Llei Foral 6/2000 establia que no podien pactar-se aquesta classe d'unions estables, però aquesta

norma contraria la llibertat de pacte i ha estat declarada inconstitucional; dit d'una altra manera, aquest pacte és admissible.

En referir-se a l'art. 5.2, el TC afirma: «Podria pensar-se que aquesta regla resulta lògica en la mesura que es refereix a una relació presidida per l'afectio, que difícilment podria quedar sotmesa a tals clàusules sense desvirtuar la pròpia naturalesa de la unió de fet. No obstant això, tampoc pot negar-se que la concreta prohibició coarta la llibertat de pactes dels membres de la parella, que, en la mesura que no atemptin contra principis constitucionals, no podran excloure's en una relació d'aquestes característiques. De manera que ha de reconèixer-se que aquest apartat vulnera la llibertat consagrada a l'art. 10.1 CE» [STC 93/2013, FJ 11b)].

Aquesta solució difereix radicalment de la regulació del matrimoni civil, que exigeix que el consentiment sigui pur (inoperabilitat del principi d'autonomia de la voluntat en la celebració del matrimoni), sense estar sotmès a elements accidentals (art. 45 CC; vegeu SERRANO GÓMEZ, 2011: 571-572). Amb tot, el cànon 1102 del Codi de dret canònic admet la condició de present o de passat, però no la de futur, i en el Dret musulmà es propugna la validesa del matrimoni temporal o *mutah*, que és acceptat pels xiïtes però rebutjat pels sunnites (EESSA IBARRA, 2003).

C) Prova de l'existència d'una unió estable

El TC declara la validesa de la norma que preveu que «l'existència de parella estable podrà acreditar-se a través de qualsevol mitjà de prova admès en Dret» (art. 3 LFIJPE). Segons el TC, per la seva claredat, la norma citada no genera incertesa de cap classe que contrariï el principi de seguretat jurídica. Amb tot, cap oposar que la facilitat probatòria de la situació de parella de fet serà més o menys fàcil i directa segons el mitjà de prova del qual es disposi. En relació amb la Sentència que s'examina, el Tribunal es refereix a determinats mitjans de prova que, en general, per la seva naturalesa formal o registral, seran els més idonis per a aquesta acreditació.

En el supòsit d'unions de fet no constituïdes formalment o registrades, poden constituir mitjans de prova: el reconeixement dels convivents, la possessió d'estat en el sentit de viure en comú, de



forma estable i amb notorietat, o l'existència de fills reconeguts pels dos convivents. Altres mitjans possibles són: el certificat d'empadronament, els testimonis i les proves documentals de tot tipus (actes de notorietat, testaments, cartes, missatges, fotografies, comptes bancaris conjunts, etc.) (MARTÍN-CASALS, 2000: 1160-1162).

Entre els diferents mitjans de prova, el Tribunal afirma que «adquireix especial rellevància la inscripció, si escau, als registres de parelles estables». A aquests efectes, la norma en qüestió preveu que el Govern autonòmic i els ajuntaments podran crear aquests registres «per facilitar, a través de la inscripció voluntària, la prova de la constitució». Un altre mitjà de prova seran els documents atorgats pels dos membres de la unió estable en què constin pactes referents a «les relacions personals i patrimonials derivades de la convivència» o sobre les «compensacions econòmiques que convinguin per al cas de dissolució de la parella» (vegeu art. 5.1 LFIJPE).

Quan la constitució o existència de la unió consti en instrument públic notarial, estableix l'art. 17 bis, lletra a), de la Llei del notariat que el Notari «haurà de donar fe de la identitat dels atorgants; del fet que, al seu parer, tenen capacitat i legitimació; del fet que el consentiment ha estat prestat lliurement, i que l'atorgament s'adequa a la legalitat i la voluntat degudament informada dels atorgants o intervinents». Així mateix, la lletra b) del mateix article assenyalava que «els documents públics autoritzats per Notari [...] gaudeixen de fe pública i el seu contingut es presumeix veraç i íntegre d'acord amb el que es disposa en aquesta o en altres lleis».

En conseqüència, la constitució o el reconeixement de la unió de fet en instrument notarial produeix efectes i presumpcions jurídiques singulars, en especial, segons procedeixi, de naturalesa constitutiva, declarativa, de fixació d'estatus, negocial, probatòria i executiva. En qualsevol cas, els pactes sobre la convivència no han de ser contraris a les lleis, la moral o l'ordre públic, ni limitar la igualtat de drets que corresponguin a cada membre de la unió de fet ni perjudicar-ne greument a cap. Amb això, s'uneixen tres principis bàsics singularment rellevants en matèria de relacions de convivència: la seguretat jurídica, el respecte informat de l'autonomia de la voluntat i l'evitació de l'enriquiment injust.

Es pot presumir que l'acreditació de l'existència d'una unió de fet, generalment, comportarà la presumpció que els convivents han acceptat tàcitament els efectes jurídics de l'Estatut regulador corresponent, però això no obstarà perquè aquesta presumpció pugui posar-se en qüestió. Per aconseguir que no es produeixin efectes no desitjats i, fins i tot, desconeguts per a les parts, el mitjà formal més idoni per modular, excloure, garantir, aconseguir i acreditar els efectes de la convivència i convenir altres pactes relatius a la relació i la seva extinció, anticipant-se als problemes i dubtes que puguin sorgir, consisteix en la formalització dels pactes en instrument públic notarial (PARRA LUCÁN, 2012: 297 i seg.; CARRIÓN, 2012: 549-550, 571 i seg.; SOLÉ RESINA, 2013: 313; GARRIDO MELERO, 2014: 13-14).

Per a les unions de fet no constituïdes formalment o registrades, poden constituir mitjans de prova: el reconeixement dels convivents, la possessió d'estat en el sentit de viure en comú, de forma estable i amb notorietat, o l'existència de fills reconeguts

En resum, en termes de seguretat jurídica i protecció dels interessos jurídics en joc i fixació fefaent de l'estatus, entre les parts i davant de tercers, és preferible utilitzar, com a principi de base, el model formal basat en l'instrument públic notarial, per ser aquest mitjà documental l'únic en què queda clara no només la voluntat deguda i lliurement informada i declarada de conviure en parella de fet, sinó també la d'assumir i modular els efectes jurídics d'aquesta convivència en els termes indubtables convinguts *ad hoc* pels atorgants. Com diu el TC, els membres de la unió de fet, «en nom de la seva llibertat individual, poden desenvolupar les seves relacions —abans, durant i en extinguir-se la unió— d'acord amb els pactes que considerin oportuns, sense més límits que els imposats per la moral i l'ordre públic constitucional» (STC 93/2013, FJ 7).

La regulació formal de les unions de fet en la legislació autonòmica és diversa. Per exemple, entre d'altres supòsits, el

Codi civil de Catalunya preveu la formalització de la unió estable de parella en document públic en el qual els convivents poden preveure pactes sobre la regulació de la convivència referits a qüestions personals, econòmiques i patrimonials [art. 234-1.c) CCCat]. En aquest punt, la norma catalana és congruent amb la doctrina constitucional esmentada. L'escriptura es considera des de dos punts de vista: com a document idoni per atribuir efectes immediats a una relació estable de parella (sense haver de complir el termini legal previ de dos anys) i com a mitjà per acreditar-ne l'existència. En el primer supòsit, no s'exigeix convivència prèvia, però sí la posterior a l'atorgament, sense la qual no es compliria l'exigència legal (vegeu PUIG I FERRIOL I ROCA I TRIAS, 2014: 419-420).

Al seu torn, el Codi del dret foral d'Aragó (DLeg. 1/2011, de 22 de març) preveu que l'existència de parella estable no casada podrà acreditar-se, si no existís escriptura pública, mitjançant qualsevol dels mitjans de prova admesos en Dret, especialment a través d'acta de notorietat o document judicial que acrediti la convivència (art. 305).

En canvi, la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables de les Illes Balears, no preveu expressament la forma pública i exigeix, amb caràcter constitutiu, la inscripció al Registre de Parelles Estables de les Illes Balears (art. 1.2). En el mateix sentit es pronuncien la disp. adic. 3a de la Llei 2/2006, de 14 de juny, de Dret civil de Galícia, que considera parelles de fet les inscrites al Registro de Parejas de Hecho de Galícia; la Llei del País Basc 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet, que preveu que la inscripció de la parella al Registro de Parejas de Hecho de la Comunitat Autònoma del País Basc tindrà caràcter constitutiu (art. 3), i la Llei 5/2012, de 15 d'octubre, d'unions de fet formalitzades de la Comunitat Valenciana, que afirma que la inscripció de la unió de fet al Registre d'Unions de Fet Formalitzades de la Comunitat Valenciana té caràcter constitutiu (art. 3). Encara que aquestes lleis no preveuen la forma pública, l'adopció sempre serà possible o necessària quan les parts vulguin configurar i predeterminar les particularitats del seu estatus de convivència abans, durant i després de la convivència.



D) Modes de dissolució de la parella estable

El TC valida els diferents supòsits de dissolució previstos a la norma qüestionada pel fet que la norma es limita a recollir els supòsits normals de dissolució: mort o declaració de mort d'un dels convivents; matrimoni d'un dels membres; acord mutu; voluntat unilateral d'un dels membres, notificada fefaentment a l'altre; cessament efectiu de la convivència per un període superior a un any, i, per últim, per concórrer algun dels supòsits acordats pels membres en l'escriptura pública.

Pel que fa a l'obligació formal per als dos membres de la parella, encara que ho facin per separat, de deixar sense efecte el *document públic* que, si escau, haguesin atorgat, el TC afirma que «si aquest atorgament va poder servir per demostrar l'existència de la unió estable (art. 2.2.) als efectes de l'aplicació de la Llei Foral, un cop extingida la parella, és raonable exigir que els seus integrants facin constar el cessament d'aquella situació als efectes de la mateixa Llei» [STC 93/2013, FJ 10.c)].

9. Si escau, com ha de configurar-se la regulació legal de les unions de fet? Quines són les limitacions que recauen en el legislador civil?

A conseqüència de la prevalença del principi de llibertat i de la necessitat d'acceptació per part dels interessats de l'estatut legal que les regula, el TC declara la inconstitucionalitat tant d'aquelles normes referents al reconeixement de l'existència de la unió de fet per la mera concurrència de fets objectius, com de les normes que establien el *caràcter irrenunciable* o imperatiu dels «drets mínims» previstos en aquesta.

En el supòsit d'intervenció del legislador competent en la regulació de les unions de fet, la seva acció legislativa ha de basar-se en el principi o patró de «mínima intervenció» i, en qualsevol cas, haurà de respectar-se el dret a la intimitat personal dels convivents (art. 18.1 CE). La doctrina del TC sobre aquest punt és molt rellevant, pel fet que, per identitat de raó, ha d'entendre's aplicable a totes les legislacions autonòmiques que regulen les unions de fet i preveuen els mateixos automatismes, o semblants, i solucions

jurídiques que el TC ha declarat inconstitucionals.

En primer lloc, assenyala el TC que el tractament legal de les unions de fet pel legislador competent ha de respectar determinats límits, ja que suposaria un oxímoron jurídic o *contradictio in terminis* «convertiren "unió de Dret" una relació estable purament fàctica integrada per dues persones que han exclòs voluntàriament acollir-se a la institució matrimonial, amb el contingut imperatiu corresponent de drets i obligacions» (STC 93/2013, de 23 d'abril, FJ 8).

En segon lloc, el règim jurídic que el legislador pot establir a l'efecte haurà de ser eminentment dispositiu i no imperatiu, sota pena de vulnerar la llibertat consagrada a l'art. 10.1 CE. «[Ú]nicament podran considerar-se respectuosos de la llibertat personal els efectes jurídics l'operativitat dels quals es condicioni a la prèvia assumpció pels dos membres de la parella» (STC 93/2013, FJ 8).

L'autolimitació legal «lògicament no opera respecte de mesures legals que tutejlin drets fonamentals dels dos o d'algun dels components de la parella de fet, supòsit en el qual s'hauran de tenir en compte els criteris generals sobre la necessitat, adequació i proporcionalitat de les mesures atenent als interessos en joc, de manera que el sacrifici del lliure desenvolupament de la personalitat sigui l'estrictament indispensable» (STC 93/2013, FJ 8).

En el recurs davant del TC contra la Llei Foral navarresa 6/2000, s'impugnava que la Llei configurava la unió estable com una *unió reglada*, subjecta a *normes imperatives i irrenunciables*, fet que podia conculcar el lliure desenvolupament de la personalitat i el dret a la intimitat personal i familiar.

A aquest argument, la tan al·ludida STC 93/2013 respon assenyalant que: «Encara que és evident que la pròpia existència de la unió de fet implica una voluntat de conviure, aquesta no és suficient per entendre que s'assumeixen els efectes jurídics previstos per la Llei per a les parelles estables», doncs ha de tenir-se present que «la relació *more uxorio* es basa precisament en una decisió lliure dels convivents de mantenir una relació en comú, no necessàriament formalitzada jurídicament, que, com a regla de principi, exclou l'estatus jurídic imperatiu de drets i obligacions característics de la institució

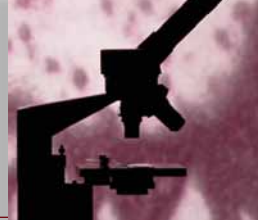
matrimonial». Per tant, per entendre que s'assumeixen aquests efectes, *ha d'existir una voluntat conjunta dels integrants de la unió de fet de sotmetre's a les previsions de la Llei que les regula*. Sosténir el contrari no seria respectuós amb el dret fonamental consagrat a l'art. 10.1 CE (FJ 9).

A conseqüència d'aquesta doctrina, la norma legal no pot declarar *per se* l'existència d'una unió de fet per la mera concurrència de determinats fets objectius (per exemple, transkurs d'un any de convivència o tenir descendència en comú), sense comptar per a això amb la lliure voluntat dels membres de la parella en aquest sentit. Tampoc poden establir-se efectes *ex lege* que no hagin estat acceptats per les parts.

Com assenyala la doctrina científica: «El dret al lliure desenvolupament de la personalitat de l'art. 10.1 CE col·lisiona amb un règim legal imperatiu de la parella estable» (COCA PAYERAS, 2014: 40). «Imposar a qui no vol o no s'ha manifestat al respecte una sèrie de deures de manera imperativa pel simple fet de conviure de manera més o menys estable, o per tenir descendència, resulta —al meu parer— atemptatori de la llibertat dels particulars» (AMUNÁTEGUI, 2011: 712). O, com afirma el TS: «Ara per ara, amb l'existència jurídica del matrimoni homosexual i el divorci unilateral, es pot proclamar que la unió de fet està formada per persones que no volen, en absolut, contreure matrimoni amb totes les conseqüències que suposa» (STS de 12 de setembre de 2005, FJ 3).

En aquest sentit, les normes invalidades pel TC perquè es basaven, bàsicament, en un «model imperatiu» es referien a les qüestions que s'enuncien tot seguit:

- Reclamació de pensions periòdiques o compensacions econòmiques.
- Responsabilitat solidària dels membres de la parella respecte de tercers per les obligacions contraïdes per les despeses necessàries per al manteniment de la casa i l'atenció dels fills comuns.
- La prohibició de constitució de parelles estables amb caràcter temporal o sotmesa a condició.
- A falta de pacte entre els convivents, l'obligació de contribuir, proporcio-



nalment a les possibilitats de cadascú, a les despeses de l'habitatge i les comunes mitjançant aportacions econòmiques o de treball.

- La regulació d'una compensació econòmica per al supòsit de cessament de la unió en vida dels convivents quan un no hagi estat retribuït o ho hagi estat de manera insuficient, en cas que, per aquest motiu, s'hagi generat una situació de desigualtat patrimonial entre els dos que impliqui un enriquiment injust.
- El mateix retret constitucional reben les normes que equiparaven els membres de la unió de fet amb els cònjuges en els aspectes referits a les accions relacionades amb *la tutela, la curatela, la incapacitació, la declaració d'absència i la declaració de prodigalitat*. El motiu és que la norma legal realitza una extensió «sense comptar amb la voluntat dels dos integrants de la parella estable», fet que contraria l'art. 10.1 CE [STC 93/2013, FJ 11.d)].

També són qüestionades les previsions legals sobre *drets successoris* dels membres de les unions de fet.

Respecte d'aquest últim supòsit, la Llei Foral 6/2000 equiparava a la situació del cònjuge vidu el membre supervivent en cas de mort de l'altre membre d'una parella estable en relació amb usdefruit de fidelitat, així com en l'ordre de crides de la successió legal en béns no troncals; per últim, establia que el aquest no podia intervenir com a comptador-partidor juntament amb l'hereu, el legatari de part alíquota i el cònjuge vidu. La declaració d'inconstitucionalitat de totes aquestes previsions legals és justificada pel TC en els termes següents: en els dos primers supòsits, perquè es tracta de normes que «estableixen preceptivament aquests drets, prescindint de la voluntat dels integrants de la parella, únics legítims per regular les seves relacions personals i patrimonials i, en conseqüència, per acordar entre ells els drets que poden correspondre a cadascú en la successió de l'altre», per la qual cosa desconeixen «la llibertat de decisió dels components de la parella estable» (art. 10.1 CE) (STC 93/2013, FJ 13). Com afirma el TC: «Si la constitució d'una unió estable està fonamentada en la llibertat absoluta dels integrants, que han decidit voluntàriament no

sotmetre la seva relació de convivència a la regulació aparellada ex lege a la celebració del matrimoni, no resulta raonable que aquesta situació de fet sigui sotmesa a un règim successori imperatiu, al marge de la concreta acceptació o no pels membres de la parella». La mateixa declaració s'estén al tercer supòsit, a causa de la «connexió directa» amb aquells, doncs estableix una conseqüència inherent als drets successoris reconeguts a causa del conflicte d'interessos existent.

El tractament legal de les unions de fet pel legislador ha de respectar determinats límits, ja que suposaria una *contradictio in terminis* convertir en «unió de Dret» una relació estable purament fàctica

Per últim, a causa de la imperativitat, quelcom de semblant ocorre amb la disposició que establia que els membres de la parella estable «seran considerats cònjuges», als efectes previstos a la *legislació fiscal navarresa*, a l'hora de computar rendiments i aplicar deduccions o exempcions, a causa del fet que l'aplicació d'aquesta regla no es feia dependre de la voluntat de la parella, i, pel caràcter automàtic, la disposició que establia que, en cas de dissolució de la parella estable, es produeix com a efecte automàtic la revocació dels poders que qualsevol dels membres hagi atorgat a favor de l'altre.

En conseqüència, com s'ha dit, «única-ment podran considerar-se respectuosos de la llibertat personal els efectes jurídics l'operativitat dels quals es condiciona a l'assumpció prèvia per part dels dos membres de la parella»; en qualsevol cas, aquesta restricció no opera, en els termes abans vistos, «respecte a mesures legals que tutel·len drets fonamentals dels dos o d'algun dels components de la parella...» (FJ 8).

En relació amb aquesta doctrina, s'ha fet notar que si la norma és dispositiva i no s'ha pactat el contrari, no per això ha d'entendre's que ha mutat de naturalesa i es converteix en norma imperativa (MARTÍN-CASALS, 2013: 30-40); també s'ha posat en relleu que no es pot avalar l'absoluta autonomia de voluntat i que

el propi TC adverteix que poden existir normes imperatives si tutel·len drets fonamentals dels dos o d'algun dels membres de la parella i es fonamenten en criteris generals de necessitat, adequació i proporcionalitat (PUIG I FERRIOL I ROCA I TRIAS, 2014: 421).

Si es trasllada la doctrina del TC sobre la Llei Foral a altres regulacions legals autonòmiques (o estatal, si n'hi hagués) referents a les unions de fet que tinguin un contingut material imperatiu semblant, mentre no existeixi una declaració expressa d'inconstitucionalitat, s'haurà de partir de la vigència legal de la norma promulgada, fet que no és impediment perquè la interpretació d'aquesta hagi de considerar la rellevància singular d'aquesta doctrina; d'altra banda, en cas de qüestionar-se la norma legal en seu constitucional, es pot presumir que el veredict seria concordant amb la doctrina esmentada. Mentrestant, de *lege data*, pel que fa a la validesa i eficàcia de la norma autonòmica que procedeixi, cal tenir present que «el concepte de llei autonòmica és tan formal com el de llei estatal [...] presenta, en el règim general, els mateixos caràcters que la llei estatal, per la qual cosa té el mateix valor jurídic [...] [i], com a llei formal, només pot ser controlada pel TC i vincula a jutges i tribunals» (BALAGUER CALLEJÓN, 2013: 438).

En relació amb altres qüestions, com que la successió per causa de mort es regeix per la llei personal del causant, es pot deduir que les previsions que puguin existir en la llei reguladora de les unions de fet aniran vinculades a la llei personal.

Pel que fa a l'aplicació de la concreta norma legal, a falta de pacte exprés d'assumpció, modificació o exclusió de la normativa reguladora, tret de criteri millor ajustat a Dret, el problema essencial per dilucidar es presentarà en els termes següents: en primer lloc, haurà de determinar-se si existeix o no una unió estable de parella que concordi amb la tipificació legal de la norma, i sense que la unió estable s'hagi dissolt *a posteriori*. En aquest sentit, el TC valida l'admissió de qualsevol mitjà de prova admès en Dret per acreditar l'existència de parella estable. La declaració de la unió estable en un registre administratiu pot servir per acreditar, *prima facie*, aquesta situació, però, al meu parer, sense que en matèria civil es pugui anar més enllà, per la qual cosa no



podrà sanar l'eventual inadequació de la unió estable al tipus legal per manca-li determinats requisits.

Acreditada positivament l'existència d'una unió estable de fet, haurà de verificar-se si existeix una assumpció prèvia de la normativa del dret que reguli la unió estable de parella o si el contingut de la norma ha d'operar *ope legis* com a llei material de dret supletori de la relació (o, fins i tot, com a dret imperatiu).

L'existència de la unió estable exclou l'assumpció d'un estatus jurídic imperatiu de drets i obligacions; una unió de fet no es pot convertir, sense verificació expressa de l'assumpció voluntària dels interessats, en una unió de Dret

Segons el TC, i en relació amb la Llei Foral qüestionada, la mera voluntat de conuiu no és suficient per entendre, prescindint de la voluntat dels membres de la parella, que s'accepten els efectes jurídics previstos en la norma legal. Això llevat que es tracti d'una unió jurídica formalitzada, doncs, en aquest cas, existirà una voluntat manifesta al respecte. L'existència de la unió estable exclou l'assumpció d'un estatus jurídic imperatiu de drets i obligacions; una unió de fet no es pot convertir, sense verificació expressa de l'assumpció voluntària dels interessats, en una unió de Dret (vegeu FFJJ 8 i 9).

La verificació de l'assumpció de la normativa aplicable es tractarà d'una qüestió de fet que s'haurà de valorar en funció de les proves disponibles. Així, l'obtenció d'alguns dels beneficis legals de Dret públic, laboral o administratiu sol·licitats pels integrants de la unió estable serà un possible mitjà de prova, però tampoc acredita indubtablement l'acceptació prèvia i total de tot el contingut material de l'Estatut legal civil que es consideri aplicable. Com adverteixen DÍEZ-PICAZO i GULLÓN (2012, l: 464 i seg.): «Una declaració de voluntat és, abans que res, una comunicació social». Existeix un comportament social i extern que vehi-

cula el que volen les parts que s'haurà de valorar degudament.

No hi ha dubte que l'eventual falta de prova fefaent d'aquesta acceptació crearà inseguretat jurídica i, per això, es fa més necessària que mai la conveniència de documentar en instrument públic l'estatut jurídic (abans, durant i amb motiu de l'extinció) del marc de convivència que procedeixi (unió de fet fefaent i reglada). El document públic acredita de manera explícita i *erga omnes*, entre els convivents i davant de tots, l'estatut jurídic aplicable a la unió de fet.

Ara bé, al meu parer, mentre la llei concreta aplicable, promulgada i pública, conservi la plena validesa formal i material en el caràcter de dret supletori (o, fins i tot, imperatiu), els efectes directes seran els previstos a la norma promulgada. No obstant això, en aquest cas, tenint en compte l'estat de la qüestió, haurà de quedar complidament acreditada la prova de l'existència de la unió de fet, la correcta adequació al tipus legal, la voluntat concorde dels dos membres de no rebuig de la norma i la possible existència o no de pactes o declaracions de voluntat de modulació o exclusió.

Amb tot, en vista de la doctrina esmentada, l'aplicació de la norma que procedeixi pot motivar que sorgeixi oposició de tercers interessats per atacar o fer decaure l'aplicació o les previsions de la norma supletòria o imperativa, per exemple, per no ser coincidents en matèria successòria els interessos del convivent supervivent amb els dels fills d'un i altre o els col·laterals o ascendents del premort (SERRANO DE NICOLÁS, 2014: IV).

Per últim, convé advertir que la STC 93/2013 es pronuncia sobre l'efecte de la declaració d'inconstitucionalitat de la Llei Foral 6/2000 i, a l'empara del principi de seguretat i de l'art. 40.1 LOTC, estableix la no revisió dels processos finalitzats mitjançant sentència amb força de cosa jutjada i que la declaració d'inconstitucionalitat només sigui eficaç *pro futur*, respecte de nous supòsits o de procediments administratius i processos judicials on encara no hagi recaigut una resolució ferma, amb intangibilitat de les situacions jurídiques consolidades (FJ 14).

V. CONFLICTE DE COMPETÈNCIES (ESTATAL I AUTONÒMICA) I MERITACIÓ DE LA PENSIÓ DE «VIDUITAT»

En relació amb les competències estatal i autonòmica sobre les unions de fet, resulta d'especial interès la doctrina de la STC 40/2014, d'11 de març de 2014, sobre la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 932-2012, promoguda per la Sala quarta social, del TS, en relació amb el paràgraf cinquè de l'art. 174.3 del Text refós de la Llei general de la Seguretat Social, aprovada per RDLeg. 1/1994, de 20 de juny (red. segons Llei 40/2007, de 4 de desembre, de mesures en matèria de Seguretat Social), per possible vulneració de l'art. 14 CE, que té el vot particular formulat per la Magistrada Encarnación Roca Trías i el Magistrat Juan Antonio Xiol Ríos.

Per fixar amb caràcter previ els termes en discussió, a continuació es reproduïxen els paràgrafs quart i cinquè de l'apartat 3r de l'art. 174 LGSS, que és la norma examinada a la STC 40/2014, així com l'apartat 4t. L'art. 174 regula els requisits que ha de complir la situació de parella de fet per acreditar la meritació de la mal anomenada, en aquest cas, per referir-se a les unions de fet, *pensió de viduitat*. Als efectes procedents, es pot anticipar que el paràgraf cinquè és el que ha estat declarat inconstitucional i nul.

Art. 174 LGSS. Pensió de viduitat

3. [...]

A efectes del que s'estableix en aquest apartat, es considerarà parella de fet la constituïda, amb anàloga relació d'afectivitat a la conjugal, pels qui, no estant impeditos per contreure matrimoni, no tinguin vincle matrimonial amb una altra persona i acreditin, mitjançant el certificat d'empadronament corresponent, una convivència estable i notòria amb caràcter immediat a la mort del causant i amb una durada ininterrompuda no inferior a cinc anys. L'existència de parella de fet s'acreditarà mitjançant certificació de la inscripció en algun dels registres específics existents en les comunitats autònomes o ajuntaments del lloc de residència o mitjançant document públic en el qual consti la constitució d'aquesta parella. Tant la inscripció esmentada com



la formalització del document públic corresponent hauran d'haver-se produït amb una antelació mínima de dos anys respecte a la data de la mort del causant.

En les comunitats autònomes amb Dret civil propi, si es compleix el requisit de convivència al qual es refereix el paràgraf anterior, la consideració de parella de fet i la seva acreditació es portaran a terme d'acord amb el que estableixi la seva legislació específica.

4. En tots els supòsits als quals es refereix aquest article, el dret a pensió de viudat s'extingirà quan el beneficiari contregui matrimoni o constitueixi una parella de fet en els termes regulats en l'apartat anterior, sense perjudici de les excepcions establertes reglamentàriament.

La qüestió d'inconstitucionalitat va ser suscitada pel TS (Sala quarta social), en entendre que el paràgraf cinquè de l'art. 174.3 LGSS podia resultar contrari al principi d'igualtat (art. 14 CE) perquè estableix per a certes CA, per via de remissió a la seva legislació específica, una regulació sobre l'acreditació dels requisits per accedir a la pensió de viudat en els casos de parelles de fet que difereix de la regla general sobre aquest extrem, continguda en el paràgraf quart del mateix precepte legal. A més d'això, també planteja que, essent competència exclusiva de l'Estat la «legislació bàsica i el règim econòmic de la Seguretat Social» (art. 149.1.17a CE), no sembla constitucionalment admissible que siguin lleis autonòmiques (encara que en virtut de remissió per llei estatal) les que continguin la regulació d'un aspecte tan important de la pensió com és el de la consideració de parella de fet i l'acreditació, que és el requisit ineludible per poder obtenir la pensió.

Segons el TS, hi ha dues possibles interpretacions del paràgraf cinquè de l'art. 173.3 LGSS:

- 1) Declarar-lo nul per inconstitucional, eliminant així la remissió que estableix i deixant només en vigor la regla general del paràgraf quart.
- 2) Declarar-lo parcialment inconstitucional, si s'entén que la remissió que fa a la legislació específica de les CA

es refereix exclusivament a les lleis autonòmiques sobre les parelles de fet, mentre que la regla general del paràgraf quart no és res més que una regla subsidiària per al cas d'inexistència d'aquesta legislació específica sobre parelles de fet de caràcter autonòmic, essent llavors la diferència de tractament resultant conseqüència lògica del «principi d'autonomia política», trobant en aquest principi la justificació d'aquesta diferència.

En aquest cas, curiosament, a favor de la constitucionalitat del precepte es pronunciaven l'Advocat de l'Estat, el Fiscal General de l'Estat i la Lletrada de l'Administració de la Seguretat Social, afirmant-se, entre altres arguments processals i de fons, que la coexistència de diversos drets civils dintre de l'Estat espanyol i l'autonomia política i legislativa en matèria civil de les CA ha de ser tinguda en compte pel legislador bàsic o, almenys, pot ser-ho lícitament als efectes aquí previstos. Al seu torn, el Fiscal General de l'Estat també oposava, com també se sosté en el vot particular, que hauria d'haver-se desestimat la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel TS per no ser rellevant per al resultat del judici, doncs es tractava d'una supervivent d'una parella de fet resident en una CA sense Dret civil propi.

El paràgraf quart de l'art. 174.3 LGSS preveu dues exigències diferents: una de tipus *material*, la convivència com a parella de fet estable durant un període mínim de cinc anys immediatament anteriors a la data de mort del causant, i una altra de tipus *formal*, *ad solemnitatem*, és a dir, la verificació que la parella s'ha constituït com a tal davant el Dret (inscripció o document públic) amb dos anys d'antelació al fet causant i amb anàloga relació d'afectivitat a la conjugal.

D'aquesta manera, la pensió de viudat que la norma estableix no és a favor de totes les parelles de fet amb cinc anys de convivència acreditada, sinó en benefici exclusiu de les parelles registrades almenys dos anys abans de la mort del causant (o que han formalitzat la seva relació en document públic en el mateix termini) i que, a més, compleixen el requisit de convivència esmentat.

En canvi, el paràgraf cinquè de l'art. 174.3 LGSS remet a la legislació de les CA amb «Dret civil propi» tot allò relatiu a la consideració i l'acreditació de la parella de fet, salvaguardant el requisit de convivència esmentat. D'aquesta manera, l'art. 174.3 LGSS diferencia dos règims diferents en funció de si la parella de fet resideix en una comunitat autònoma amb Dret civil propi o no. Això implica, segons s'ha examinat en un altre lloc, que tant la «constitució» com l'«acreditació» de les unions de fet en les CA amb Dret civil propi poden respondre a requisits diferents dels previstos per al règim general ex paràgraf quart de l'art. 174.3 LGSS.

De la comparació entre el règim general ex LGSS i el previst als diferents règims autonòmics, la STC dedueix les diferències següents:

1. Diferències respecte dels requisits personals exigits per poder constituir una unió estable de parella

El paràgraf quart de l'art. 174.3 LGSS considera parella de fet «la constituïda, amb anàloga relació d'afectivitat a la conjugal, pels qui, no estant impedits per contreure matrimoni, no tinguin vincle matrimonial». Segons els arts. 46 i 47 CC, no poden contreure matrimoni: els menor d'edat no emancipats; els que estan lligats amb vincle matrimonial; els parents en línia recta per consanguinitat o adopció; els col·laterals per consanguinitat fins al tercer grau, i els condemnats com a autors o còmplices de la mort dolosa del cònjuge de qualsevol d'ells.

Encara que en qualsevol cas ha de complir-se el requisit comú de convivència de cinc anys, en les legislacions autonòmiques també existeixen diferències en els modes d'acreditar l'existència de la unió de fet

En canvi, en la legislació autonòmica, cap de les normes sobre parelles de fet de les CA amb Dret civil propi recull aquest últim impediment, i pel que fa als *col·laterals per consanguinitat*, algunes d'aquestes normes impedeixen constituir una parella de fet als



col·laterals fins al segon grau i altres els amplien als col·laterals per adopció.

Es preveu el primer supòsit en les normes següents: art. 2.1 de la Llei Foral 6/2000, de 3 de juliol, d'igualtat jurídica de parelles estables de Navarra; art. 306 del DLeg. 1/2011, de 22 de març, pel qual s'aprova el Codi del dret foral d'Aragó; art. 234.2 de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, pel qual s'aprova el Codi civil de Catalunya; art. 2 de la Llei del País Basc 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet, i art. 4 de la Llei 5/2012, de 15 d'octubre, d'unions de fet formalitzades de la Comunitat Valenciana). El segon supòsit es preveu en les normes següents: art. 306 del DLeg. 1/2011, de 22 de març, pel qual s'aprova el Codi del dret foral d'Aragó; disp. adic. 3a de la Llei 2/2006, de 14 de juny, de Dret civil de Galícia, que ho preveu fins al tercer grau, i art. 4 de la Llei 5/2012, de 15 d'octubre, d'unions de fet formalitzades de la Comunitat Valenciana. D'altra banda, la legislació catalana admet la situació de parella estable respecte de la persona casada separada de fet.

2. Diferències en la forma d'acreditar l'existència d'una parella de fet

Encara que en qualsevol cas ha de complir-se el requisit comú de convivència de cinc anys, segons s'ha examinat més amunt, en les legislacions autonòmiques també existeixen diferències en les maneres d'acreditar l'existència de la unió de fet.

A efectes de determinar si el manteniment d'una regulació diferenciada del dret de la meritació de la pensió de viduïtat ex art. 174.3 LGSS contraria o no el principi constitucional d'igualtat, el TC assenyalava que ha de determinar-se «si la diferència de tractament que el paràgraf cinquè de l'art. 174.3 LGSS estableix entre parelles de fet amb residència en comunitats autònomes amb Dret civil propi, que haguessin aprovat legislació específica en matèria d'unions de fet, i parelles de fet amb residència en comunitats autònomes que no tenen competències en matèria de Dret civil respon a una finalitat objectivament justificada, raonable i proporcionada, tenint en compte també que es tracta d'una prestació de Seguretat Social establerta per l'Estat amb fonament en l'art. 149.1.17 CE».

El TC recorda que el «règim públic de la Seguretat Social es configura com una fun-

ció de l'Estat destinada a garantir l'assistència i les prestacions suficients en situacions de necessitat, i en fer-ho ha d'assegurar la uniformitat de les pensions en tot el territori nacional», i que l'art. 2.1 LGSS preveu que «el Sistema de la Seguretat Social, configurat per l'acció protectora en les modalitats contributiva i no contributiva, es fonamenta en els principis d'universalitat, unitat, solidaritat i igualtat».

A la vista de la disparitat de criteris prevista a la LGSS entre les parelles de fet regulades per la legislació general i l'autònoma, el TC no troba que existeixi una situació objectiva que justifiqui que les parelles de fet de les CA amb Dret civil propi es trobin en una situació de «necessitat particular que obligués a establir excepcions a la regla general [...] en el cas de la pensió de viduïtat, les diferències en funció del criteri de residència en una o altra comunitat autònoma no gaudeixen d'aquesta justificació objectiva, doncs no s'aprecien raons per deduir que la situació de necessitat en relació amb aquesta prestació es major o més greu en les comunitats autònomes amb Dret civil propi».

Està justificada la diferència de tractament pel que fa a la finalitat de la prestació?

Segons el TC, aquesta diferència tampoc està justificada en atenció a la finalitat de la prestació, que, «en el cas de les parelles de fet, segons hem assenyalat a la STC 41/2013, de 14 de febrer, FJ 4, no és cap altra que la d'atendre un estat real de necessitat del supervivent, en funció del seu nivell d'ingressos propis i de l'existència o no de càrregues familiars, atorgant a aquest efecte una pensió que depèn en la quantia de les cotitzacions efectuades pel causant al règim de Seguretat Social corresponent» (FJ 4).

Assenyalava el TC que «el règim públic de Seguretat Social ha de ser únic i unitari per a tots els ciutadans (art. 41 CE) i garantir alhora la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i deures en matèria de Seguretat Social (STC 124/1989, de 7 de juliol, FJ 3), essent els dos aspectes responsabilitat de l'Estat en l'art. 149.1.17 CE. En conseqüència, la determinació dels subjectes beneficiaris d'una prestació de la Seguretat Social, en aquest cas, la pensió de viduïtat, constitueix una norma bàsica que correspon establir a l'Estat ex art. 149.1.17 CE, i

ha de fer-ho de manera unitària per a tots els subjectes compresos dins del seu àmbit de cobertura, tret de raons excepcionals justificades degudament i vinculades a la situació de necessitat que es tracta de protegir» (FJ 4). La mateixa doctrina s'estableix a la STC 39/2014, recurs d'inconstitucionalitat núm. 7456-2010, interposat pel President del Govern en relació amb l'art. 130.4, en connexió amb l'art. 130.1.b) de la Llei de les Corts Valencianes 10/2010, de 9 de juliol, d'ordenació i gestió de la funció pública valenciana.

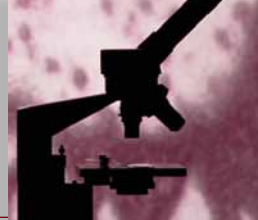
Es produeix un tractament desproporcionat en matèria de meritació de la pensió de viduïtat segons quina sigui la regulació legal de les parelles de fet?

Com sigui que, segons si s'aplica a la mateixa situació de fet una o altra llei reguladora, això podrà significar el reconeixement o no de la parella de fet i produir efectes o resultats desiguals en el reconeixement o no de la pensió de viduïtat, el TC, recolzant-se en els principis d'igualtat i de prohibició d'arbitrarietat, afirma que «l'aplicació del paràgraf qüestionat pot conduir, a més, a un resultat desproporcionat, doncs, en funció de la comunitat autònoma de residència, el supervivent de la parella de fet podrà tenir o no accés al cobrament de la pensió corresponent» (FJ 5).

Pertany la norma qüestionada a l'àmbit de la legislació civil autonòmica?

Pel que fa a les competències civils de les CA ex art. 149.1.8a CE, el TC adverteix que «és clar que el precepte qüestionat no pretén regular les parelles de fet, ni tampoc té relació amb les competències autonòmiques en matèria de Dret civil, perquè no es tracta de modificar, conservar o desenvolupar el Dret civil foral, fet que derivaria en diferències a conseqüència de la coexistència de diferents drets civils en l'ordenament espanyol. En realitat, es tracta d'una norma de Seguretat Social que, per referència a altres normes, regula exclusivament la forma d'acreditar els requisits per a l'accés a una prestació de la Seguretat Social, la pensió de viduïtat, en el cas de parelles de fet estables» (FJ 5).

Aquesta norma «no és una norma de legislació civil vinculada a l'art. 149.1.8 CE, sinó una norma de Seguretat Social que, en principi i llevat de justificació suficient que



no concorre en aquest cas, hauria d'establir els requisits que les parelles de fet han de complir per poder lucrar al seu dia una pensió de viduitat amb el més exquisit respecte al principi d'igualtat» (FJ 5). Afegeix el TC que, encara que sigui per via de remissió, aquesta norma introdueix un tractament desigual no justificat objectivament; fins i tot podria entendre's que l'Estat està renunciant a les atribucions competencials que li confereix l'art. 149.1.17 CE, ignorant que les competències tenen caràcter irrenunciable (STC 228/2012, de 29 de novembre, FJ 6.j, i les que s'hi citen; vegeu, també, STC 39/2014, d'11 de març, FJ 8).

També rebutja el TC la possible interpretació de la norma en el sentit que ha d'entendre's que remet exclusivament a les CA amb Dret civil propi. Aquesta opció no resol el problema de la diversitat reguladora i persistiria la desigualtat, «perquè el problema de fons que el precepte qüestionat planteja no és la limitació de la remissió a les comunitats autònomes amb Dret civil propi, sinó la remissió a la legislació autonòmica en si mateixa quan es tracta de determinar els requisits d'accés a una prestació de la Seguretat Social» (FJ 6).

Per últim, pel que fa als efectes de la declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat, el TC segueix la doctrina constitucional recollida en moltes sentències (entre moltes altres, SSTC 45/1989, de 20 de febrer, FJ 11; 180/2000, de 29 de juny, FJ 7; 365/2006, de 21 de desembre, FJ 8, i 161/2012, de 20 de setembre, FJ 7), en el sentit que «no només haurà de preservar la cosa jutjada (art. 40.1 LOTC), sinó que, igualment, en virtut del principi constitucional de seguretat jurídica (art. 9.3 CE), s'estendrà en aquest cas a les possibles situacions administratives fermes, de manera que aquesta declaració d'inconstitucionalitat només serà eficaç pro futur, és a dir, en relació amb nous supòsits o amb els procediments administratius i processos judicials on encara no hagi recaigut una resolució ferma» (FJ 6).

El vot particular adverteix que la jurisprudència del TC ha mantingut la igualtat entre els diferents ordenaments civils espanyol, estatal i autonòmic (STC 226/1993, de 8 de juliol), essent consubstancial evitar la preeminència incondicionada d'un i altre ordenament quan puguin col·lidir (STC 226/1993), o sistema plural, per la qual cosa no pot produir-se una desigualtat contrària a l'art. 14 CE, «atès que es remet a l'estatut jurídic de la

parella de fet aplicable segons el seu veïnatge civil» (vot particular).

La norma reguladora impugnada preveia dos sistemes: la regla general, aplicable a les parelles de fet no subjecta a normativa autonòmica civil, i la regla especial que remetia a la normativa pròpia de les CA amb competències en Dret civil. En qualsevol cas, la falta de Dret civil propi no incidia en el dret de la pensió, sempre que es complissin els requisits de l'art. 174.3 LGSS; la desigualtat es produiria si les parelles de CA sense Dret civil propi no poguessin accedir a aquesta pensió, però no era el cas.

En resum, segons el vot particular, en primer lloc i amb caràcter previ, hauria d'haver-se admès l'obstacle processal exposat abans. En segon lloc, de conformitat amb l'argumentació indicada, les diferències que, si escau, puguin produir-se no són contràries al principi d'igualtat. D'altra banda, si ara s'aplica la norma general en les CA amb Dret civil propi, «aquesta situació produirà efectes diferents segons si es tracta de prestacions de la Seguretat Social o de drets successoris o d'un altre tipus, de manera que una mateixa convivència serveix per obtenir uns drets en un cas i per no obtenir-los en el cas de la Seguretat Social. Hem creat un problema absurd partint d'una interpretació literal i no realista de la norma qüestionada» (vot particular); per tant, no hauria d'haver-se declarat la inconstitucionalitat del segon incís de l'art. 174.3 LGSS.

En aquest cas, el TC s'ha inclinat per una tesi uniformadora en detriment de la pluralitat legislativa i la garantia constitucional de foralitat civil i de la cerca d'un equilibri, tenint en compte l'existència de CA amb autonomia política legislativa civil. En canvi, en altres ocasions, el TC ha acudit a altres arguments per defensar la viabilitat d'un tractament diferenciat o plural en matèria de pensions: «Els articles 41 i 50 CE no limiten a l'establiment d'un únic sistema prestacional fonamentat en principis idèntics, ni a la regulació d'uns mateixos requisits o la previsió d'iguals circumstàncies determinants del naixement del dret» (STC 114/1987); «La identitat en el nivell de protecció de tots els ciutadans podrà constituir quelcom desitjable des del punt de vista social, però, quan les prestacions deriven de diferents sistemes o règims, cadascun amb normativa pròpia,

no constitueix un imperatiu jurídic» (SSTC 103/1984 i 27/1988), «ni vulnera el principi d'igualtat» (SSTC 77/1995; 349/2006, d'11 de desembre; 33/2007, de 12 de febrer, i 89/2009, de 20 d'abril).

A més, l'art. 174.3 LGSS, norma administrativa, acaba per definir, en l'àmbit de Dret especial esmentat, un model autònom, qualificat i propi d'unió estable de parella.

VI. REFERÈNCIA AL DRET EUROPEU I COMUNITARI

En el Dret europeu, els països pioners en regular les unions de fet van ser: Suècia (Llei 1987/232, de la llar comuna dels convivents de fet; Llei 1987/813, de convivents homosexuals, i Llei de registre de la parella de fet, de 23 de juny de 1994); Dinamarca, el primer país que va regular el matrimoni d'homosexuals (Llei núm. 372, de registre civil de parelles, de 7 de juny de 1989), i Noruega (Llei de registre de parelles, d'1 d'agost de 1993). A Holanda, en legislació iniciada l'any 1993, des de l'abril de 2001 està permès que les parelles —del mateix o diferent sexe— que vulguin formalitzar la seva relació puguin triar una de les tres opcions següents: matrimoni civil, parella registrada o acord de convivència, això sense perjudici del reconeixement de les parelles en convivència lliure, que no està exempta de certes conseqüències jurídiques.

En el Dret europeu, els països pioners en regular les unions de fet van ser Suècia, Dinamarca, Noruega i Holanda

Com a prova del secular reconeixement de l'autoordenació de les relacions de parella en els ordenaments del nord d'Europa, la doctrina es refereix a un cas en el qual una parella sueconoruega va celebrar, el 1889, un contracte establint les bases de la seva convivència fora del matrimoni, incloent el deure mutu de socors, que podia ser exigut fins i tot si la unió es dissolia i si una de les parts no estava en condicions de proveir per si mateixa les necessitats pròpies [T. Noack, 2001] (GARCÍA RUBIO, 2006: 114).



En el *Dret comunitari*, atès que l'examen d'aquesta matèria excedeix de l'objecte d'aquest estudi, només es prestarà atenció, en primer lloc, a la informació sumària que ofereix el portal europeu sobre les unions de fet, i, en segon lloc, es farà referència a les dues propostes de Reglament que tenen una vinculació estreta i que es troben en curs d'aprovació, pràcticament en paral·lel. L'aprovació d'aquests reglaments, un relatiu a les relacions matrimonials i un altre sobre els aspectes patrimonials de les unions de fet, suposarà un avanç important per dilucidar la llei aplicable a aquestes relacions i resoldre els conflictes de lleis.

Pel que fa a la primera qüestió, el portal informatiu de la UE⁽⁴⁾ (consultat el 7 de juliol de 2014) distingeix les classes de parella extramatrimonial següents:

1. «Unió de parella registrada» (partenariat enregistré)

El *Llibre verd* sobre el conflicte de lleis en matèria de règim matrimonial, amb especial referència a les qüestions de competència jurisdiccional i reconeixement mutu (presentat per la Comissió) [SEC(2006) 952], defineix la *parella registrada* com la «convivència de dues persones que viuen en parella i que han registrat aquesta unió davant d'una autoritat pública establerta per la llei del seu estat membre de residència. Als efectes del *Llibre verd*, aquesta categoria inclourà també les relacions de les parelles no casades vinculades per un "contracte registrat" del tipus del "pacs" [pacte civil de solidaritat] francès». Al seu torn, la proposta de Reglament del Consell relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades [COM(2011) 127 final]⁽⁵⁾ les defineix de la manera següent: «"Unió registrada": règim de vida en comú entre dues persones contemplat per la llei i registrat per una autoritat pública» [art. 2.b)].

El portal europeu assenyala que aquest supòsit està reconegut en diferents països de la UE, en els quals «és possible formalitzar una relació sense casar-se mitjançant una unió registrada, de vegades denominada unió civil». La «unió registrada permet a dues persones que conviuen en parella inscriure la relació davant de l'Administració corresponent del seu país de residència». Però existeixen «diferències enormes en-

tre els països de la UE en aquest sentit, i no només pel que fa a les possibilitats que ofereixen, sinó també al grau de reconeixement de les unions celebrades a l'estranger, si és que les reconeixen». Assenyala el portal que les unions registrades no estan reconegudes a Bulgària, Xipre, Estònia, Grècia, Itàlia, Letònia, Lituània, Malta, Polònia, Romania i Eslovàquia, però tots els països que permeten el matrimoni entre persones del mateix sexe solen reconèixer les unions registrades entre persones del mateix sexe celebrades en altres països.

2. «Unió de fet»

Aquest supòsit es refereix a les parelles estables no registrades que conviuen de manera continuada. El *Llibre verd* les defineix de la manera següent: «"Unió lliure (o cohabitació no marital o concubinat)": situació en la qual dues persones viuen juntes de manera estable i continua sense que aquesta relació s'hagi registrat davant una autoritat».

En tota la UE, aquestes parelles gaudeixen de drets, fins i tot en el cas que la unió no s'hagi inscrit davant de cap administració. En cas de trasllat de residència de la parella de fet a un altre país de la UE, si es pot acreditar la convivència duradora de la parella, el país receptor «ha de facilitar l'entrada i la residència del membre de la parella sigui o no ciutadà o ciutadana de la UE».

En els països de la UE que reconeixen les unions de fet «també existeixen previsions sobre drets i obligacions en matèria de béns, herències i pensions d'aliments en cas de separació. Aquests drets són d'especial importància per a les parelles del mateix sexe, doncs no tots els països de la UE permeten que es casin o registrin la seva unió». Amb tot, el portal informatiu esmentat adverteix que la majoria dels països membres «no han definit amb exactitud com s'acredita» una convivència o relació duradora. En el supòsit de països que no admeten el matrimoni entre parelles del mateix sexe ni el Registre de la unió, o en el cas de no elegir cap d'aquestes opcions, una possibilitat seria signar un contracte de convivència que reguli determinats aspectes de la vida en comú, però «tot i així, serà difícil fer valer els vostres drets» (en la doctrina, vegeu, entre d'altres, CARRIÓN, 2012: 569 i seg.).

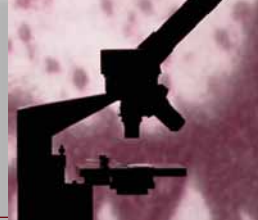
Pel que fa a les propostes de Reglament, n'hi ha prou de posar en relleu que

la primera es refereix a la proposta de Reglament del Consell de 17 de juliol de 2006, pel qual es modifica el Reglament (CE) núm. 2201/2003, pel que fa a la competència i s'introdueixen normes relatives a la llei aplicable en matèria matrimonial (presentada per la Comissió) [SEC(2006) 949][SEC(2006) 950], i la segona, a la proposta de Reglament sobre la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades [COM(2011) 127 final]⁽⁶⁾.

En la «Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions» [Brussel·les, 16.3.2011COM (2011) 125 final], s'afirma que: «Si bé les dues propostes presenten grans semblances pel que fa a l'estructura i el contingut, la Comissió considera que resultarà més fàcil tenir en compte les especificitats de cada tipus d'unió amb dos instruments legislatius que amb un únic instrument que reguli les dues figures. En efecte, el matrimoni i la unió registrada són figures jurídiques diferents a la UE⁽⁷⁾. El matrimoni és una institució jurídica tradicional en els vint-i-set estats membres, mentre que la unió registrada és una figura més recent reconeguda només en catorze estats, com ja s'ha indicat anteriorment. Per això, algunes de les solucions jurídiques proposades presenten inevitables diferències per a cadascun d'aquests dos estats. A més, com que el matrimoni i la unió registrada poden estar, segons els estats membres, oberts tant a parelles de sexe oposat com a parelles del mateix sexe, les dues propostes tenen un caràcter neutre respecte de l'orientació sexual»⁽⁸⁾.

Els països de la UE que reconeixen les unions de fet estableixen previsions sobre drets i obligacions en matèria de béns, herències i pensions d'aliments en cas de separació. Aquests drets són d'especial importància per a les parelles del mateix sexe, doncs no tots els països de la UE permeten que es casin o registrin la seva unió

En els àmbits respectius, les propostes de Reglament pretenen oferir una resposta adequada en termes de seguretat jurídica a les qüestions següents: quin



tribunal és competent per procedir a la liquidació del règim econòmic matrimonial o dels efectes patrimonials de la unió registrada?, quina llei s'aplica a aquesta liquidació?, es reconeix i executa fàcilment en un altre estat membre la resolució d'aquest tribunal o la decisió d'una altra autoritat competent d'un estat membre?

Sense perjudici de les solucions que actualment siguin aplicables, per respondre a aquests interrogants i des de la perspectiva transnacional europea, és evident que en un futur, que presumim proper, l'interpret jurídic i els ciutadans europeus hauran de remetre's al contingut dels reglaments corresponents, un cop que hagin estat objecte de promulgació.

REFERÈNCIES

AMBERT, A. M., «Union libre et mariage: Y a-t-il des similitudes?», a *Tendances contemporaines de la famille* [en línia], Ed. Institut Vanier de la Famille, Ontario, 2005. <<http://www.vanierinstitute.ca/modules/news/newsitem.php?itemId=357>>

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Las parejas no casadas», a YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pàg. 641-851.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, 8.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

BRANCÓS NÚÑEZ, E., «Derechos sucesorios de las uniones estables de pareja», a GARRIDO MELERO, M. (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. V, vol. III, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y parejas de hecho*, a CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, cap. XVI, 11.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2010.

— «Las parejas no casadas», a YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pàg. 641-851.

CARRIÓN, P., «Práctica notarial. Estatuto personal. Relaciones económicas del matrimonio. Referencia a las uniones de pareja», a *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. V, Ed. Consejo General del Notariado i Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pàg. 513-602.

CASTILLO, I., «Los registros de pareja de hecho», a *Mundo Jurídico* [en línia], 2013. <<http://www.mundojuridico.info/los-registros-de-pareja-de-hecho/>> [Enllaços d'interès referents a normativa vigent i registres de parella de fet en les diferents CCAA]

COCA PAYERAS, M., «Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad», a *Revista de Derecho Civil* [en línia], vol. I, núm. 1, 2014, pàg. 29-48. <<http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/48/28>>

COONITZ, S., *Historia del matrimonio*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. IV, t. I, 11.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

— *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, vol. I, 12.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones more uxorio», a *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línia], n.º 12, 2006, pàg. 1-24. <<http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/novedades-legales-tendencias-reformadoras-regulacion-instituciones-figuras-juridicas-relativas-uniones-more-uxorio>>

EESSA IBARRA, S. M., *Risalatul Mutha. El matrimonio temporal en el Islam* [en línia], Ed. Biblioteca Islámica Ahlul Bait (P), 2003. <<http://www.biab.org/pdf/I032.pdf>>

ESPIÑEIRA SOTO, I., «El Notario ante las parejas de hecho con elemento internacional: incidencia de la legislación autonómica. Especial referencia a los efectos patrimoniales-directos. Ecuador, un punto de partida para una exposición práctica», a *La Notaria*, núm. 42, 2007, pàg. 149-192.

EZQUERRO UBERO, J. J.; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., *Las parejas de hecho como sujetos de las políticas familiares en la España de las autonomías* [en línia], Ed. Fundación BBVA, Bilbao, 2007. <http://www.fbbva.es/TLFU/dat/informe_parejas_de_hechos_tcm26960544.pdf>

FRANCINO BATLLE, F. X., «Convivència estable en parella», en LUCAS ESTEVE, A. (dir.), *Dret Civil català*, vol. II, Ed. Llibreria Bosch, Barcelona, 2012, pàg. 383-413.

FOLLIA CAMPS, R., 2013, «Algunas consideraciones fundamentales en la regulación de las parejas de hecho», a *La Notaria*, núm. 1/2013, pàg. 27-36.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», a *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línia], núm. 10, 2006, pàg. 113-137. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/113_138%20GARCIA.pdf> [Exemplar dedicat a «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad»]

GARRIDO MELERO, M., «El régimen jurídico de las parejas de hecho», a *La Notaria*, núm. 23-24, 2005, pàg. 33-72.

— *Derecho de Familia (Un análisis del Código Civil catalán y su correlación con el Código Civil español)*, t. I, 2.ª ed., Ed. M. Pons, Madrid, 2013.

— «El principio de libertad civil y la forma pública (notarial) en el nuevo Derecho de Familia», a *La Notaria*, núm. 3/2013, pàg. 9-14.

GARRISON, M., «The Decline of Formal Marriage: Inevitable or Reversible?», en *Family Law Quarterly* [en línia], vol. 41, núm. 3, 2007, pàg. 489-518. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084562>

— «Cohabitant obligations: Contract versus status», a BOELE-WOELKI, K.; SCHERPE, J. M. (ed.), *The Future of Family Property in Europe*, Ed. Intersentia, Cambridge, Amberes, Portland, 2011, pàg. 115-137.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GIDDENS, A., *Sociología*, 6.ª ed., Ed. Alianza, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ BOU, E., «La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión», a BARRADA, R.; GARRIDO, M.; NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pàg. 505-538.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Ley nacional e intervención notarial en sucesiones», a *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. V, Ed. Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pàg. 303-358.



HARRIS, M., *Antropología cultural*, 3.^a ed., Ed. Alianza, Madrid, 2011.

LEFAUCHEUR, N., «Niños sin padre, madres sin cónyuge: un enfoque programático», a *Nuevas formas de familia. Perspectivas nacionales e internacionales* [en línia], Ed. Unicef i Udelar, 2003, pàg. 55-71. <http://www.unicef.org/uruguay/spanish/libro_familia.pdf> LLEBARIA SAMPER, S., «Planificación y conflictividad patrimonial en la pareja de hecho», a GARRIDO MELERO, M.; FUGARDO ESTIVILL, J. M.^a (coord.), *Conflictos en torno a los patrimonios personales y empresariales*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pàg. 1153-1229.

LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

MALAUURIE, P.; AYNÉS, L., *La famille*, 4.^a ed., Ed. Defrénois, París, 2011.

MARTÍN-CASALS, M., «Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella», a EGEA I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (dir.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

— «El derecho a la "convivencia armónica de la pareja": ¿Un nuevo derecho fundamental?», a *Indret* [en línia], n.º 7/2013, pàg. 1-43. <<http://www.indret.com/pdf/990.pdf>>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (co-ord.), *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, 4.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2013.

MEIL LANDWERLIN, G., «Actitudes y uso social de las uniones de hecho en España», a *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línia], núm. 10, 2006, pàg. 95-111. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/095_112%20GERARDO.pdf> [Exemplar dedicat a «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad»]

PABLO CONTRERAS, P. de, «Matrimonio civil y sistema matrimonial», a YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pàg. 427-538.

PARRA LUCÁN, M.^a Á., «Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia», a *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. I, Ed. Consejo General del No-

tariado i Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pàg. 97-454.

PÉREZ UREÑA, A. A., *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*, Ed. Edisofer, Madrid, 2002.

PLAZA PENADÉS, J., «El Derecho Civil, los derechos civiles forales o especiales y el Derecho Civil autonómico», a *Derecho Civil Valenciano* [en línia], núm. 12, 2012. <<http://derecho-civilvalenciano.com/revista/numeros/numero-12-segundo-semester-2012/item/194-el-derecho-civil-los-derechos-civiles-forales-o-especiales-y-el-derecho-civil-auton%C3%B3mico>>

PUIG I FERRIOL, L.; ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, t. II, vol. 2, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

RIVES GILABERT, J. M.^a; RIVES SEVA, A. P., «Evolución histórica del sistema matrimonial español», a *Noticias Jurídicas*, 2001. <<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200111-38551824910132961.html>>

ROCA TRIAS, E., «Familia y Constitución», a *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línia], núm. 10, 2006, pàg. 207-227. <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/10/207_228%20ROCA.pdf> [Exemplar dedicat a «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad»]

RODRÍGUEZ PASCUAL, I.; MENÉNDEZ ÁLVAREZ-DARDET, S., «El reto de las nuevas realidades familiares», a *Portularia* [en línia], núm. 3, 2003, pàg. 9-32. <<http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/165/b15148166.pdf?sequence=1>>

SÁEZ, M., «Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families Around the World: Why "Same" is so Different», a *Washington College of Law Research Paper*, núm. 2011-19, pàg. 1-54. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1883757>

SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Codificación, recodificación, refundición de textos y creación de riqueza», a *La Notaria*, núm. 2/2013, pàg. 3-4.

— *Modelos familiares, uniones de hecho y el reconocimiento jurídico de sus derechos sucesorios en el Derecho Comparado*, 2014. [Treball facilitat pel seu autor de propera publicació.]

SERRANO GÓMEZ, E., «La celebración del matrimonio», a YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pàg. 539-639.

SOCIAL TRENDS INSTITUTE, *Matrimonio y bien común: Los diez principios de Princeton* [en línia], Ed. Social Trends Institute, Barcelona, 2007. <http://www.msperu.org/matrimofam/1matrimonio/bajarmatr/26_Matrimonio_y_Bien_Comun.pdf>

SOLÉ RESINA, J., *Derecho de Familia vigente en Cataluña*, 3.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, València, 2013.

THERY, I.; LEROYER, A.-M., «Filiation, origines, parentalité. Le Droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle (Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité)» [en línia], Ed. Ministère des Affaires Sociales et de la Santé, París, 2014. <<http://lettre.ehess.fr/7478?file=1>>

VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La pareja de hecho y otras situaciones convivenciales no reguladas», a BARRADA, R.; GARRIDO, M.; NASARRE, S. (coord.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pàg. 539-556.

ZABALO ESCUDERO, E., Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos, a *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, t. V, Ed. Consejo General del Notariado i Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pàg. 389-511.

ZÚÑIGA ORTEGA, A. V., *Concubinato y familia en México* [en línia], Ed. Universidad Veracruzana, Veracruz, 2011. <<http://www.uv.mx/bdh/files/2012/10/concubinato-familia-mexico.pdf>>

- (1) Treball acabat el 7 de juliol de 2014.
- (2) <http://ciec1.org/SignatRatifConv.pdf>.
- (3) Tots els textos ressaltats de la doctrina que es ressenya es deuen a l'autor que cita.
- (4) http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/index_es.htm.
- (5) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:ES:PDF>.
- (6) Sobre l'iter legislatiu, vegeu [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0060\(CNS\)&l=EN](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0060(CNS)&l=EN).
- (7) Èmfasi afegit.
- (8) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0125&id=1>.

Tractament legal del contracte de gestació per substitució en el Dret Internacional Privat espanyol en vista de la STS de 6 de febrer de 2014. Digue'm, nen, de qui ets...?

Aurelia Álvarez Rodríguez

Professora Titular de Dret Internacional Privat de la Universitat de Lleó

David Carrizo Aguado

Professor Associat de Dret Internacional Privat de la Universitat de Lleó

SUMARI

- I. ASPECTES GENERALS: BREU ANÀLISI NORMATIVA I REFERÈNCIA AL DRET COMPARAT
- II. PRONUNCIAMENTS DISPARS EN LA JURISPRUDÈNCIA ESPANYOLA DAVANT D'UN MATEIX SUPÒSIT DE FET
- III. REFLEXIÓ FINAL
- IV. BIBLIOGRAFIA

I. ASPECTES GENERALS: BREU ANÀLISI NORMATIVA I REFERÈNCIA AL DRET COMPARAT

La gestació per substitució (o maternitat subrogada) és un supòsit de reproducció humana assistida mitjançant el qual una dona es compromet a gestar un bebè concebut a través de tècniques de reproducció assistida perquè una altra o altres persones puguin ser pares⁽¹⁾.



El conveni de gestació per substitució es pot deure a moltes circumstàncies, com pot ser la incapacitat de gestar d'una dona⁽²⁾ (infertilitat, edat...) o bé perquè no es desitgi ser mare ges-

tant (com en el supòsit de l'existència de malalties de caràcter genètic de la mare), o fins i tot el desig de ser pares per part de les parelles homosexuals d'homes.



FITXA TÈCNICA

Resum: A l'ordenament jurídic espanyol, és nul de ple dret el conveni derivat de gestació per substitució, en virtut del que es disposa a l'art. 10 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida. Atesa aquesta prohibició, els ciutadans espanyols han acudit a altres ordenaments jurídics estrangers que admeten la possibilitat de convertir-se en pares d'un nen nascut d'una dona amb la qual se subscriu un contracte de «ventre de lloguer». El problema més evident sorgeix entorn del reconeixement d'una situació consolidada a l'estranger i de donar-li estabilitat a l'ordenament intern espanyol, amb la corresponent inscripció del menor al Registre Civil, a favor dels comitents, que són reconeguts com a pares per un ordenament jurídic estranger.

Paraules clau: Gestació per substitució, Dret Comparat, filiació i tècniques de reproducció assistida.

Abstract: In the Spanish legal system, the agreement deriving from surrogate motherhood is legally void, by virtue of Article 10 of the Law 14/2006, of May 26, concerning techniques of assisted human reproduction. Due to this prohibition, Spanish citizens have resorted to other foreign legal systems that allow the option of becoming parents of a child born of a woman with whom a surrogate motherhood contract has been signed. The most evident problem arises in the recognition of a situation brought to completion abroad, and in granting it stability in the internal Spanish legal system, with the appropriate entry of the minor child in the Civil Registry, in favor of the parties to the contract, who are recognized as parents by a foreign legal system.

Keywords: Surrogate motherhood, Comparative Law, parenthood, assisted reproduction techniques.

La gestació per substitució pot suposar que la dona gestant només aporti el seu úter i la parella comitent aporti el seu material reproductor prèviament fecundat, que s'implantaria a l'úter de la primera per a la seva gestació. També pot succeir que la mare gestant aporti els seus propis òvuls, que seran fecundats pels gàmetes de l'home comitent o d'un altre home. Però pot passar que el material reproductor implantat a l'úter de la dona gestant no provingui dels comitents, sinó de terceres persones alienes al contracte⁽³⁾.

La gestació per substitució (o maternitat subrogada) és un supòsit de reproducció humana assistida mitjançant el qual una dona es compromet a gestar un bebè concebut a través de tècniques de reproducció assistida perquè una altra o altres persones puguin ser pares

En els darrers anys, atès el nombre creixent de persones que acudeixen a la contractació de «ventres de lloguer» i els efectes derivats d'aquesta tècnica de reproducció, es pot afirmar que està destinada a ser un nou tòpic en el marc inter-

nacional privat modern⁽⁴⁾. Això es deu al fet que aquesta tècnica és acceptada en uns països i rebutjada en altres, tant des de la perspectiva legal⁽⁵⁾ com des d'una mera fonamentació eticomoral⁽⁶⁾, i té com a conseqüència que moltes parelles creuin la frontera cap a la cerca d'ordenaments jurídics en què aquesta pràctica estigui permesa. Atesa aquesta situació, es parla amb freqüència de *turisme reproductiu*⁽⁷⁾, malgrat que la utilització d'aquesta terminologia pot desvirtuar les raons per les quals els contractants acudeixen a aquesta tècnica de reproducció⁽⁸⁾. En aquest escenari, ens trobem amb situacions jurídiques internacionals de les quals es deriven «models socials i jurídics de vida» inspirats en concepcions diferents i, sovint, oposades i incompatibles⁽⁹⁾.

La legislació espanyola⁽¹⁰⁾ coincideix en la prohibició de la maternitat subrogada amb la de països veïns⁽¹¹⁾ com ara França, Itàlia, Alemanya, Holanda i Suècia. El Dret francès és contrari a la gestació per substitució: a l'art. 16.7 del Codi Civil francès es disposa que qualsevol convenció referida a la procreació o a la gestació per compte d'altri és nul·la, i s'ha d'entendre, per aplicació de l'art. 16.9 del mateix Codi, que aquesta nul·litat és d'ordre públic. A la legislació italiana, el contracte de gestació per substitució és nul de ple dret en qualsevol de les seves modalitats, segons resulta de l'art. 12.6 de la Llei de 19

de febrer de 2004, núm. 40, que disposa que serà castigat amb pena de presó de tres mesos a dos anys i amb una multa de 600.000 a 1.000.000 d'euros el qui de qualsevol manera realitzi, organitzi o doni publicitat a la subrogació de maternitat⁽¹²⁾. També a Alemanya se sanciona la utilització abusiva de les tècniques de reproducció i constitueix pena de privació de llibertat de fins a tres anys. A Holanda, el contracte de gestació per substitució es considera nul per esdevenir causa il·lícita i ser contrari a la moral i a l'ordre públic. I a Suècia, de la mateixa manera, es prohibeix la pràctica de la maternitat subrogada, però únicament quan existeix remuneració.

D'altra banda, són molts els estats que l'admeten; ara bé, no tots l'accepten de la mateixa manera. Així, el Regne Unit⁽¹³⁾, Austràlia, el Canadà, Grècia, el Brasil, Mèxic Districte Federal, Mèxic Tabasco⁽¹⁴⁾, Israel i Sud-àfrica rebutgen el conveni gestacional si presenta finalitats comercials. En canvi, aquesta tècnica es permet en alguns estats, fins i tot amb finalitats lucratives⁽¹⁵⁾, entre els quals podem esmentar Rússia, Ucraïna i l'Índia⁽¹⁶⁾.

Pel que fa als primers ordenaments ressenyats, que en rebutgen l'admissibilitat en no permetre la validesa del contracte gestacional⁽¹⁷⁾, aquests s'enfronten a decidir si accepten les conseqüències jurídiques derivades d'aquesta situació consolidada a l'estranger. Per tant, una qüestió fonamental que mirarem d'abordar més profundament és la relativa a l'eventual atorgament d'efectes en relació amb la filiació dels seus nacionals que *a priori* són estranys als països de recepció i fins i tot semblen contradir certs principis bàsics, com pot ser l'ordre públic⁽¹⁸⁾.

Una preocupació imminent que planteja el tema de la maternitat subrogada és determinar quin estatus jurídic és aplicable als menors concebuts a través d'una gestació per substitució, que estan a cura de persones que són pares dels seus fills d'acord amb les lleis estrangeres. La clau està a raonar sobre el cas concret i intentar determinar si qualsevol tipus de filiació derivada de maternitat subrogada pot afectar el nostre ordre públic, ja que no en tots els casos es cosifica el nascut ni es denigra la dona gestant⁽¹⁹⁾.

És interessant anotar l'aportació que trobem al si de la Conferència de Dret Inter-



nacional Privat de La Haia, que va començar els seus treballs l'any 2011⁽²⁰⁾. Després d'un apropament a la problemàtica general de la filiació, es va iniciar l'aprofundiment en el tema específic de la filiació derivada de la gestació per substitució⁽²¹⁾. Posteriorment, es van enviar diversos qüestionaris als Estats Membres⁽²²⁾, i el març de 2014 es va publicar un document de treball⁽²³⁾ i un estudi sobre els problemes que plantegen els contractes de maternitat subrogada de caràcter internacional⁽²⁴⁾. Tot això amb la finalitat de constituir en els propers mesos un grup d'experts per analitzar la viabilitat de l'elaboració d'un instrument internacional. Aquest text podria posar en marxa no tant l'harmonització de les normes de Dret Internacional Privat relatives a l'establiment de la filiació per subrogació com l'establiment d'un marc de cooperació entre autoritats⁽²⁵⁾.

En aquesta seu, es tractaria d'afavorir que les filiacions constituïdes vàlidament en un estat que admeti aquesta forma de gestació siguin reconegudes en un altre estat l'ordenament del qual prohibeixi aquesta pràctica, tal com succeeix a Espanya d'acord amb el que es preveu a l'art. 10.1 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida (d'ara endavant, LTRHA).

En tot cas, la tasca realitzada en aquesta organització internacional de caràcter universal es proposa assumir la doctrina de l'ordre públic atenuat amb l'objectiu d'afavorir un possible reconeixement de situacions creades legalment a l'estranger⁽²⁶⁾ però prohibides a l'estat receptor. Així, es tracta de desplegar plens efectes jurídics derivats d'aquesta tècnica reproductiva constituïda vàlidament a l'emparrà d'un ordenament jurídic estranger, fins i tot quan aquesta pràctica estigui prohibida a l'estat en què es pretengui aquest reconeixement.

II. PRONUNCIAMENTS DISPARS EN LA JURISPRUDÈNCIA ESPANYOLA DAVANT D'UN MATEIX SUPÒSIT DE FET

1. Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 18 de febrer de 2009

Els casos de filiació que deriven de maternitat subrogada portats a terme a

l'estranger topen amb la problemàtica de la inscripció dels nascuts als corresponents Registres Civils espanyols.

Fins ara, el Centre Directiu només ha estat obligat a pronunciar-se sobre situacions en què la relació de filiació ja havia estat establerta a l'estranger per autoritats locals i que, posteriorment, se'n sol·licitava la inscripció al Registre Civil espanyol mitjançant la presentació de títol acreditatiu d'aquesta filiació⁽²⁷⁾.

La RDGRN de 18 de febrer de 2009 constitueix una decisió pionera en relació amb aquest tema delicat i complex, i ofereix una solució legal avantguardista no donada fins ara

El cas més conegut al nostre país és el derivat de la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, RDGRN) de 18 de febrer de 2009 (RJ 2009/1735), en què es dirimia la pretensió d'inscripció de dos menors nascuts d'una mare subrogada a Califòrnia⁽²⁸⁾; els menors eren fills de dos homes espanyols casats⁽²⁹⁾ que van contractar un ventre per gestar els seus fills a partir del material genètic d'un dels comitents; el matrimoni aportava el certificat de naixement expedit per les autoritats californianes, en què constava la paternitat dels homes integrants del matrimoni respecte d'aquests menors.

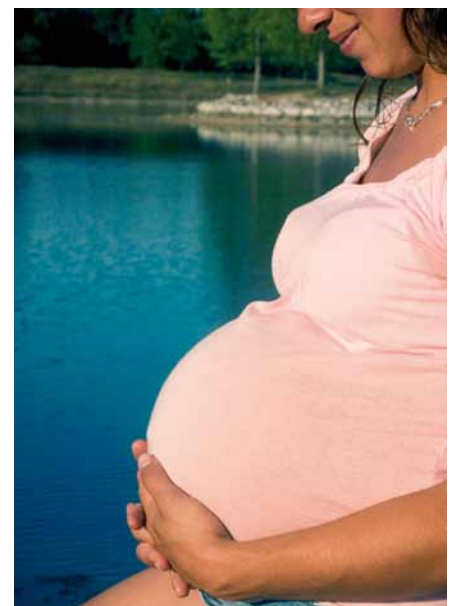
L'encarregat del Registre Consular espanyol a Los Angeles va denegar la inscripció sol·licitada argumentant que aquests fills havien estat concebuts a través de la tècnica de reproducció de gestació per substitució, la qual està prohibida per la legislació espanyola. Aquesta considera la gestant com la mare legal del nen, tal com es conté a l'art. 10.2 LTRHA; per això, d'acord amb aquest precepte, la dona que dona a llum⁽³⁰⁾ ha de ser considerada com la mare legal dels nascuts i els cònjuges espanyols no han de ser considerats com els pares d'aquests.

Doncs bé, la qüestió controvertida no era de «Dret aplicable a la filiació», sinó una qüestió d'«efectes jurídics a Espanya d'una decisió pública estrangera», és a dir,

de «validesa extraterritorial de decisions estrangeres a Espanya»⁽³¹⁾. Per tant, per decidir sobre l'eventual accés de la decisió registral californiana al Registre Civil espanyol, les autoritats registrals espanyoles no van haver d'aplicar les normes de conflicte, ni tampoc la llei substantiva designada per aquestes normes de conflicte, és a dir, la LTRHA⁽³²⁾.

Davant d'aquest escenari, els cònjuges decideixen recórrer contra la denegació d'inscripció davant la Direcció General dels Registres i del Notariat (d'ara endavant, DGRN). El Centre Directiu va ordenar la inscripció registral dels menors amb idèntica filiació que la que constava als Registres Civils californians; per tant, els nascuts a Califòrnia són fills naturals dels cònjuges masculins espanyols. Aquesta Resolució constitueix una decisió pionera en relació amb aquest tema delicat i complex, i ofereix una solució legal avantguardista no donada fins ara.

Aquesta Resolució aplica l'art. 81 del Reglament del Registre Civil (en endavant, RRC), que considera com a títol per a la inscripció el «document autèntic estranger amb força a Espanya d'acord amb les lleis o Tractats Internacionals». Bàsicament, es limita a un control de legalitat basat en requisits de manera consistent a comprovar que es tractava d'un document públic autoritzat per una autoritat registral estrangera que desenvolupés funcions equivalents a les espanyoles⁽³³⁾. Davant d'aquest atribolament, el Ministeri Fiscal





va interposar recurs contra aquesta Resolució, i tot això és afrontat a la Sentència del Jutjat de Primera Instància de València núm. 15, de 15 de setembre de 2010 (AC 2010/1707).

2. Sentència del Jutjat de Primera Instància de València de 15 de setembre de 2010 i Sentència de l'Audiència Provincial de València de 23 de novembre de 2011

La Sentència d'Instància situa la qüestió evidenciant que els art. 81 i 85 RRC no podien ser aplicats, perquè es desvirtua el que es disposa a l'art. 23 de la Llei del Registre Civil⁽³⁴⁾, el tenor literal del qual adverteix que «*també es podran practicar, sense necessitat d'expedient previ, per mitjà d'un certificat d'assentaments estesos en Registres estrangers, sempre que no hi hagi dubte de la realitat del fet inscrit i de la seva legalitat conforme a la Llei espanyola*»; això implica, en opinió del Jutge, un control no només formal, sinó també material, és a dir, un control de la realitat del fet inscrit al Registre estranger.

En la decisió es conclou que la certificació no s'ajustava a la Llei material espanyola, ja que contravenia l'art. 10 LTHRA, i aquesta mantenia que existeixen importants obstacles a la inscripció en el Registre Civil, residits essencialment en la infracció que suposa la certificació registral californiana a l'ordre públic internacional espanyol⁽³⁵⁾. La nul·litat del contracte de gestació per substitució fa que, a efectes legals, s'hagi de considerar sempre com

a mare la gestant i no la biològica, en cas que aquesta sigui diferent d'aquella.

En aquest context, els cònjuges decideixen recórrer contra la decisió, i això es tracta a la Sentència de l'Audiència Provincial de València de 23 de novembre de 2011 (AC 2011/1561), que de nou rebutja la inscripció al Registre Civil argumentant que el principi fonamental de protecció de l'«*interès superior del menor*» no pot servir de coartada per donar cabuda en el nostre ordenament jurídic la inscripció d'una filiació derivada d'un conveni de gestació per substitució que és nul⁽³⁶⁾.

3. Sentència del Tribunal Suprem de 6 de febrer de 2014

Doncs bé, en aquest itinerari procesal de resolucions, el matrimoni d'homes espanyols formula recurs de cassació⁽³⁷⁾ (núm. 245/2012) davant del Tribunal Suprem (TS) contra la Sentència de l'Audiència Provincial de València de 23 de novembre de 2011. Amb data 6 de febrer de 2014, l'Alt Tribunal es pronuncia respecte d'això (JUR 2014/41333), i rebutja l'accés al Registre Civil de les certificacions realitzades per l'autoritat registral californiana. El TS basa els seus postulats, essencialment, en qüestions de manteniment de l'ordre públic espanyol⁽³⁸⁾, de protecció de les dones gestants i dels menors que s'han convertit en mercaderia de compravenda⁽³⁹⁾. A més, també assenyala que aquesta pràctica només és assolible per aquells que tenen elevats recursos econòmics i estableix criteris discriminatoris

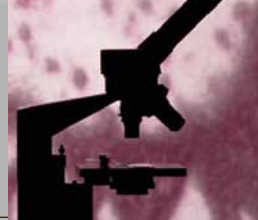
per aquell sector de població que té vetat l'accés a aquest tipus de tècniques de reproducció⁽⁴⁰⁾.

En canvi, els quatre magistrats discrepants formulen un vot particular⁽⁴¹⁾ basant-se en la prevalença de l'interès dels menors⁽⁴²⁾ i en la necessitat de reconeixement jurídic d'aquesta realitat social⁽⁴³⁾. Raonen que no es pot afirmar que la gestació per substitució suposi una «*cosificació de la dona gestant i el nen*», i que s'ha de concebre com una manifestació del dret a procrear, especialment per als qui no poden tenir un fill genèticament propi⁽⁴⁴⁾. Per tant, al·leguen un ordre públic internacional atenuat, ja que qualsevol visió absolutista de l'ordre públic no «*lli-ga*» amb la funció encomanada als jutges i Tribunals, que és la de resoldre qüestions concretes⁽⁴⁵⁾.

En aquest punt, és significatiu mostrar els pronunciaments de *dues sentències* emanades del Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) de 26 de juny de 2014⁽⁴⁶⁾. En sengles decisions, l'Alt Tribunal europeu estima que no reconèixer la filiació de fills nascuts de mares de lloguer a l'estranger podria afectar la identitat dels menors⁽⁴⁷⁾, perquè prohibir totalment l'establiment d'un vincle de filiació entre un pare i els seus fills biològics vulnera l'art. 8 del Conveni per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950. La Cort de Cassació francesa va rebutjar la demanda de les parelles, per considerar que reconèixer aquesta filiació atempta contra els principis essencials del Dret francès i transgredeix l'ordre públic. Els magistrats europeus consideren que els menors no es poden trobar en una situació d'incertesa jurídica, ja que en un altre cas les autoritats franceses van rebutjar fins i tot admetre la filiació entre els menors i el seu pare biològic, malgrat que els embrions van ser concebuts amb el material genètic del pare i els ovòcits d'una donant.

Els criteris que es reflecteixen en els pronunciaments del TEDH s'aproximen a l'ordre públic internacional atenuat. Si es compara la situació entre Espanya i França, s'aprecia una gran similitud, tant en la seva normativa vigent com en les actituds jurisprudencials, ja que es manté la prohibició absoluta dels convenis de gestació per substitució i el desplaçament dels





seus efectes a nivell substantiu i registral⁽⁴⁸⁾. Això no permet aventurar que, davant d'un eventual recurs de la STS de 6 de febrer de 2014 davant la Cort d'Estrasburg, l'Estat espanyol corri el risc de ser multat, tal com ho ha estat la República Francesa en els casos *Mennesson* i *Abassee* (STEDH de 26 de juny de 2014)⁽⁴⁹⁾.

Seguint l'anàlisi de la STS, com a punt de partida hem d'assenyalar que un dels disbarats de la Sentència és el fet de considerar irrelevant si el títol estranger objecte d'inscripció és la certificació registral o la resolució judicial prèvia mitjançant la qual es va homologar el contracte gestacional. L'Alt Tribunal obvia que la mateixa resolució judicial és la que atribueix efectes al contracte de gestació per substitució i fixa la relació de filiació a favor dels cònjuges espanyols, i en què s'hi estableix que la mare gestant va emetre de manera lliure el seu consentiment i que, per això, accepta les conseqüències dels seus actes, que l'exclouen de qualsevol tipus de relació amb els menors que va gestar.

El TS pivota els seus raonaments sota la pretensió d'inscripció d'un títol estranger i, per això, les normes a les quals hauria d'acudir per donar efecte a aquesta situació són aquelles que regulen la inscripció a Espanya dels títols estrangers

Quant a la gestació dels efectes registrals de la gestació per substitució a Espanya en vista de la STS objecte de la nostra anàlisi, cal distingir dos supòsits. D'una banda, aquells casos en què la filiació derivi d'una certificació registral estrangera en què es reflecteixi el que es conté en una decisió judicial anterior (en aquest cas, no seria aplicable la prohibició continguda a l'art. 10.1 LTRHA, ja que l'assumpte que se sotmet a l'autoritat espanyola no és la legalitat del contracte, sinó el reconeixement d'una resolució estrangera vàlida i legal conforme a la seva normativa). D'altra banda, els supòsits en què no es reflecteixi el que es conté en una sentència prèvia i, per tant, en què el control a realitzar per l'autoritat espanyola competent s'ha de fer mitjançant revisió del Dret intern de l'estat a què pertany el Registre del qual

prové la certificació objecte d'inscripció al Registre Civil espanyol⁽⁵⁰⁾.

El TS, indubtablement, pivota els seus raonaments sota la pretensió d'inscripció d'un títol estranger i, per això, les normes a les quals hauria d'acudir per donar efecte a aquesta situació són aquelles que regulen la inscripció a Espanya dels títols estrangers. Per tant, el camí més idoni és la tramitació d'un procediment d'exequàtur de la sentència estrangera⁽⁵¹⁾ que permeti, així, que la filiació determinada en aquesta desplegui tots els efectes, sempre que i en tot cas que aquesta resolució no sigui manifestament incompatible amb l'ordre públic espanyol⁽⁵²⁾.

Considerem que, des de l'òptica del Dret Internacional Privat, l'accés de les qualificacions registrals estrangeres al Registre Civil espanyol s'ha de valorar no a través de l'aplicació del Dret espanyol ni a través de les normes de conflicte espanyols⁽⁵³⁾, sinó a través de les normes específiques que en Dret espanyol disciplinen l'accés de les certificacions registrals estrangeres al Registre Civil espanyol. Per tant, s'exclou l'aplicació de l'art. 9.4 CC i tampoc serà aplicable la llei substantiva a què condueixen aquestes normes de conflicte, que és la LTRHA⁽⁵⁴⁾.

En definitiva, la inscripció de naixement del menor només es podrà realitzar presentant, juntament amb la sol·licitud d'inscripció, la resolució judicial estrangera, que haurà de ser objecte d'exequàtur; per tant, no s'admetrà com a títol apte una certificació estrangera o la simple declaració acompanyada de la certificació mèdica relativa al naixement del menor⁽⁵⁵⁾.

4. Instrucció de la DGRN de 5 d'octubre de 2010: la concreció de l'interès del menor

Anteriorment a la decisió del TS i com a conseqüència de l'anul·lació de la RDGRN de 18 de febrer de 2009 per la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 15 de València, de 15 de setembre de 2010, la DGRN va haver de pronunciar-se sobre la qualificació registral del certificat de naixement estranger atorgat per autoritat pública estrangera i de la possible compatibilitat d'una resolució estrangera amb els principis bàsics de l'ordenament jurídic espanyol. Per aquest motiu, es va dictar la Instrucció de la DGRN de 5

d'octubre de 2010, sobre el règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució⁽⁵⁶⁾.

El Centre Directiu, mitjançant l'esmentada Instrucció, assenta els seus raonaments a través de divuit directrius amb la finalitat de dotar de protecció jurídica l'interès superior del menor⁽⁵⁷⁾; per això, s'estableixen essencialment tres criteris: en primer lloc, quins són els instruments necessaris perquè la filiació tingui accés al Registre Civil espanyol, quan almenys un dels progenitors sigui de nacionalitat espanyola, com a via de reconeixement extraterritorial de decisions estrangeres; en segon lloc, la inscripció registral mai no pot permetre que amb aquesta es doti d'aparença de legalitat supòsits de tràfic internacional de menors, i, en últim terme, que en cap cas es vulneri el dret del menor de conèixer el seu origen biològic, conforme al que s'expressa a l'art. 7.1 de la Convenció de Drets del Nen, de les Nacions Unides, de 20 de novembre de 1989⁽⁵⁸⁾, i el que es conté a l'art. 12 de la Llei 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional⁽⁵⁹⁾. Juntament amb aquests, cal valorar altres interessos presents als contractes de maternitat subrogada, com ara la protecció de les dones gestants, la capacitat i el consentiment de les parts intervinents i la irrevocabilitat del consentiment⁽⁶⁰⁾.

Un dels paràmetres en què més es centra la Instrucció és la compatibilitat entre ordre públic i interès del menor. En primer lloc, cal conceptualitzar la noció d'*ordre públic* en matèria de filiació; per la seva pròpia naturalesa, es presenta canviant i flexible en relació amb les circumstàncies i realitats d'un moment concret, que reflecteixen els valors i principis d'una societat. Per això, és conseqüència lògica analitzar la resolució estrangera de manera individualitzada i comprovar si atempta o no contra els principis fonamentals del fòrum⁽⁶¹⁾.

Segons el parer de la DGRN, la certificació estrangera que compleixi amb els requisits i condicionaments establerts en la Instrucció ha de desplegar tots els seus efectes a Espanya, amb independència que des del punt de vista substantiu el contracte gestacional estigui completament prohibit; per això, s'ha de concretar una doble situació: d'una banda, quan el contracte gestacional es formalitzi en un



país estranger que la seva llei admeti, la Instrucció de la DGRN permet que produïxi efectes a Espanya, perquè autoritza no el contracte, sinó l'efecte del contracte; d'altra banda, quan el contracte de gestació per substitució es formalitzi a Espanya, l'efecte és diferent, ja que sota els auspicis de l'art. 10 LTRHA es declara la nul·litat del conveni gestacional i es tanca l'accés al Registre Civil⁽⁶²⁾.

La inscripció de naixement d'un menor nascut a l'estranger amb gestació per substitució es podrà realitzar presentant, juntament amb la sol·licitud d'inscripció, la resolució judicial dictada pel tribunal competent en què es determini la filiació del nascut i sempre amb exequàtur

Per això, es presumeix que els interessats, sempre que almenys un dels comitents sigui espanyol i porti material genètic, no incorreran en frau de llei ni en *forum shopping*. En canvi, un sector de la doctrina⁽⁶³⁾ estima que la solució proposada per la Instrucció no és correcta, perquè està prestant cobertura al turisme reproductiu, que mira d'eludir l'aplicació del que es conté a l'art. 10 LTRHA, en què es declara clarament la nul·litat del contracte de gestació per substitució⁽⁶⁴⁾. En la mateixa línia



de pensament⁽⁶⁵⁾ s'opina que l'interès del «nen» pot allotjar situacions que no protegeixen aquest interès superior del menor, ja que els efectes perversos de la mercantilització d'aquesta pràctica mèdica poden provocar situacions d'exploatació, principalment en la dona gestant. Hi ha inclús autors que van més enllà i qualifiquen la Instrucció com una representació d'ofertament de solucions de compromís, és a dir, que a la pràctica es legalitzen els contractes de gestació per substitució realitzats en un país estranger i es condicionen a una resolució judicial del país d'origen, malgrat que molts dels contractes materialitzats en diversos estats posseeixen menys garanties jurídiques respecte dels drets subjectius de les parts intervinents⁽⁶⁶⁾.

La inscripció de naixement d'un menor nascut a l'estranger com a conseqüència de tècniques de gestació per substitució només es podrà realitzar presentant, juntament amb la sol·licitud d'inscripció, la resolució judicial dictada pel tribunal competent en què es determini la filiació del nascut, sempre que aquesta obtingui exequàtur, de manera que per fer la inscripció de naixement caldrà presentar davant del Registre Civil espanyol la sol·licitud d'inscripció i la interlocutòria judicial que concedeixi l'exequàtur⁽⁶⁷⁾. Si bé és cert que l'esmentada Instrucció no exigeix l'exequàtur en cas que la resolució judicial estrangera tingui el seu origen en un procés anàleg a un d'espanyol de jurisdicció voluntària; en aquest supòsit l'encarregat del Registre Civil es limitarà a controlar incidentalment si aquesta resolució pogués ser reconeguda a Espanya, i garantirà així l'interès superior del menor i els drets de la mare gestant⁽⁶⁸⁾.

Els mecanismes d'accés de les sentències estrangeres al Registre Civil es regulen segons el que es disposa als art. 83 i 84 RRC; es tracta d'un «mecanisme de remissió», ja que per a l'accés d'aquestes sentències als registres oficials espanyols s'exigeix la prèvia obtenció del reconeixement de sentència estrangera. I si l'accés és a través d'un altre document públic que no és sentència, segons el que s'estipula a l'art. 81 RRC⁽⁶⁹⁾. Podem observar que la falta de coherència sobre com resoldre un determinat tema que afecta la inscripció d'un naixement derivat d'un contracte de subrogació pot comportar

que les parts topin amb la denegació de la inscripció indicada. Tant és així que la rígida legislació nacional espanyola quant a la no admissió d'aquests contractes, i com que són molts els casos que han accedit als Tribunals per solucionar el problema, ens fa reflexionar si no seria convenient adoptar una solució d'àmbit internacional per evitar situacions tan disperses⁽⁷⁰⁾.

Tenint en compte el que s'ha dit anteriorment, per salvar l'obstacle del comerç realitzat sobre el cos humà, alguns proposen dotar de similitud l'adopció⁽⁷¹⁾ i la gestació per substitució⁽⁷²⁾, per evitar la nul·litat del contracte de maternitat subrogada⁽⁷³⁾. Si bé és cert, hi ha veus molt contràries a aquesta equiparació entre totes dues figures legals⁽⁷⁴⁾, ja que això provocaria dificultat per trobar dones que estiguin disposades a quedar-se embarassades i a entregar el seu fill de manera totalment desinteressada. Fins i tot l'acord de subrogació pot ser font de conflictes d'interessos entre els comitents, la mare substituïda i el fill⁽⁷⁵⁾, i, en tot cas, alguns autors consideren que no està justificat «crear» una nova criatura per satisfer el desig de paternitat o maternitat, davant del fet que ja existeixen nens que estan desemparats i necessiten un entorn familiar on créixer i educar-se⁽⁷⁶⁾.

III. REFLEXIÓ FINAL

El reconeixement i l'execució d'una determinada resolució estrangera en què es proclama que són pares d'un nen persones que van encarregar aquesta gestació presenta complicacions que a ningú se li escapen.

En la resolució corresponent, s'ha de fer menció de les dades personals de la mare gestant que ha infantat el menor, i s'ha d'indicar que la verdadera filiació pertany als comitents que van sol·licitar la subrogació gestacional i no a la mare biològica. Així doncs, serà determinant l'existència d'una sentència estrangera perquè desplegui plens efectes mitjançant un possible reconeixement. Això ens permetria afirmar que aquelles situacions que sorgeixen a països com Ucraïna, l'Índia, etc., en què no hi ha una clara existència de resolució judicial, no trobaran acomodament positiu a Espanya. Un cop els comitents hagin tornat a



territori espanyol, cal inscriure la filiació al Registre Civil per fixar, així, legalment tots els efectes que es deriven de la situació familiar reconeguda per l'autoritat estrangera.

En aquestes circumstàncies, i tenint en compte els valors superiors presents en la maternitat subrogada, es necessitaria una modificació del Dret substantiu amb una coherent regulació del reconeixement de les situacions de gestació per substitució provinents de l'estranger, ja que, malgrat l'existència de la Instrucció de la DGRN de 5 d'octubre de 2010, aquesta s'ha fet insuficient⁽⁷⁷⁾.

Amb el recent pronunciament del TS, en la seva Sentència de 6 de febrer de 2014, hi observem que per a l'Alt Tribunal no és admissible l'argument de l'«interès superior del menor» com a «vàlvula d'escapament» per aconseguir resultats contraris a la llei. En canvi, el vot particular redactat pel Magistrat Seijas Quintana analitza la qüestió des d'un punt de vista més flexible, basant el seu raonament en els principis de la Conferència de Dret Internacional Privat de La Haia. Els quatre magistrats que el formulen conclouen que l'aplicació del principi de l'ordre públic perjudica els menors i els priva de la seva identitat i del seu nucli familiar.

Amb aquest esperat pronunciament del TS, la bretxa del dilema jurídic de la gestació per substitució s'ha obert novament i considerem que ha de ser afrontat a través d'una revisió legislativa

Amb aquest esperat pronunciament del TS, la bretxa del dilema jurídic de la gestació per substitució s'ha obert novament i considerem que ha de ser afrontat a través d'una revisió legislativa. La radical prohibició de la maternitat subrogada es pot presentar com un problema, ja que una situació de tanta importància no pot quedar supeditada a la legislació registral espanyola i que sigui aquesta la que marqui els límits del Dret. De moment, l'ordenament jurídic espanyol sembla imposar encara més traves, com es dedueix del Projecte de Llei de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre

Civil. Al seu art. 44.7, en regular la inscripció al Registre Civil de la filiació del nascut fora d'Espanya, estableix que «caldrà que hagi estat declarada en una resolució judicial reconeguda a Espanya mitjançant un procediment d'exequàtur». Si bé és cert que el precepte no esmenta de manera expressa la gestació per substitució, clarament es podria incloure en l'expressió «en qualsevol altre cas». Aquesta proposta de lege ferenda no veurà la llum en els termes transcrits, ja que, segons una nota de premsa del Ministeri de Justícia de 9 de juliol de 2014, després de la reunió amb l'associació Son Nuestros Hijos, es va arribar al compromís de facilitar la inscripció dels nascuts a l'estranger de «ventres de lloguer». Si es tracta de simplificar els tràmits, s'hauria d'incloure un reconeixement incidental, la qual cosa permetria l'accés al Registre Civil amb una mera legalització o postil·la i traducció.

S'han d'evitar condicionants com ara l'«ordre públic internacional», el «principi del favor filii» i l'«interès del menor» per atorgar validesa o no a situacions nascudes en altres països on són perfectament legals; encaixar en la praxis aquests postulats d'interpretació tan subjectiva pot comportar un futur incert, des que es dóna per finalitzada la relació contractual entre els comitents i la gestant, i es poden generar, així, verdaderes situacions de vulneració de drets, essencialment en els menors objecte de la subrogació maternal. La infància, per les seves característiques especials derivades de la seva falta de maduresa i de la seva escassa experiència vital, és més vulnerable davant de situacions injustes. Com que són conscients d'això, tots els operadors jurídics, tant a nivell estatal com internacional, han de valorar les seves disposicions i/o actuacions sota la premissa de la defensa del menor i evitar que es produeixi un limbe jurídic i social en la vida diària del menor.

D'altra banda, no s'ha d'oblidar que, en un món sense fronteres i en un context de societat pluralista i oberta, al Dret Internacional Privat li incumbeix també determinar quins límits i quines mesures s'han d'adoptar davant d'aquesta institució del Dret de Família: la gestació per substitució. Però la nostra disciplina no ha de suposar un mitjà per eludir la voluntat del legislador espanyol i que un determinat sector de la població amb alts

recursos econòmics i sota un bon assessorament legal sigui només el beneficiari de poder tenir fills sota aquesta forma de reproducció assistida.

La normativa de caràcter internacional haurà de comptar amb la cooperació de tots els subjectes intervinents des de l'inici del contracte gestacional a l'estat d'origen amb els països en què finalment s'estableixi el centre social de vida familiar dels pares-comitents i els menors

L'ideal seria aconseguir, en un breu espai de temps, una normativa de caràcter internacional en què la base hauria de ser una verdadera cooperació de tots els subjectes intervinents des de l'inici del contracte gestacional a l'estat d'origen amb els països en què finalment s'establirà el centre social de vida familiar dels pares-comitents i els menors. Així, s'eliminarà tant el seguiment de situacions fraudulentas en origen com la incertesa o el limbe jurídic dels nens nascuts fruit de maternitat subrogada i dels seus progenitors en l'estat de destinació.

IV. BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, F.; SÁNCHEZ-CARO, J., *Bio-ética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Ed. Comares, Granada, 2009.

ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», a *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.

ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2012.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pàg. 339-377.

— «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J. J.; GONZÁLEZ BEILFUSS,



C.; VIÑAS I FARRÉ, R. (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pàg. 77-90.

— «Surrogacy: Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», a PELLISÉ, C. (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pàg. 61-74.

AMADOR, M., «Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», a *Revista CS*, núm. 6, 2010, pàg. 193-217. [Exemplar dedicat a «Ciencia, Tecnología y Sociedad»]

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», a *El Notario del siglo XXI*, núm. 27, Setembre-October 2009, pàg. 52-56.

BAFFONE, C., «La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México», a *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 137, 2013.

BAKER, H., «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?», a TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, pàg. 411-426.

BARBER CÁRCAMO, R., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013, pàg. 2905-2950.

BARRÓN ARNICHES, P. de, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler», a *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 31, 2009, pàg. 29-42.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos "made in" California», a *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009, pàg. 2117-2119.

BONILLO GARCÍA, L., «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», a *Diario La Ley*, núm. 8070, 2013.

BRUNET, L.; CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KING, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J.,

A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, Ed. European Parliament, Brussel-les, 2013.

CALVO CARAVACA, A.-L., «El "Derecho Internacional Privado multicultural" y el revival de la ley personal», a *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.

CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pàg. 294-319.

— «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pàg. 247-262.

— «Eficacia extraterritorial de decisiones: conceptos generales», a *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14a ed., Ed. Comares, Granada, 2013.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», a *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», a *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, 2008, pàg. 2351-2378.

CASADO BLANCO, M.; IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M., «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», a *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, 2013.

CERDÁ SUBIRACHS, J., «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», a *Abogados de Familia*, núm. 60, segon trimestre de 2011.

CONFERÈNCIA DE LA HAIA, *Note préliminaire sur les questions de Droit International Privé concernant le statut des enfants*, document preliminar núm. 11, de març de 2011.

— *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de*

substitution à caractère international, document preliminar núm. 10, de març de 2012.

— *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet «Filiation/Maternité de substitution»*, document preliminar núm. 3B, de març de 2014.

— *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, document preliminar núm. 3C, de març de 2014.

CORERA IZU, M., «Abandonados, apátridas y sin padres», a *Diario La Ley*, núm. 8345, 2014.

CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», a *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, 2013, pàg. 45-69.

CHELIZ, C., «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos», a *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 32, 2013, pàg. 29-36.

DÍAZ ROMERO, M. R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», a *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010.

DREYZIN DE KLOR, A.; HARRINGTON, C., «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», a *Revista de Derecho de Familia*, Octubre de 2011, pàg. 301-329.

DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 12, 2012, pàg. 265-308.

ESPINAR VICENTE, J. M., «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley», a ESPLUGUES MOTA, C.; PALAO MORENO, G. (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2012, pàg. 589-604.

FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso



a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», a *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010.

— «European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, pàg. 127-146.

FERRER VANRELL, M. P., «La transgresión del principio de igualdad en la Instrucción de DGRN 5-10-2010, sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», a VERDERA IZQUIERDO, B. (dir.), *El principio de igualdad ante el Derecho Privado: una visión multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pàg. 15-38.

FLORES RODRÍGUEZ, J., «Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida», a *Actualidad Civil*, núm. 5, 2014.

— «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», a *La Ley Derecho de Familia*, 7 de juliol de 2014; *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014.

— «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», a *La Ley Derecho de Familia*, 14 de juliol de 2014.

FULCHIRON, H., «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», a *Journal du Droit International*, núm. 2, 2014, pàg. 563-588.

FULCHIRON, H.; BIDAUD-GARON, C., «"L'enfant de la fraude...". Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», a *Recueil Dalloz*, núm. 15, 2014, pàg. 905-911.

GAMBLE, N.; GHEVAERT, L., «International surrogacy: payments, public policy and media hype», a *Family law*, vol. 41, núm. 5, 2011, pàg. 504-507.

GHEVAERT, L.; CABEZA, R., «Surrogacy, egg donation and assisted reproduction: payments and the conflict of law and policy», a *Family law*, vol. 44, núm. 2, 2014, pàg. 215-218.

GODOY VÁZQUEZ, M. O., «La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español», a PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C. (dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pàg. 177-188.

GONZÁLEZ MARTÍN, B., «No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», a *El Notario del siglo XXI*, núm. 54, Març-Abril 2014, pàg. 36-40.

GRANET, F., *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États Membres de la CIEC*, Ed. CIEC, Estrasburg, 2014.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pàg. 731-743.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, A.; SANTIAGO FIGUEROA, J. L., «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», a *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 132, 2011, pàg. 1335-1348.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», a *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc. II, 2013, pàg. 687-715.

— «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», a *El Notario del siglo XXI*, núm. 54, Març-Abril 2014, pàg. 42-46.

HUALDE MANSO, T., «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», a *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 10, 2012, pàg. 35-47.

HUTCHINSON, A.-M.; KHAN, H.; O'LEARY, B.; VORZEIMER, A., «International surrogacy arrangements: between California and England and Wales», a *Family law*, vol. 41, núm. 10, 2011, pàg. 1104-1109.

IGLESIA MONJE, M. I. de la, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», a *Revista Crítica*

de Derecho Inmobiliario, año 87, núm. 725, 2011, pàg. 1668-1677.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales», a *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pàg. 365-381.

LAGARDE, P., «Cour de cassation (1er Ch. civ.) 17 de décembre 2008», a *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, núm. 2, 2009, pàg. 320-331.

LAMN, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universitat de Barcelona. Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», a *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012.

LÓPEZ GUZMÁN, J.; APARISI MIRALLES, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», a *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, núm. 78, 2012, pàg. 253-268.

LUNA SERRANO, A., «Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano», a JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Ed. Universidad de Jaén i Thomson Reuters, Jaén i Cizur Menor, 2012, pàg. 1267-1278.

MAESTRI, E., «Fabbriche della vita: la critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali», a *Ragion Pratica*, núm. 37, 2011, pàg. 417-442.

MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, 2010, pàg. 233-244.

MORENO SÁNCHEZ-MORALED, A., «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado», a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012, pàg. 1363-1394.

— «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pàg. 189-215.



MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19a ed., Ed. Tirant lo Blanch, València, 2013.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», a *El Notario del Siglo XXI*, núm. 27, Setembre-Octubre 2009, pàg. 57-61.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», a NAVAS NAVARRO, S. (dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2012.

PANIZA FULLANA, A., «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», a *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, Abril 2014, pàg. 59-67.

PARRÓN CAMBERO, M. J., «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», a *Diario La Ley*, núm. 8269, 2014.

PEREÑA VICENTE, M., «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», a *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 29, 2012, pàg. 130-149.

PÉREZ MONGE, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad», a *Revista de Derecho Privado*, any 94, mes 4, 2010, pàg. 41-64.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», a *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos», a *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, núm. 6, Març 2014, pàg. 38-50.

RUBIO TORRANO, E., «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución», a *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, pàg. 11-14.

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., «La maternidad subrogada: estado actual de la

cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», a *Diario La Ley*, núm. 8293, 2014.

SALAS CARCELLER, A., «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, pàg. 9-14.

— «Gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014, pàg. 11-15.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», a *Humanitas*, núm. 49, Abril 2010.

SEIJAS QUINTANA, J. A., «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», a *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014.

SOUTO GALVÁN, B., «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución», a *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, pàg. 181-196. [Exemplar dedicat a «Mujeres y Derecho»]

STRUYCKEN, T., «The Netherlands Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», a BOELE-WOELKI, K.; EINHORN, T.; GIRSBERGER, D.; SYMEONIDES, S. (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, Ed. Eleven International Publishing, La Haia, 2010.

TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», a *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pàg. 261-316. [Exemplar dedicat a «Premios García Goyena. XII Edición»]

TONOLO, S., «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», a *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, núm. 1, 2014, pàg. 81-104.

TORRALDA ERUZ, M., «El contrato de gestación por sustitución», a LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pàg. 616-622.

TORRES PEREA, J. M. de, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la

perspectiva del interés del menor», a *Diario La Ley*, núm. 8281, 2014.

TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P., «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», a *Journal of Private International Law*, núm. 7, 2011, pàg. 627-647.

— «General Report on Surrogacy», en *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, pàg. 439-550.

VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», a *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

— *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012.

— «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho», a *Diario La Ley*, núm. 8055, 2013.

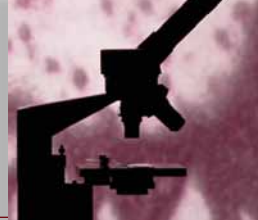
— «El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», a *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013.

— «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», a *Diario La Ley*, núm. 8309, 2014.

VERDA Y BEHAMONTE, J. R. de, «Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010», a *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010.

VORA, K., «Potential, Risk, and Return in Transnational Indian Gestational Surrogacy», a *Current Anthropology: A World Journal of the Sciences of Man*, núm. extra 7, 2013, pàg. 97-106. [Exemplar dedicat a «Potentiality and humanness: revisiting the anthropological object in contemporary biomedicine»]

(1) D'aquest concepte i de la seva naturalesa se n'ocupen A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, pàg. 13-14, i M. R. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», a *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010.



- (2) Es pot plantejar a l'etern debat de l'acceptació o no dels contractes de gestació per substitució, si el desig de les parelles estèrils, entès com a dret subjectiu, ha de ser escoltat per la societat o si, tanmateix, no tots els desitjos dels adults han de ser considerats com a drets, sobretot si això implica possibles lesions a la dignitat i als drets d'altres subjectes implicats, especialment de les dones més vulnerables i els fills. Així doncs, hi ha autors que opinen que, respecte dels menors fruit del conveni gestacional, la legalització de la maternitat subrogada suposa mercantilitzar la filiació, ja que aquesta dependrà de la formalització d'un contracte amb un fort contingut econòmic. A més, l'experiència ha demostrat que el nen queda en una posició molt vulnerable, ja que la seva situació depèn de les clàusules establertes en aquest contracte, la qual cosa no assegura, en absolut, la protecció dels seus interessos i drets (vid. J. LÓPEZ GUZMÁN i A. APARISI MIRALLES, «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», a *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, núm. 78, 2012, pàg. 265-266). Fins i tot el dret de procrear de qualsevol persona (sola o en companyia) establint un vincle de filiació natural no és un dret fonamental consagrat en el nostre ordenament jurídic ni en cap tractat o convenció internacional, tot i que la nostra legislació en matèria de filiació sembli donar a entendre una altra cosa (vid. M. PEREÑA VICENTE, «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», a *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 29, 2012, pàg. 148-149). Sembla més senzilla la defensa d'un dret a no procrear que a procrear, ja que les parelles tenen més llibertat i més mitjans per decidir no tenir fills que per tenir-los, especialment perquè el dret a la procreació no presenta un contingut definit, atès que la facultat reproductiva és incontrolable i queda fora de l'autonomia de la voluntat del subjecte (vid. M. O. GODOY VÁZQUEZ, «La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español», a A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO i E. C. RAFFIOTTA (dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pàg. 186-187).
- (3) M. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales», a *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 2012, pàg. 367-369.
- (4) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», a J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS i R. VIÑAS I FARRÉ (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pàg. 77-78.
- (5) No només existeixen xocs de caràcter legal, sinó també moral, en molts dels ordenaments jurídics en afrontar l'admissibilitat o no de les filiacions derivades de la maternitat subrogada; per això, s'estan generant certs problemes reals que s'han de dotar de solucions jurídiques, sota els canvis socials i generacionals tan profunds que s'estan donant en el panorama jurídic d'aquest segle, i al Dret no li queda més remei que acompanyar els moviments d'una societat que genera permanentment noves formes de família i de parentesc (vid. S. TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», a *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, pàg. 284-294). El control tecnològic del cos de la dona i el control biopolític de la reproducció artificial s'han convertit en temes centrals dins del pensament filosòfic feminista, i han esdevingut un punt de referència que cal aprofundir des del punt de vista conceptual, polític i social. Les tècniques de reproducció assistida arrabassen el control reproductiu de la dona (vid. E. MAESTRI, «Fabbriche della vita: la critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali», a *Ragion Pratica*, núm. 37, 2011, pàg. 418-430). S'han invocat diversos drets que, previsiblement, entrarien en conflicte entorn de la problemàtica sorgida en la gestació per substitució: d'una banda, la llibertat individual, la protecció de la família i de la infància, la dignitat i identitat genètica del fill nascut mitjançant gestació de substitució i la dignitat de la dona gestant. Es tracta d'un suposat dret no reconegut expressament per la nostra Constitució, i tampoc trobem un reconeixement explícit d'aquesta en declaracions internacionals sobre drets humans (vid. B. SOUTO GALVÁN, «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución», a *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, pàg. 189-195).
- (6) No s'ha d'oblidar el fet que, per percebre la categoria moral de la vida biològica humana, cal reconèixer la importància que té aquesta vida per a les persones com a agents morals; per això, el ràpid desenvolupament de les noves tècniques de reproducció crea molts dubtes que competeixen a la naturalesa moral i plantegen a la consciència interrogants que giren entorn de si tot allò que és tècnicament possible realitzar, és igualment acceptable des del punt de vista ètic. La perspectiva ètica és diferent de la legal o jurídica, encara que no per això estan relacionades entre si (vid. M. CASADO BLANCO i M. IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», a *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, 2013, pàg. 3-4).
- (7) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», a S. NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, València, 2012, pàg. 465-467.
- (8) L'European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) ha optat per una expressió, al nostre entendre, més correcta: *cross-border reproductive care* (vid. E. FARNÓS AMORÓS, «European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting», a *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, pàg. 9-10).
- (9) En particular, es poden apreciar col·lisions jurídic-socials en el context de certs països amb marcats conflictes interns, i això ha contagiado el Dret Internacional Privat: si abans només certs països amb un pluralisme social i jurídic molt accentuat havien de proporcionar una solució al conflicte de civilitzacions que es produïa al seu interior, ara ho ha de fer el Dret Internacional Privat (vid. A.-L. CALVO CARAVACA, «El "Derecho Internacional Privado multicultural" i el revival de la llei personal», a *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012). Si bé és cert que, si es materialitzen acords internacionals de gestació per substitució, al Dret Internacional Privat li correspondrà resoldre nombrosos problemes derivats d'aquesta nova filiació (vid. T. STRUYCKEN, «The Netherlands Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», a K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER y S. SYMEONIDES (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, Ed. Ele-



ven International Publishing, La Haia, 2010, pàg. 369].

- (10) Quant a una possible sanció jurídicopenal que es pot imposar als qui participen en la pràctica de la gestació per substitució, es troba als art. 220 i 221 CP (LO 10/1995, de 23 de novembre), que regulen els supòsits de suposició de part i alteració de la paternitat. I, d'altra banda, si de manera fraudulenta s'aconseguís la inscripció de la maternitat a favor de la comitent, es podria considerar que l'alteració de la filiació es produeix en el moment d'inscriure's al Registre, en concurs amb un delictes de falsedat en document públic. Per a més informació sobre la tipicitat en l'àmbit penal, *vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 19a ed., Ed. Tirant lo Blanch, València, 2013, pàg. 295-299.
- (11) La monografia ofereix la legislació actual de la UE i de la Convenció Europea de Drets Humans per determinar quines són les obligacions i possibilitats que envolten la subrogació nacional i transnacional. L'estudi conclou que és impossible indicar una tendència legal en particular a través de la UE, tot i que tots els Estats Membres semblen estar d'acord amb la necessitat que el menor ha de disposar d'uns pares legals i d'un estatus civil clarament definit (*vid.* L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO i J. MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Ed. European Parliament, Brusseles, 2013, pàg. 137-158). Per a un estudi detallat de vint-i-cinc ordenaments jurídics amb les seves peculiaritats, efectes i reconeixement nacional i/o transfronterer (Argentina, Austràlia, Bèlgica, el Brasil, la Xina, la República Txeca, França, Alemanya, Grècia, Guatemala, Hongria, l'Índia, Irlanda, Israel, Mèxic, els Països Baixos, Nova Zelanda, Rússia, Sud-àfrica, Espanya, Ucraïna, el Regne Unit, els Estats Units i Veneçuela), *vid.* K. TRIMMINGS i P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, pàg. 5-410.
- (12) A l'Estat italià, es prohibeixen totes les formes de subrogació, ja sigui comercial o altruista. En els casos resolts pels Tribunals penals italians, els jutges exclouen de responsabilitat penal els pares contractants que sol·liciten la inscripció del menor, i això es justifica basant-se en l'interès superior del nen (*vid.* S. TONOLO, «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», a *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, núm. 1, 2014, pàg. 81-87).
- (13) L. GHEVAERT y R. CABEZA, «Surrogacy, egg donation and assisted reproduction: payments and the conflict of law and policy», a *Family law*, vol. 44, núm. 2, 2014, pàg. 216-218. A l'article esmentat, es dirigeix la qüestió relativa a la determinació de què s'enten per *finalitats comercials* per part dels Tribunals anglesos. Una de les qüestions que més els preocupa és l'interès superior del menor, sospesen els principis i valors de l'ordenament jurídic anglès davant del benestar dels nascuts mitjançant un contracte de subrogació i es decanten sempre a favor del nen (*vid.* N. GAMBLE i L. GHEVAERT, «International surrogacy: payments, public policy and media hype», a *Family law*, vol. 41, núm. 5, 2011, pàg. 506-507).
- (14) El Codi Civil mexicà no conté cap prohibició directa en referència a la subrogació. La pràctica de substitució, a Mèxic, està regulada pels codis civils i penals dels diferents estats de la República. Al Districte Federal, aquesta tècnica està totalment admesa, malgrat que els seus efectes jurídics no han estat regularitzats. En canvi, a l'Estat de Tabasco, es regula de manera expressa la figura de la maternitat subrogada, fins i tot aspectes tan importants com els drets successoris del menor nascut sota la modalitat de ventre de lloguer (*vid.* C. BAFFONE, «La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México», a *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 137, 2013, pàg. 457-463; A. HERNÁNDEZ RAMÍREZ i J. L. SANTIAGO FIGUEROA, «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», a *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 132, 2011, pàg. 1335-1348).
- (15) E. LAMN, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universitat de Barcelona. Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, pàg. 118-181; F. ABELLÁN i J. SÁNCHEZ-CARO, *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Ed. Comares, Granada, 2009, pàg. 213-215.
- (16) Es considera que a l'Índia hi ha 200.000 clíniques privades que ofereixen serveis de reproducció assistida a clients internacionals. D'acord amb la legislació índia, el coneixement informat entre les parts és un requeriment fonamental per a la realització de la gestació subrogada. Les parts del contracte són: la clínica, la parella (casada o no), la donant d'òvuls i la mare subrogant. Les parts signen un

acord de subrogació (*a contract between the person/s availing of assisted reproductive technology and the surrogate mother*) i es comprometen a complir voluntàriament els termes del contracte d'acord amb la llei índia. S'estima que, a l'Índia, una dona que lloga el seu ventre rep entre 5.000 i 7.000 dòlars; per a les dones amb pocs recursos i moltes necessitats, la possibilitat d'aconseguir mitjans econòmics a través de la gestació subrogada és una oportunitat en què la voluntarietat es posa en dubte pel context de pobresa (*vid.* M. AMADOR, «Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», a *Revista CS*, núm. 6, 2010, pàg. 199-205). A més, també es qüestiona el benefici que presenten les clíniques a l'hora de dur a terme la posada en marxa del ventre de lloguer i les polítiques utilitzades per aquestes en la potenciació de la gestació per substitució en el marc d'una societat amb altes taxes de pobresa; les mares s'enfronten a la gestació sota la incertesa i el desconeixement dels riscos que això comporta, només amb l'objectiu de rebre la quota acordada entre la clínica i la mare gestant (*vid.* K. VORA, «Potential, Risk, and Return in Transnational Indian Gestational Surrogacy», a *Current Anthropology: A World Journal of the Sciences of Man*, núm. extra 7, 2013, pàg. 103-105).

- (17) Hi ha autors que pensen que s'ha de partir de la base que no es pot deduir el caràcter contractual dels acords de gestació per substitució perquè no tenen objecte ni causa lícits; es tracta d'una relació de fet sense caràcter jurídic, les circumstàncies de la qual només poden ser fàctiques [*cf.* J. M. ESPINAR VICENTE, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley», a C. ESPLUGUES MOTA i G. PALAO MORENO (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2012, pàg. 601]. La problemàtica d'aquest tipus d'acord rau en quin sigui el seu objectiu i el tipus de prestacions que involucra, ja que aquelles jurisdiccions que l'admeten entenen que l'objecte d'aquest tipus de pactes no és el fill, sinó la prestació de serveis de gestació de la dona (*vid.* M. M. ALES URÍA ACEVEDO, *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2012, pàg. 308-311).



- (18) Alguns autors consideren que «no seria cert que la inscripció en el nostre Registre Civil de fills naturals per gestació de substitució no sigui contrària al nostre ordre públic. És manifestament contrari a la dignitat que la nostra Constitució i la nostra societat reconeixen a la dona. És contrària als principis bàsics del nostre Dret». Si bé és cert que, des d'un punt de vista més flexible, és possible acudir a l'anomenat ordre públic internacional atenuat: opera en situacions jurídiques que ja han estat creades en un país estranger i que ja han produït legalment els seus efectes jurídics en aquest país, i consisteix en què es reconeguin certs efectes a Espanya produïts per aquestes situacions, sense danyar l'estructura bàsica i la cohesió de la societat espanyola (cf. A. S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficàcia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, pàg. 10). Per tant, no es permet crear a Espanya una situació jurídica d'acord amb una llei estrangera que danyi l'ordre públic internacional espanyol, però sí que es poden acceptar efectes perifèrics a situacions creades a l'estranger d'acord amb la llei estrangera, encara que no estiguin reconegudes en el nostre Dret (vid. C. CHELIZ, «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos», a *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 32, 2013, pàg. 35; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Orden público internacional y externalidades negativas», a *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, 2008, pàg. 2351-2378).
- (19) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Surrogacy: Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», a S. PELLISÉ (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, pàg. 66-68.
- (20) CONFERÈNCIA DE LA HAIA, *Note préliminaire sur les questions de Droit International Privé concernant le statut des enfants*, document preliminar núm. 11, de març de 2011.
- (21) CONFERÈNCIA DE LA HAIA, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, document preliminar núm. 10, de març de 2012.
- (22) Un questionnaire à l'intention des Membres de la Conférence de La Haye et autres états intéressés a été diffusé («Questionnaire núm. 1»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des praticiens du Droit

a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire núm. 2»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des professionnels de la santé a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire núm. 3»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des agences de maternité de substitution a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire núm. 4»).

- (23) CONFERÈNCIA DE LA HAIA, *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet «Filiation/Maternité de substitution»*, document preliminar núm. 3B, de març de 2014.
- (24) CONFERÈNCIA DE LA HAIA, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, document preliminar núm. 3C, de març de 2014.
- (25) Només mitjançant cooperació internacional es trobaria un equilibri entre els principis defensats pels estats i la protecció de les persones, particularment la del nen. Ara bé, una resposta internacional no és fàcil d'aconseguir. A nivell general, es podria prendre com a model el Conveni relatiu a la protecció del nen i a la cooperació en matèria d'adopció internacional, fet a La Haia el 29 de maig de 1993, o també el Conveni sobre els aspectes civils de la sostracció internacional de menors, fet a La Haia el 25 d'octubre de 1980. Alguns autors s'inclinen per la utilització com a model d'aquest últim conveni per poder destacar el respecte a l'interès superior del nen com a valor fonamental; el respecte dels drets i la dignitat de totes les persones involucrades en el procés de gestació per substitució; el rebuig de la comercialització d'aquest, com també la normalització dels convenis de maternitat subrogada, incorporant no només els organismes facultats, sinó també el procediment [cf. H. FULCHIRON i C. BIDAUD-GARON, «L'enfant de la fraude...». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», a *Recueil Dalloz*, núm. 15, 2014, pàg. 910-911; H. BAKER, «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention?», a K. TRIMMINGS i P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, pàg. 411-426]. En relació amb el contingut d'aquesta proposta de nou instrument internacional, tant dels seus principis com de les bones pràctiques a recollir, vid. H. FULCHIRON, «La lutte

contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», a *Journal du Droit International*, núm. 2, 2014, pàg. 576-588; K. TRIMMINGS i P. BEAUMONT, «General Report on Surrogacy», a *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, pàg. 439-550). Tot i que la idea és difícil d'assolir en aquests moments, s'està treballant, al si de la Conferència de Dret Internacional Privat de La Haia, per una solució unificada de caràcter universal. En tot cas, la solució seria molt més fàcil a nivell regional, sobretot al si de la UE, on el mateix TJUE ha tingut l'oportunitat de pronunciar-se a favor d'atorgar ple reconeixement pels Estats Membres a situacions vàlidament creades en un altre Estat Membre (assumpte *García Avello*, *Grunkin y Paul* i *Sayn-Wittgenstein*) (vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», a *Journal du Droit International*, núm. 2, 2014, pàg. 579). També a nivell regional, però al si de la Comissió Internacional del Estat Civil (CIEC), s'està afrontant la problemàtica de la mare substituïda estrangera que gesta el bebè contractat per comitents d'un altre país i la seva incidència en l'estat i la capacitat dels menors nascuts d'aquesta tècnica reproductiva, com també les seves conseqüències en el Dret de Família internacional (vid. F. GRANET, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États Membres de la CIEC*, Ed. CIEC, Strasbourg, 2014, pàg. 4-14).

(26) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», a J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS i R. VIÑAS I FARRÉ (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pàg. 85-86.

(27) I. HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», a *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc. II, 2013, pàg. 693.

(28) L'Estat de Califòrnia és el més sol·licitat per efectuar la contractació de ventres de lloguer, pel fet de posseir la legislació més progressista i permissiva del món (vid. A.-M. HUTCHINSON, H. KHAN, B. O'LEARY i A. VORZEIMER, «International surrogacy arrangements: between California and England and Wales», a *Family law*, vol. 41, núm. 10, 2011,



pàg. 1104-1105). El reconeixement de la filiació que pot resultar d'un acord de maternitat subrogada realitzat a Califòrnia no és automàtic, sinó que es requereix que, un cop formalitzat, la part interessada insti el procediment judicial conforme al que es disposa a la secció 7630 (f) del California Family Code, dirigit a determinar la filiació que es pugui derivar conforme a la voluntat de les parts expressada a l'acord. Aquest procediment, encaminat a confirmar els drets parentals, pretén establir la filiació del nascut respecte dels membres de la parella comitent a partir d'una sentència (*pre-birth judgment*) que declararà la filiació al seu favor. El procediment també té per finalitat extingir la filiació que es pugui establir respecte de la mare subrogada i del seu marit, si estigués casada.

- (29) La RDGRN fonamenta el reconeixement de la doble filiació paterna en les normes que, en seu de filiació adoptiva o derivada de fecundació assistida, ja admeten la doble paternitat o maternitat en el Dret espanyol. Així, la Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la qual es modifica el Codi Civil en matèria de dret a contraure matrimoni (BOE núm. 157, de 2 de juliol de 2005), en legalitzar el matrimoni homosexual, va estendre la possibilitat d'adopció a les parelles homosexuals casades i, amb aquesta, la possibilitat d'establir la filiació d'un menor a favor de dos homes o dues dones (*vid.* E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», a *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, pàg. 13-14).
- (30) A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho», a *Diario La Ley*, núm. 8055, 2013. Tal com indica l'autor, la nul·litat enunciativa del conveni gestacional es justifica en virtut del principi bàsic de Dret Civil «*Mater semper certa est*», és a dir, la maternitat queda supeditada al part. Com a detall, cal apuntar que si es produís un naixement sota un contracte de maternitat subrogada en territori espanyol, en cas que la dona gestant estigui casada, s'atribuirà la paternitat del fill al seu marit, en virtut de l'apartat 3 de l'art. 10 LTRHA [*vid.* A. LUNA SERRANO, «Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano», a D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González Gar-*

cía, Ed. Universidad de Jaén i Thomson Reuters, Jaén i Cizur Menor, 2012, pàg. 1277].

- (31) E. RUBIO TORRANO, «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución», a *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, pàg. 11-14.
- (32) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pàg. 347-354; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pàg. 297-299.
- (33) R. BARBER CÁRCAMO, «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013, pàg. 2908-2918; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado», a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, 2012, pàg. 1365-1368.
- (34) Per a l'art. 23 LRC, no n'hi ha prou amb què el fet eventualment inscrivible no sigui contrari a l'ordre públic, sinó que és necessari que, a més, no infringeixi la llei espanyola, i tal com afirma L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, es va transgredir el que es disposa a l'art. 10 LTRHA, tot i que aquesta és una norma prohibitiva d'allò més explícita (*cf.* L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», a *El Notario del Siglo XXI*, núm. 27, Setembre-Octubre 2009, pàg. 58-59).
- (35) M. PÉREZ MONGE, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», a *Revista de Derecho Privado*, any 94, mes 4, 2010, pàg. 55-59; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Hijos "made in" California», a *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009, pàg. 2117-2119.
- (36) A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pàg. 189-215. L'interès del nen no es pot al·legar com a parai-

gues després de violar la llei, malgrat que personatges reconeguts contractin mares portadores a Califòrnia i es pugui afirmar un «Dret Civil per a rics» que es materialitza a l'estranger i se li dona plens efectes a Espanya (*cf.* T. HUALDE MANSO, «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», a *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, vol. 1, núm. 10, 2012, pàg. 46).

- (37) Els recurrents consideren que la inscripció és una conseqüència perifèrica del contracte de gestació per substitució, per tant, no hi ha incompatibilitat amb l'ordenament jurídic espanyol. A més, aquests al·leguen motius de discriminació per raó de sexe, ja que sí que és possible la inscripció de la filiació de dues dones (*vid.* A. PANIZA FULLANA, «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», a *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, Abril 2014, pàg. 63-67). A *sensu contrario*, M. J. Parrón Cambero argumenta que la legislació espanyola permet la inscripció de la maternitat a favor de dues dones casades a l'art. 7.3 LTRHA, sota una sèrie de requisits, però la diferència que impedeix la discriminació consisteix en què s'acudeix a una tècnica legal d'aportació de material genètic masculí, i que una de les dones és la mare biològica del menor (*vid.* M. J. PARRÓN CAMBERO, «Ventre de alquiler: *mater semper certa est*, *pater semper incertus est*», a *Diario La Ley*, núm. 8269, 2014). Ens trobem, per tant, davant d'una diferència de tracte legal entre homes i dones, però que, tanmateix, té una justificació biològica, ja que la mare, per naturalesa, té reservat sempre el seu lloc en la filiació; a més, en el nostre Dret, no es pot renunciar a la maternitat (*cf.* A. SALAS CARCELLER, «Gestación por sustitución», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2014, pàg. 14-15).
- (38) La Sentència és clara i contundent en recollir un concepte d'ordre públic internacional espanyol que considera la gestació per substitució contrària a aquest. A més, la situació del menor un cop ha nascut queda totalment desprotegida, ja que no es reconeixen efectes jurídics al consentiment previ irrevocable. S'oblida, com bé es recull a l'incís final del vot particular de la Sentència, que «no hi ha ordre públic, si en el cas es contraria l'interès d'un nen, una persona de carn i os, perfectament individualitzada» (*cf.* J. M. de TORRES PEREA, «Comentario de la STS de 6 de febrero



- de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva del interés del menor», a *Diario La Ley*, núm. 8281, 2014).
- (39) La concreció de l'interès del menor resulta pintoresca, malgrat que el TS reconeix que la privació de la filiació als menors suposa un inconvenient, però que, en tot cas, cal que es garanteixi el respecte a la seva dignitat, que es veu menystinguda si es converteix en objecte de tràfic mercantil (cf. I. HEREDIA CERVANTES, «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», a *El Notario del siglo XXI*, núm. 54, Març-Abril 2014, pàg. 45-46).
- (40) En contraposició, A. J. VELA SÁNCHEZ, «El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», a *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013, advoca per l'admissibilitat en el nostre ordenament jurídic del conveni gestacional sota postulats d'índole econòmica; això suposaria l'eliminació d'elevats costos per als ciutadans espanyols que actualment no tenen més remei que acudir a altres estats per dur a terme la posada en marxa de la contractació d'un ventre i, a més, davant d'una acceptació, comportaria una important injecció econòmica a Espanya, atès el nombre tan elevat d'usuaris potencials d'aquest tipus de tècnica de reproducció, sense oblidar l'efecte crida respecte dels ciutadans d'altres estats del nostre entorn.
- (41) Vid. J. A. SEIJAS QUINTANA, «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», a *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014.
- (42) A favor de l'interès del menor, s'ha d'acceptar la pràctica de la gestació per substitució, ja que negar la filiació al menor és situar-lo en un «limbe jurídic de difícil solució no només per al menor, sinó també per a la societat», i s'insisteix en què el nostre legislador ha de tenir en compte el que es disposa a l'art. 10.1 CE, en què es declara el desenvolupament de la lliure personalitat, i s'hi inclou el dret a tenir una descendència directa (cf. M. SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, «La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», a *Diario La Ley*, núm. 8293, 2014). A *sensu contrario*, s'insisteix en què no s'hauria d'oblidar que la filiació és matèria indisponible, amb l'objectiu de garantir i protegir de la millor manera l'interès superior del menor (vid. A. DREYZIN DE KLOR i C. HARRINGTON, «La subrogación materna en su des-

- pliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», a *Revista de Derecho de Familia*, Octubre de 2011, pàg. 301-331). Si bé és cert que la connexió entre procreació i lliure desenvolupament de la personalitat significa reconèixer l'autonomia de la persona per escollir de manera lliure i responsable, d'entre les diverses opcions vitals, la que sigui més adequada a les seves preferències (cf. J. FLORES RODRÍGUEZ, «Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida», a *Actualidad Civil*, núm. 5, 2014, pàg. 544; J. FLORES RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», a *La Ley Derecho de Familia*, 14 de juliol de 2014).
- (43) La gestació per substitució no va en contra de l'ordre públic de cap dels sistemes jurídics pertanyents al constitucionalisme contemporani: en alguns, està regulada positivament, com és el cas de Califòrnia, mentre que en altres, com a Espanya, es mira de dissuadir, amb no gaire bons resultats (cf. M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre las madres de alquiler», a *El Notario del siglo XXI*, núm. 27, Setembre-October 2009, pàg. 56).
- (44) L'inconvenient que la societat actual oposa a la instrumentalització del cos de la dona, fins i tot quan sigui voluntària com a mètode d'obtenció d'un guany, constitueix un rebuig a les pràctiques de tècniques de reproducció assistida; en canvi, la mateixa societat assumeix la contractació de treballs que comporten alts nivells de perillositat i feina penosa i no ho veu com un atemptat contra la dignitat, malgrat que la integritat física i l'esperança de vida se'n poden veure ressentides (cf. M. TORRALDA ERRUZ, «El contrato de gestación por sustitución», a F. LLEDÓ YAGÜE i A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pàg. 618).
- (45) B. GONZÁLEZ MARTÍN, «No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», a *El Notario del siglo XXI*, núm. 54, Març-Abril 2014, pàg. 38-40.
- (46) *Cas Mennesson c. France* (núm. 65192/11) i *cas Abassee c. France* (núm. 65941/11). Per a una anàlisi dels antecedents jurisprudencials del cas *Mennesson*, vid. P. LAGARDE, «Cour de cassation (1er Ch. civ.) 17 de décembre 2008», a *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, núm. 2, 2009, pàg. 320-331.
- (47) S'ha de tenir en compte que la nacionalitat i la filiació són qüestions unides, una respecte de l'altra, pel que fa a la identi-

- tat de la persona. És el que es coneix en Dret Internacional Privat com a *dobles mirall*. Així doncs, si no està acreditada la filiació del menor nascut a l'estranger de parens espanyols, es podria produir la ruptura «dobles mirall» (vid. M. CORERA IZU, «Abandonados, apátridas y sin padres», a *Diario La Ley*, núm. 8345, 2014).
- (48) Respecte de la legislació francesa i la seva evolució normativa i ressenyes jurisprudencials, vid. F. MONÉGER, «La gestation pour autrui», a *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 2, 2010, pàg. 233-244.
- (49) Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», a *La Ley Derecho de Familia*, 7 de juliol de 2014; *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014.
- (50) Cf. A. J. VELA SÁNCHEZ, «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», a *Diario La Ley*, núm. 8309, 2014.
- (51) Vid. notes 67 a 69.
- (52) Si s'optés per presentar una resolució judicial estrangera que declarés la filiació d'un nen nascut d'una gestació per substitució a favor de comitent espanyol, s'aplicaria el que es disposa a l'art. 96 LRC (vid. J. M. de TORRES PEREA, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva del interés del menor», a *Diario La Ley*, núm. 8281, 2014).
- (53) En canvi, la Sentència aborda, en primer lloc, la qüestió des de la tècnica del reconeixement, i no des de la del conflicte de lleis, en existir una resolució estrangera que ja determina la filiació conforme a les lleis californianes (vid. M. J. PARRÓN CAMBERO, «Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est», a *Diario La Ley*, núm. 8269, 2014).
- (54) A *sensu contrario*, G. J. CAMARERO GONZÁLEZ, «Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», a *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012.
- (55) En els casos en què se sol·liciti la inscripció del nascut en territori estranger, òbviament nascut de la gestació per substitució, sense que es presenti una resolució que determini la filiació reconeixible incidentalment o per exequàtur, l'encarregat del Registre Civil denegarà la seva inscripció (vid. M. I. de la IGLESIA MONJE, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica»,



- a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, any 87, núm. 725, 2011, pàg. 1674-1676).
- (56) BOE núm. 243, de 7 d'octubre de 2010.
- (57) L'interès del menor només té sentit si s'insereix dins del context legal corresponent. Si se sobreposa aquest principi a allò marcat legalment, es corre el risc d'introduir inseguretat jurídica i arbitrarietat. Com que es tracta d'un concepte jurídic indeterminat, cal precisar sempre en consideració al cas concret, però sense obviar que aquest concepte només té sentit dins de la legalitat (vid. A. DURÁN AYAGO, «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 12, 2012, pàg. 275-276).
- (58) BOE núm. 313, de 31 de desembre de 1990.
- (59) BOE núm. 312, de 29 de desembre de 2007.
- (60) A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», a *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.
- (61) A.-L. CALVO CARAVACA i J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pàg. 253-254.
- (62) Cf. M. P. FERRER VANRELL, «La transgresión del principio de igualdad en la Instrucción de DGRN 5-10-2010, sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», a B. VERDERA IZQUIERDO (dir.), *El principio de igualdad ante el Derecho Privado: una visión multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pàg. 37-38.
- (63) J. R. de VERDA Y BEHAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010», a *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010.
- (64) C. LASARTE ÁLVAREZ, «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», a *Diario La Ley*, núm. 7777, 2012: «La Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues, en realidad, pretende que cuanto la ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de "ocurrencias ministeriales de urgencia"».

- (65) A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», a *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2009, pàg. 39-40.
- (66) M. ALBERT MÁRQUEZ, «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», a *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.
- (67) Una proposta, des de la nostra perspectiva, excessivament rígida, es conté al Projecte de Llei de mesures de reforma administrativa en l'àmbit de l'Administració de Justícia i del Registre Civil, en incloure el paràgraf sèptim l'art. 44 de la Llei 20/2011, de Registre Civil, en què s'estableix que: «En els casos de naixement fora d'Espanya, el règim de filiació dels quals estigui subjecte a la legislació estrangera, es consignarà en tot cas la filiació materna corresponent a la mare gestant, i per fer constar la filiació paterna no matrimonial caldrà la declaració conforme del pare i de la mare sobre aquesta filiació; si la mare estigués casada i la legislació estrangera ho exigís, caldrà la conformitat del marit respecte de tal filiació. En qualsevol cas, per a la inscripció al Registre Civil de la filiació del nascut, caldrà que hagi estat declarada en una resolució judicial reconeguda a Espanya mitjançant un procediment d'exequàtur» (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 101-1, 23 de juny de 2014). Sembla que aquesta proposta de lege ferenda no veurà la llum en els termes transcrits, ja que, segons la nota de premsa del Ministeri de Justícia de 9 de juliol de 2014, després de la reunió amb l'associació Son Nuestros Hijos, es va arribar al compromís d'adaptar la legislació espanyola conforme a les pautes interpretatives contingudes en els casos *Mennesson* i *Abassee* (STEDH de 26 de juny de 2014) (vid. nota 46). De moment, el Centre Directiu ha emès un Informe, de data 11 de juliol de 2014, que té com a destinataris els presidents dels Tribunals Superiors de Justícia, en relació amb el règim registral de la filiació dels nascuts fora d'Espanya mitjançant gestació per substitució, després de la STS de 6 de febrer de 2014, que rebutjava aquesta inscripció. Segons aquest Informe, la Instrucció de la DGRN de 5 d'octubre de 2010, sobre règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució, està plenament vigent, per la qual cosa ha de continuar sent aplicada pels Registres Civils espanyols, sense que la STS de 6 de febrer

de 2014 constitueixi un obstacle legal per a això, «amb independència de les modificacions de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil, que puguin tramitar-se en la matèria a fi de dotar-la de més seguretat jurídica». En el punt V de l'Informe, el Centre Directiu matisa que «la Instrucció, tal com recull el seu Preàmbul, incorpora la doctrina consolidada del Tribunal Suprem. D'acord amb aquesta doctrina, seran d'aplicació els art. 954 i següents de la LEC 1881, en virtut dels quals caldrà instar l'exequàtur de la decisió davant dels Jutjats de Primera Instància, tal com assenyalava l'art. 955 de la LEC 1881 després de la reforma operada per la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social. No obstant això, en aquells casos en què la resolució judicial derivi d'un procediment equiparable a un procediment espanyol de jurisdicció voluntària, el Tribunal Suprem ha proclamat en nombroses ocasions que la seva inscripció no queda sotmesa al requisit de l'exequàtur, i a aquests efectes n'hi haurà prou amb el reconeixement incidental de la resolució com a requisit previ a la seva inscripció. Per tant, si l'encarregat del Registre Civil considera que la resolució estrangera va ser dictada en el marc d'un procediment jurisdiccional de naturalesa contenciosa, denegarà la inscripció de la resolució, en requerir-se prèviament l'exequàtur d'aquesta d'acord amb el que s'estableix a la LEC. Per contra, si s'estima que la resolució estrangera té el seu origen en un procediment anàleg a un d'espanyol de jurisdicció voluntària, controlarà incidentalment si la resolució pot ser reconeguda a Espanya com a requisit previ a la seva inscripció». I en el fonament VI s'hi afegeix que: «En aquests supòsits en què s'admet el reconeixement, a fi de garantir l'execució de la corresponent sentència judicial estrangera a Espanya a través de la seva inscripció al Registre Civil espanyol, i que tingui lloc de manera incidental en el mateix tràmit de qualificació per part de l'encarregat del Registre, aquest control incidental haurà de constar, conforme a la directriu primera núm. 3 de la Instrucció de 5 d'octubre de 2010, dels punts següents: "a) La regularitat i l'autenticitat formal de la resolució judicial estrangera i de qualssevol altres documents que s'hagin presentat. b) Que el tribunal d'origen hagi basat la seva competència judicial internacional en criteris equivalents als previstos a la legislació espanyola. c) Que s'hagin garantit els drets processals de les parts, en particular, de la mare gestant. d) Que no



s'hagi produït una vulneració de l'interès superior del menor i dels drets de la mare gestant. En especial, haurà de verificar que el consentiment d'aquesta última s'ha obtingut de manera lliure i voluntària, sense incórrer en error, dol o violència, i que té capacitat natural suficient. e) Que la resolució judicial és ferma i que els consentiments prestats són irrevocables, o bé, si estiguessin subjectes a un termini de revocabilitat conforme a la legislació aplicable, que aquest hagués transcorregut sense que el qui tingui reconeguda la facultat de revocació l'hagi exercitat». I, per acabar, en el fonament VII es matisa que: «Per contra, en els casos en què se sol·liciti la inscripció del nascut a l'estranger mitjançant gestació per substitució sense que es presenti una resolució que determini la filiació, reconeixible incidentalment o per exequàtur, l'encarregat del Registre Civil denegarà la inscripció. Això impedirà que el sol·licitant pugui intentar aquesta inscripció pels mitjans ordinaris regulats per l'art. 10.3 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció, i art. 764 i següents de la LEC, ja que, conforme a la directriu segona d'aquesta Instrucció: "Segona.—En cap cas s'admetrà com a títol apte per a la inscripció del naixement i la filiació del nascut una certificació registral estrangera o la simple declaració, acompanyada de certificació mèdica relativa al naixement del menor, en què no consti la identitat de la mare gestant"».

- (68) Cf. A. SALAS CARCELLER, «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», a *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, pàg. 12-13.
- (69) A.-L. CALVO CARAVACA i J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, «Eficacia extraterritorial de decisiones: conceptos generales», a *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14a

ed., Ed. Comares, Granada, 2013, pàg. 536-541; L. BONILLO GARCÍA, «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», a *Diario La Ley*, núm. 8070, 2013.

- (70) Cf. F. RAMÓN FERNÁNDEZ, «La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos», a *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, núm. 6, Març 2014, pàg. 47-48.
- (71) Es presenta com una alternativa a l'adopció, si bé, davant d'aquesta, suposa la possibilitat de ser pare d'un bebè controlat sanitàriament, al qual es té accés des del primer moment i que, en la majoria dels casos, porta material genètic propi (vid. J. CERDÀ SUBIRACHS, «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», a *Abogados de Familia*, núm. 60, segon trimestre de 2011).
- (72) R. SÁNCHEZ ARISTI, «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», a *Humanitas*, núm. 49, Abril 2010, pàg. 28-30.
- (73) Com és ben sabut, l'admissibilitat de l'adopció en el nostre ordenament jurídic no constitueix vulneració de l'ordre públic espanyol, ja que, si no es veuen afectats els art. 10.1, 15 i 39.2 (entre altres) CE, aquesta figura no danyarà els principis i valors fonamentals de la legislació espanyola; per això, sempre s'han de distingir els supòsits acceptables dels que no ho són, per tal d'evitar, així, la generalitat i per apropar-nos al que és més just per a cada situació (vid. K. TRIMMINGS i P. BEAUMONT, «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», a *Journal of Private International Law*, núm. 7, 2011, pàg. 627-647).

- (74) M. GUZMÁN ZAPATER, «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)», a *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pàg. 742.
- (75) P. de BARRÓN ARNICHES, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler», a *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 31, 2009, pàg. 40-41.
- (76) Cf. E. CORRAL GARCÍA, «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», a *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, 2013, pàg. 62-63.
- (77) Per ara, aquesta manté la seva aplicabilitat (posada en dubte per la jurisprudència del TS). En aquest sentit, la DGRN a l'Informe emès l'11 de juliol de 2014 (vid. nota 67). El Centre Directiu es pronuncia en els termes següents: «Vist el conjunt de consideracions, precedents i raonaments jurídics, aquest Centre Directiu acorda resoldre la present consulta en el sentit d'afirmar que, en l'estat legislatiu i jurisprudencial actual, la Instrucció de 5 d'octubre de 2010, sobre règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant gestació per substitució, està plenament vigent, per la qual cosa ha de continuar sent aplicada pels Registres Civils espanyols a fi de determinar la inscrivilitat del naixement i la filiació, en els casos que entren en el seu àmbit d'aplicació, sense que la Sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 6 de febrer de 2014 constitueixi un obstacle legal per a això. I tot això amb independència de les modificacions de la Llei 20/2001, de 21 de juliol, del Registre Civil, que puguin tramitar-se en matèria a fi de dotar-la de major seguretat jurídica».

Reflexions sobre la condició: a propòsit d'una compravenda de sòl urbà subjecta a la condició dissolutòria d'arribar a ser solar

José Luis del Moral Barilari
Advocat

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. RELACIÓ JURÍDICA I OBLIGACIÓ
- III. ELEMENTS ACCIDENTALS
- IV. DIFERÈNCIA ENTRE CONDICIONANT I CONDICIÓ
- V. UNA CONDICIÓ «OBJECTIVA» NO POT SER DISSOLUTÒRIA
- VI. CONCLUSIONS
- BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓ

Ja fa més de quaranta anys, el Jurista txec Hans Kelsen, pare del Dret Internacional modern i autor del conegut llibre *Teoria pura del Dret*, va pronunciar la seva coneguda frase: «Tot allò que no està prohibit, està permès».

Com a aforisme, pot semblar ocurrent, però de poc ens serveix si no ens aclareix dues incògnites que la frase ja planteja des de la seva mateixa formulació. I què està permès, senyor Kelsen?, se li podria preguntar. I qui decideix el que està permès?

A la primera qüestió no se li pot donar resposta en aquest article per una



simple raó d'espai. N'hi ha prou amb dir que crear un codi per compilar-hi lleis dispositives o orientatives sembla una tasca poc lògica.

La segona ha merescut, durant molts segles, una resposta molt categòrica i senzilla: la llei. No obstant això, l'esdevenir dels temps i la configuració de la voluntat humana com a nou centre de

l'univers jurídic han donat peu a considerar-la, quan va acompanyada d'una altra, com una nova llei, la *lex inter partes*, expressió que va sorgir en termes d'equivalència i que avui dia assoleix en no pocs casos termes d'autèntica equiparació. Bona prova d'això és l'art. 1256 CC: «La vàlidesa i el compliment dels contractes no es poden deixar a l'arbitri d'un dels contractants».



Deixant de banda el fet que les parts no poden tenir, ontològicament parlant, arbitri, atès que aquest és la suma de criteri (del protoindoeuropeu **ker*: 'separar') i imparcialitat (és a dir que ni una ni les dues parts poden tenir altra cosa més enllà del seu criteri), el que més preocupa d'aquest precepte és, en realitat, una altra qüestió: la validesa i el compliment dels contractes, o inclús l'eficàcia, poden quedar al criteri no ja d'una, sinó de totes les seves parts?

Sembla poc lògic que les parts puguin decidir que un arrendament valgui per produir un efecte translatiu o que les parts puguin, *v. gr.*, pactar que es configuri com a conducta dissolutòria un incompliment lleu en una sola de les parts i que aquest mateix incompliment hagi de ser greu per l'altra de les parts contractants. Però també em sembla així (i la realitat sembla que corri per un altre camí) la possibilitat de ratificar *ex tunc* allò fet per un *falsus procurator ex art. 1259 CC*, o bé la possibilitat de reactivar una societat dissolta *ex art. 265 LSC*, o la possibilitat que una de les parts imposi que el seu consentiment, malgrat que la seva existència consta acreditada per altres mitjans, només pugui ser-li oposat si s'ha exterioritzat d'una determinada manera, i així tantes i tantes coses...

Els països més civilitzats del món van decidir fa molt de temps viure en una economia de lliure mercat i que el Dret deixi a les parts la plena capacitat per fixar les determinacions bàsiques del contracte sota la coneguda màxima «*Res tantum valet quantum vendi potest*»

Els països més civilitzats del món van decidir fa molt de temps viure en una economia de lliure mercat i que el Dret deixi a les parts la plena capacitat per fixar les determinacions bàsiques del contracte sota la coneguda màxima «*Res tantum valet quantum vendi potest*». Basant-se en aquest principi, cada dia el «peix gran» es menja el «peix petit», però tots tenim clar que això forma part de les regles de la naturalesa, i si el «peix petit» s'espavila, alguna vegada també acaba menjant-se el «peix gran».

FITXA TÈCNICA

Resum: Mitjançant aquest treball, l'autor reflexiona sobre les possibles condicions que les parts poden establir en un contracte. Més concretament, analitza la denominada *condició dissolutòria objectiva* en un contracte de compravenda de sòl urbà, i arriba a la conclusió que la validesa i el compliment dels contractes no poden quedar al criteri únic i sobirà de les parts.

Paraules clau: Contracte de compravenda, urbanisme i condició dissolutòria.

Abstract: In the paper at hand, the author reflects on the possible conditions that the parties to a contract can establish, more specifically, on the condition called objective condition for terminating in a purchase contract for urban land. The author reaches the conclusion that the validity and performance of contracts cannot be the only and sovereign criterion for the parties.

Key words: Purchase contract, urban planning, condition for terminating a contract.



La verdadera qüestió per a un Jurista es planteja a partir d'aquí. Es tracta, en definitiva, de reflexionar sobre si les parts, que han tingut plena capacitat per negociar el tema econòmic en termes de potencial desigualtat, poden seguir autoregulant jurídicament el seu acord (un d'ells, amb més necessitat de tancar-lo i sense pensar en conseqüències futures), de tal manera que, mentre consti la signatura de tots dos, majors d'edat i amb plena capacitat d'obligar-se, poden seguir configurant una mena de *lex inter partes* en què cap de nosaltres pugui gosar posar-s'hi.

Òbviament, aquest tema ultrapassa molt aquest article (clàusules de jurisdicció, clàusules penals, adhesions, etc.), però ens serveix de marc adequat, ja que no en va el que s'hi discutirà compromet també la concepció de quin és el joc de la llei (que mai ha de perdre el seu caràcter *supra partes*) per integrar, construir o destruir el contingut d'un contracte, aquest cop sí, *inter partes*.

II. RELACIÓ JURÍDICA I OBLIGACIÓ

Abans de començar a parlar sobre les condicions i sobre tot el que comporten, s'han de deixar clarament establerts els conceptes *relació jurídica* i *obligació* a què aquestes condicions poden accedir. Deixar determinats tots dos termes és de vital importància, ja que la condició no fa sinó predicar els seus efectes sobre aquests i en provoca la suspensió o desaparició.

Pel que fa a la *relació jurídica*, s'ha discutit molt al llarg dels segles sobre el seu verdader concepte. Una part de

la doctrina ha defensat que aquesta relació pot ser entre una persona i una cosa, mentre que l'altra ha defensat que la relació jurídica únicament es pot donar entre persones.

El terme *relació* prové del llatí *relatio*, que, al seu torn, està format pel prefix *re-* (reiteració), l'arrel *-lat* (del verb *ferre, tuli, latum*: 'portar alguna cosa') i el sufix *-tio* (acció); per tant, la paraula *relatio* significa 'acció i efecte de portar una vegada i una altra', és a dir, un moviment que va i ve. Si aquesta relació s'establís entre una persona i una cosa seria unidireccional i, per tant, no encaixaria dins el mateix sentit de la paraula.

Per la seva banda, el terme *obligació* té els seus orígens en el llatí *ob-ligare*, i aquest, al seu torn, del protoindoeuropeu **leig-*: 'donar voltes'. D'aquí l'expressió *lligar amb o rondar* una dona, la lliga que envolta la cama o la que dóna una volta a tots els equips que juguen una competició, o inclús les voltes que es donen amb la cullera perquè una salsa quedi ben barrejada. A dins hi queden circumscrits els *ob-ligats* (si tenen posicions *ob-posades*). Si les posicions no eren confrontades, sinó convergents, com en la societat, s'utilitzava l'antic terme *liga-men* (aquest últim sufix, indicatiu d'instrument).

Totes les persones que integren l'obligació estan mogudes per un mateix interès (del llatí *inter esse*: 'el que hi ha entre'), de tal manera que, *v. gr.*, creditor, deutor o fiador, tots compartiran aquest mateix interès, al marge de les seves diferents intencions⁽¹⁾, de vegades en conflicte⁽²⁾. Aquest interès únic es mantindrà fins que aquest no desaparegui a través de

la figura del desinterès i dissentiment mutu que implica. Únicament no tindran aquest interès els que siguin aliens a l'obligació (*vid.* art. 1210 CC) i es trobin, en conseqüència, en condicions de ser arbitradors de les seves parts.

En aquesta obligació, cada una de les parts té una sèrie de deures (i és possible que una d'elles posseeixi, a més, determinades facultats), i serà el compliment dels deures (i no el de l'obligació, que només existeix o no) el que produirà la seva extinció *ex art.* 1156 CC. Per molts deures que puguin existir, l'obligació és només una i només arribarà a desaparèixer quan tots els deures establerts en aquesta hagin estat íntegrament complerts.

Si, en canvi, es produeix un incompliment d'aquests deures (encara que alguns autors postulen l'extinció de l'obligació i la creació d'una de nova), és la mateixa obligació la que es mantindrà en el *post acte* (i la seva consegüent reclamació judicial), fins que el perjudicat exerciti la seva opció *ex art.* 1124 CC. En aquest cas, i per conversió (del llatí *cum-vertere*: 'canviar per dins', verader supòsit, a diferència dels clàssics art. 715 i concordants, que en realitat només constitueixen supòsits de *trans-formació* o de canvi extern), canvia els seus deures interns, *v. gr.*, d'entregar a retornar.

III. ELEMENTS ACCIDENTALS

Es consideren elements accidentals de l'obligació aquells que s'hi adhereixen

ocasionalment, ja sigui en el moment de crear-se o bé durant la seva vida i execució. No es pot dir que siguin part essencial de l'objecte, ja que l'acord entre les parts es pot concebre sense la seva concurrència, i la seva falta no provoca ni el vici ni l'anul·lació d'aquest. Són, més aviat, els que s'inclouen pel mateix *sensum* de les parts per modificar o dotar de certs matisos aquest acord, però sense dotar de sentit o *sensum* propi l'acord. Per això, en ser elements no naturals, han de ser objecte de pacte que els introdueixi, ja que, si no, els deures de l'obligació es presumeixen purs (art. 1.113 CC).

Són tres els elements accidentals reconeguts en els diferents ordenaments jurídics: termini, condició i mode.

El termini (del llatí *placere*, i aquest, al seu torn, del protoindoeuropeu **plak-*: 'pla, aplanar') és la data límit que s'estableix per al compliment d'un deure. Està configurada a través d'un fet futur i cert. D'aquest termini no en depèn, a parer meu, l'exigibilitat del deure (licitud), sinó la seva coercibilitat (bona prova d'això és que exigibilitat i venciment estan en paràgrafs diferents a l'art. 1196 CC). Es tracta d'una data límit (noteu com l'art. 1505 CC utilitza l'expressió «*abans de vèncer el termini*»), per tant, el compliment anterior a aquesta data no és indegut (vegeu l'art. 1126 CC). I aquesta data límit mai (repeteix, mai) pot ser essencial. Aquesta figura, que el Codi Civil no esmenta ni a les transitòries (deu ser per algun motiu), és

construcció *ex novo* de la doctrina jurisprudencial moderna.

L'essencialitat (*esse*) només es predica d'un deure, no d'un element accidental d'aquest, que pot existir o no. Si el deure és essencial (*v. gr.* tradició), el seu incompliment serà essencial; si no (*v. gr.* ha de donar preavis d'aquest lliurament), només donarà lloc a la possibilitat de reclamar danys i perjudicis. Si, utilitzant el clàssic exemple, dues persones van a una tintoreria, una amb un vestit de casament i l'altra amb uns simples texans, i les dues fixen un termini de lliurament amb l'amo de la tintoreria, els dos deures de lliurament en el termini seran tots dos igual d'essencials (perquè consisteixen en el lliurament de l'art. 1461 CC). La diferència és que el dels texans segurament no tindrà problemes en exigir l'equivalència de compliment forçós, mentre que el del vestit de casament estarà ja expressant, sense vincular-s'hi, la seva decisió de reclamar directament la dissolució i danys i perjudicis, perquè aquesta realització forçosa ja no li serveix de res.

La condició és un element accidental que s'inclou per subordinar l'eficàcia d'una obligació a l'esdeveniment d'un fet futur i incert

Entrant ja en la condició, aquesta és l'element accidental que s'inclou per subordinar l'eficàcia d'una obligació a l'esdeveniment d'un fet futur i incert (deixarem de banda, per raons d'espai, els comentaris que mereix la possibilitat que ho sigui un fet passat o que la certesa pugui ser subjectiva o no objectiva).

Molts juristes que no aprofundeixen en la prolífica ciència de l'etimologia⁽³⁾, tot i que arriben a saber que la paraula *condició* ve del llatí *con-dictio*, no busquen més enllà. La *dictio* o 'dicció' és allò que diu una persona, però la paraula *dictio*, que també prové del llatí *digit* ('dit'), significa sobretot el que un diu indicant-ho amb el dit, mètode que moltes vegades és habitual en les persones per indicar el que volen, sobretot les coses i mercaderies. La *dictio*, per tant, és (amb





la importància que ara veurem) el que diu una persona (no la llei) i la *conditio*, el que no diu però afegeix (*con-*) al mateix temps que fa la *dictio*. Per acabar amb les arrels etimològiques, cal recordar una vegada més que *contradictio* o 'contradicció' no és el contrari de *dictio*, sinó la suma de la dicció i la seva dicció contrària, de la mateixa manera que el contrari de *prestació* és *prestació contrària* i no *contraprestació* (que és la suma de les dues).

Aquest element accidental de la condició es confon fonamentalment amb el pressupòsit i, com veurem posteriorment, amb el condicionant. Respecte del pressupòsit, perquè se sol parlar amb impropietat de *conditio iuris*⁽⁴⁾ per fer referència a supòsits clàssics com els dels art. 657, 1334 i 1342 CC. La condició no neix mai de la llei (com veurem en analitzar l'art. 1124 CC), sinó de la dicció de les parts. Podríem utilitzar la frase, òbviament personal: «*Només el que diu condiu*». La mort i el matrimoni no es configuren com un complement (en el món de l'acte) a la dicció, sinó com una cosa prèvia (un *prae-suppositus* o 'pressupòsit'), existent en el món de l'*ante* acte i creat per la llei. Em resisteixo a acabar aquest raonament sense manifestar en aquest sentit que, a parer meu, no pot ser més caòtica ni acientífica la classificació de fonts de les obligacions que estableix l'art. 1089 CC, en incloure la llei al mateix sac que una pila d'actes jurídics, com si la llei estigués en el mateix pla i la resta de fonts no fossin, precisament, jurídiques perquè la llei no ho hagués reconegut prèviament així.

Tots dos elements accidentals, és a dir, la condició i el termini (a més del mode, del qual en parlarem tot seguit), no poden tampoc, des del punt de vista ontològic, complir-se o incomplir-se, sinó que es verifiquen o no: *pendet*, *existit* i *deficit*, o sigui que el que s'incompleix és el deure al qual es refereixen aquests accidents.

La condició tampoc no pot tenir (sota cap circumstància) caràcter essencial. El que es dona a la condició és el poder de dissoldre «com si» fos un element essencial⁽⁵⁾, perquè es fa equivaldre a aquesta en la producció dels seus efectes (aspecte extern). Però, com tota equivalència, és una equiparació incompleta (aspecte intern), fet que s'oblida en figures vitals com l'art. 464 CC o l'art. 34 LH. És per això

que a aquesta se li ha d'aplicar la coneguda locució llatina «*Conditio pendet sed non cogit*», que vol dir: 1) que si una condició no s'ha verificat, se'n pot produir la dissolució, però no per això es podrà dir que el deutor ha incomplert absolutament alguna cosa, i 2) que el que s'estableix com a condició no es pot configurar com un deure la falta de realització del qual pugui comportar una indemnització per danys i perjudicis.

De menys importància pràctica hi ha l'element accidental del mode, però no per això està exempt, a parer meu, d'una interpretació incorrecta. Es tracta d'una càrrega establerta sobre els destinataris de disposicions gracioses. En contra del que es defensa majoritàriament avui dia per la doctrina i la jurisprudència, la no verificació d'un mode no pot donar lloc a una ineficàcia sobrevinguda de la disposició patrimonial, sinó que tan sols pot produir-hi una deducció del valor de la càrrega modal. Un exemple d'aquesta idea es troba a l'art. 633 CC en relació amb el paràgraf primer de l'art. 797 CC. L'art. 633 estableix el deure notarial de fixar separatament el valor de la càrrega modal. L'establiment del valor no pot tenir un altre propòsit que el de la seva deducció. A més, l'art. 797, paràgraf primer, diu així: «*L'expressió de l'objecte de la institució o llegat, o l'aplicació que calgui donar al que hagi deixat el testador, o la càrrega que aquest imposi, no es consideren condició, si no consta que aquesta era la seva voluntat*».

En contra del que es defensa per la doctrina i la jurisprudència, la no verificació d'un mode no pot donar lloc a una ineficàcia sobrevinguda de la disposició patrimonial, sinó que tan sols pot produir-hi una deducció del valor de la càrrega modal

Cap d'aquests tres elements és, doncs, part fonamental de l'objecte. L'objecte és l'element bàsic de l'acord pel qual una obligació queda suficientment determinada. És la font creadora dels deures entre les parts.

Com diu DíEZ-PICAZO: «*No es pot parlar d'obligacions si aquestes no estan determinades, i la manera de determinar-les és mitjançant l'objecte*». Arribats a aquest punt, es podria argumentar que els elements accidentals formen part de l'objecte de l'acord, ja que aquests hi són adherits. No obstant això, la paraula *accident* prové del llatí *accidens*, que, al seu torn, prové del verb *accidere*, terme format pel prefix *ad-* ('cap a') i el verb *-cadere* ('caure'); per això, *accident* es refereix a allò que cau cap a un punt per casualitat. Per tant, això implica que és impossible concebre la idea que la determinació d'una obligació quedi supeditada a l'esdeveniment o no d'un element que es pot ocasionar per casualitat.

IV. DIFERÈNCIA ENTRE CONDICIONANT I CONDICIÓN

Abans de poder parlar de la diferència existent entre *condicionant* i *condición*, cal precisar una mica més [utilitzant, en part, la sistemàtica aristotèlica⁽⁶⁾] els tres mons diferents en què es desenvolupa qualsevol fenomen natural i, per tant, el fenomen jurídic.

Aquests tres mons són: l'*ante* acte, l'*acte* i l'*ex* acte.

- 1) Quan ens referim a l'acte, estem parlant del moment en què una obligació es perfecciona entre dos subjectes, es desenvolupa el compliment i es produeix l'efecte.
- 2) L'*ante* acte és tot aquell la realització del qual ens ha permès arribar al món de l'acte; normalment, se sol tractar d'un acte complet anterior i per mitjà del qual es produeixen les condicions necessàries per donar lloc a l'acte que es dona en el moment present (v. gr. la legitimitat de l'acte neix de l'*ante* acte, en la mesura en què el venedor pot vendre com a amo perquè abans ha adquirit la titularitat en l'*ante* acte d'un altre venedor). Ni la llei ni la teoria del títol i el mode no l'esmenten com a deure del venedor, però no per això deixa d'existir i, per tant, postulo que la venda de cosa aliena ha de ser ineficaz. La llei tampoc diu que el venedor tingui el deure de ser capaç, i és evident que l'eficàcia de la venda està subordinada a la seva existència.

- 3) Per acabar, el *post* acte seria el que s'esdevé posteriorment a l'acte (on es desenvoluparien, v. gr., l'obligació extracontractual o l'exigència de compliment forçós a l'incomplidor).

Les dues fases que ens ajudaran a entendre la diferència entre *condicionant* i *condició* són l'*ante* acte i l'acte, ja que, tal com haurà començat a intuir el lector, tots dos fenòmens es produeixen en diferents etapes.

Quan ens referim a *condicionant*, estem parlant d'una figura del món de l'*ante* acte. El per què d'aquesta afirmació és senzill. *Condicionant* és tot allò que les parts acorden i decideixen abans d'entrar a integrar una obligació que les lligui per al futur. Els condicionants són tot allò que les parts exigeixen que estigui present en l'objecte del contracte, són elements indispensables i essencials que s'han de donar en l'objecte i pels quals es decidirà entrar o no en un contracte amb la part contrària. A aquesta figura fan referència alguns textos històrics, com el *Digesto teórico-práctico* o el *Tractatus de Gabellis, Regibus Hispaniae*. En aquests, l'expressió de *condicionant* apareix com el seu terme originari, és a dir, *ante conditionem*.

Diferent del condicionant, com ja hem dit, és la condició. La condició, oposada a aquest, es dona en el món de l'acte. Com anteriorment s'ha argumentat, la condició no és més que un element ocasional de l'objecte, per tant, l'extinció de l'obligació no està supeditada a la verificació de la condició. Són elements que s'afegeixen a l'objecte quan aquest ja s'ha definit perfectament i no condicionen la voluntat de les parts a entrar o no en una determinada obligació jurídica. Mentre que el condicionant fixa l'objecte, la condició fixa l'eficàcia de l'obligació. Per això, quan el condicionant no es verifica, l'obligació ni tan sols arriba a néixer. Però quan la condició no es verifica, això només fa que l'obligació esdevingui ineficàcia.

Tot això hauria de comportar, a parer meu, que l'art. 1115 CC no elimini l'obligació condicional en la seva totalitat, sinó únicament la seva condició o element accidental, deixant l'obligació subsistent. Una condició suposa que dic que sí a un objecte i, al mateix temps, *condic*, és a dir, hi adhireixo un element més. Si, a més, es té al pensament el principi d'accessorietat,

la ineficàcia no culposa del deutor no pot dur a una altra solució que a la purificació de l'obligació.

Menció especial, pel despropòsit, mereix l'art. 1124 CC, precepte sistematitzat dins de les obligacions pures i condicionals i que, segurament, es va ubicar al final d'aquest capítol perquè simplement no van saber on acabava d'encaixar. La doctrina i la jurisprudència majoritàries entenen que aquest article estableix el que denominen *condició resolutòria implícita*. Doncs bé, recordant la coneguda dita popular atribuïda al poble de Santillana del Mar (que es coneix com el «poble de les tres mentides», perquè ni és santa, ni és plana, ni té mar), desenredarem una mica aquestes tres afirmacions en voga:

- Primer, l'art. 1124 CC no preveu una condició en termes legals, ja que es tracta d'una mera facultat legal (així comença curiosament el precepte), que opera un cop elegit el «model de contractació» (per exemple, compravenda), ja que tant si s'inclou o no a les seves clàusules, per la remissió a l'art. 1258 CC, el qual diu que el contracte obliga totes les conseqüències que, «segons la seva naturalesa», siguin conformes a... la llei. És per això que el paraigües legal d'aquest precepte només serveix per assegurar el mateix bé objecte del contracte i no expectatives ulteriors sobre aquest. De la mateix manera que pactar sobre l'art. 1124 CC és una absurditat, també ho seria pactar una condició dissolutòria en el cas d'incompliment del mateix objecte comprat.
- Segon, perquè no és resolutòria, ja que el que es resolen són les parts i és l'acord el que es dissol. *Resoldre* prové del llatí *resolvere*, el significat del qual és 'tornar-se a desfer'. Les parts són les úniques que es poden desfer per poder-se tornar a lligar a una obligació.
- I tercer, no és implícita (espècie del gènere exprés conjuntament amb l'explícita), ni sobreentesa, ni similars, perquè totes les manifestacions del *sensum* (expressa, tàcita i presumpta) ho són sempre de les persones, no de la llei (que ni diu, ni condueix, ni expressa, ni tàcitament ni presumptament).

V. UNA CONDICIÓN «OBJECTIVA» NO POT SER DISSOLUTÒRIA

Hem vist que la condició és un element accidental, però que no és determinant de l'objecte de l'obligació. També s'ha dit que no es tracta d'un element essencial per condicionar el *sensum* de les parts de cara a entrar o crear una determinada obligació entre elles.

Tot això prèviament exposat ha de ser traslladat a la condició resolutòria. S'ha dit prèviament que el que pretenen les parts a través d'aquesta és supeditar l'extinció de l'obligació a la seva verificació. Per això, si la verificació de la condició resolutòria no s'arriba a donar, una de les parts pot demanar la dissolució del contracte.

La condició dissolutòria és una figura que, per implantada que estigui en la pràctica jurídica moderna, no deixa de poder ser objecte de discussió, encara que per raons òbvies no hi entraré. Simplement m'interessaria que es recordés, per un moment, que es tracta d'una figura que no va ser permesa en el Dret romà, a les fonts del qual bevem quasi tots els ordenaments jurídics moderns.

Si s'accepta que una condició dissolutòria objectiva pot donar lloc a l'extinció de l'obligació, s'estaria permetent a través d'aquesta un canvi d'objecte de l'obligació

En el que sí que entrarem, evidentment, és en el fet de si una condició dissolutòria pot ser «objectiva» i, per tant, determinant de l'extinció o no d'una obligació jurídica. Encara que es pugui arribar a pensar que deixar l'eficàcia d'una obligació a l'atzar «de si plou el proper cap de setmana» és, per si mateix, bastant més perillós, el fet de permetre la configuració de condicions de naturalesa objectiva ho és més i contravé, encara més si és possible, els principis generals més bàsics del nostre ordenament jurídic.

El per què ja ha estat en part explicat per tot el que s'ha exposat sobre la condició general, ja que tot això també



s'ha d'aplicar a la condició resolutòria. Un exemple aclaridor el trobaríem en la mateixa naturalesa a través de la relació entre un planeta i el seu satèl·lit. Si és el satèl·lit el que desapareix, el planeta continua existint en les mateixes circumstàncies; no obstant això, si és el planeta el que desapareix, el satèl·lit desapareix amb ell, ja que sense l'existència del primer el segon ja no té raó de ser i es perd per l'espai. El planeta no deixa de ser més planeta per no tenir satèl·lit, però sí que es dona el contrari amb el satèl·lit, que passa a ser un cos celeste més en l'espai. Si s'elimina l'objecte, la condició dissolutòria no tindria eix sobre el qual girar i perdria tot el seu sentit. Un contracte es pot dissoldre per no complir amb l'objecte (planeta), però no per la no verificació d'una condició objectiva (satèl·lit).

Si s'accepta que una condició dissolutòria objectiva pot donar lloc a l'extinció de l'obligació, s'estaria permetent a través d'aquesta un canvi d'objecte de l'obligació. Seria com incloure, *v. gr.*, un *incoterm* CIF amb el trasllat del risc en port de destinació (que és precisament en el que consisteixen altres *incoterm*, com, per exemple, el DDU). Pocs experts en Dret Internacional o Marítim saben que darrere d'un pacte CIF hi concorre un supòsit de les mal anomenades *obligacions parcials* (en realitat, independents) de l'art. 1138 CC. En parlar de *compravenda CIF*, s'arriba a l'engany de pensar que tots els seus termes (compravenda, assegurança i càrrega) corresponen a un mateix acord. Evidentment, que es pacti alguna cosa amb motiu d'un mateix acte no vol dir que allò pactat no pugui ser objecte de dues obligacions diferents, la qual cosa succeeix amb aquesta modalitat. Aquest terme és antagònic al FOB (*free on board*) ja que configura un deure d'assumpció de costos (que no d'execució) per part del venedor de l'assegurança i del transport fins a la destinació, però, igual que el FOB, és un *incoterm* de sortida, és a dir, amb trasllat del risc des del port d'origen. Però aquests deures no integren el contracte de compravenda, sinó un altre de comissió mercantil complementari d'aquest, l'incompliment del qual donarà lloc a la deducció del preu i a una indemnització per danys i perjudicis, però no afectarà de cap manera una compravenda de mercaderies l'entrega de la qual, sempre que estigui en les condicions degudes, ja s'ha efectuat abans del viatge i al marge de

qualsevol deure relacionat amb un procés durant el trasllat.

També seria com permetre, *v. gr.*, la compra d'un poltre subjecta a la condició dissolutòria que es converteixi en un cavall de carreres. En aquest cas, s'estarien comprant dues coses diferents: un poltre (potencial cavall de carreres) i un futur cavall de carreres.

En tots dos casos, són dues *rei* diferents, i la inclusió d'una condició dissolutòria no pot canviar una *res* per una altra. O bé s'estableix una obligació l'objecte de la qual és un bé present o una altra l'objecte de la qual sigui un bé futur. Però no es poden establir tots dos béns, present i futur, com a part del mateix objecte. S'ha de triar entre l'un i l'altre, ja que són coses diferents.

I no es pot fer perquè això suposaria una violació tant del principi d'accessorietat com del principi de determinació. Així, vulneraria el principi d'accessorietat perquè a un element accidental se li està donant la mateixa potencialitat que a un element essencial de l'objecte del contracte. Alhora, és inconcebible que un objecte del contracte contingui, com a element accessori, l'objecte susceptible d'un contracte diferent, sinó que tots dos conformen obligacions i contractes diferents i independents. També infringiria el principi de determinació, perquè no pot ser objecte de contracte una cosa present i, al mateix temps, la mateixa cosa en el futur (*emptio rei speratae*), que pot realitzar-se o no. Per poder formar una obligació que uneixi dos o més subjectes, cal la determinació de l'objecte del contracte i no deixar-lo, a diferència de la simple eficàcia, indeterminat a la realització d'una condició en el futur.

El fet que la condició dissolutòria objectiva no pugui extingir una obligació no vol dir que hi hagi diverses opcions per solucionar el supòsit que l'objecte no arribi a convertir-se en un altre objecte esperat pel comprador. Una d'aquestes solucions és establir un pacte de recompra, sempre que no es verifiqui la condició inclosa. Amb això, el subjecte passiu s'obligaria a recomprar a canvi d'un preu allò que va vendre i no es va convertir en el que s'esperava. Però noteu com això suposaria, precisament, reconèixer *ab initio* la plena eficàcia de la primera compra i el ple respecte al correcte sentit de l'art. 1256 CC

que preconitzem. I noteu també que amb aquest mecanisme s'està reconeixent que l'objecte era el primer, no el segon objecte de la recompra. Estaríem, doncs, davant de dues obligacions diferents. Una altra opció pot consistir a establir un pacte de pagaments ajornats amb assenyalament d'una altra quantitat suplementària per al cas que s'obtingués un resultat afegit. Però noteu que amb aquesta opció s'estaria condicionant el preu, no l'objecte del contracte.

En matèria urbanística, un mateix bé físic (una parcel·la) és sotmès a unes evolucions posteriors que el converteixen en quatre béns susceptibles de determinar l'objecte de quatre contractes de compravenda diferents: no urbanitzable, urbanitzable, urbà i solar

Després d'exposar per què una condició dissolutòria objectiva no pot extingir una obligació, mereix una menció especial el supòsit de compravenda de sòl urbà



subjecte a la condició dissolutòria (o sigui, havent-hi hagut títol i mode) que arribi a ser solar.

En matèria urbanística⁽⁷⁾, succeeix el mateix que amb el que s'ha explicat anteriorment. Un mateix bé físic (una parcel·la de terreny) és sotmès a unes evolucions posteriors que el converteixen en quatre béns *suscepti-bles* [en potència, com tot el que acaba en *-ble* o *-bilitat*⁽⁸⁾] de determinar l'objecte de quatre contractes de compravenda diferents: 1) no urbanitzable, 2) urbanitzable, 3) urbà i 4) solar. Totes representen diferents fases per les quals pot passar una mateixa parcel·la de terreny, però cada una configura un potencial objecte del contracte diferent de l'anterior.

Per què aquesta llei estableix tantes classificacions sobre el mateix bé? Encara que pugui semblar una pregunta anodina, per a molts la resposta no sembla tan òbvia. Si bé també es poden apuntar raons de tipus econòmic (qualsevol procés de transformació se sol produir mitjançant la utilització d'uns mitjans i els seus costos corresponents) o la simple *naturalis ratio* (durant el procés de transformació, sempre hi ha riscos de pèrdua), la verdadera resposta encara és més evident: cada qualificació correspon a un bé que, tot i que físicament no és diferent (ja que, si no, ningú no dubtaria que estaríem en l'àmbit de les condicions de l'art. 1116 CC), sí que ho és des del punt de vista jurídic. La classificació s'efectua, precisament, per poder identificar l'objecte de la compravenda i per saber que aquesta és la base o l'objecte únic del contracte. És a dir, que encara que s'hi puguin afegir més prestacions addicionals (pagar quotes urbanístiques, pagar una assegurança o una càrrega, etc.), aquestes circumstàncies no afectaran l'objecte únic del contracte, per tant, la seva no verificació no donarà lloc a l'operativitat *ex lege* de l'art. 1124 CC (només per allò estrictament pactat com a objecte), i només i sempre que sigui merament subjectiva, a una condició dissolutòria pactada a l'empara de l'art. 11 LH i els seus concordants.

Cada qualificació que es fa d'una parcel·la de terreny suposa el naixement, per al món del Dret, d'una *res* nova i diferent. Si utilitzéssim el símil de l'esport americà del beisbol, és com si parléssim de bases diferents dins del camp. Es pot estar en una o en una altra, però el fet de trobar-se a la meitat del recorregut entre totes dues no significa tenir assegurada l'arribada a la «base» següent. El risc que t'engampin «entre bases» és del comprador de torn que, en lloc d'assegurar-se la base següent, ha preferit adquirir l'anterior, sense que res d'això canviï pel fet que hagi afegit mesures tendents a facilitar l'assoliment d'aquesta parada següent (més enllà de la possibilitat de deduir els seus costos).

L'admissió d'una condició objectiva implicaria que els riscos que naturalment es deriven de qualsevol contracte de compravenda sobre un bé subjecte a una evolució desapareixerien, ja que el comprador sempre podria dissoldre el contracte en cas que no es produís la transformació desitjada de l'objecte

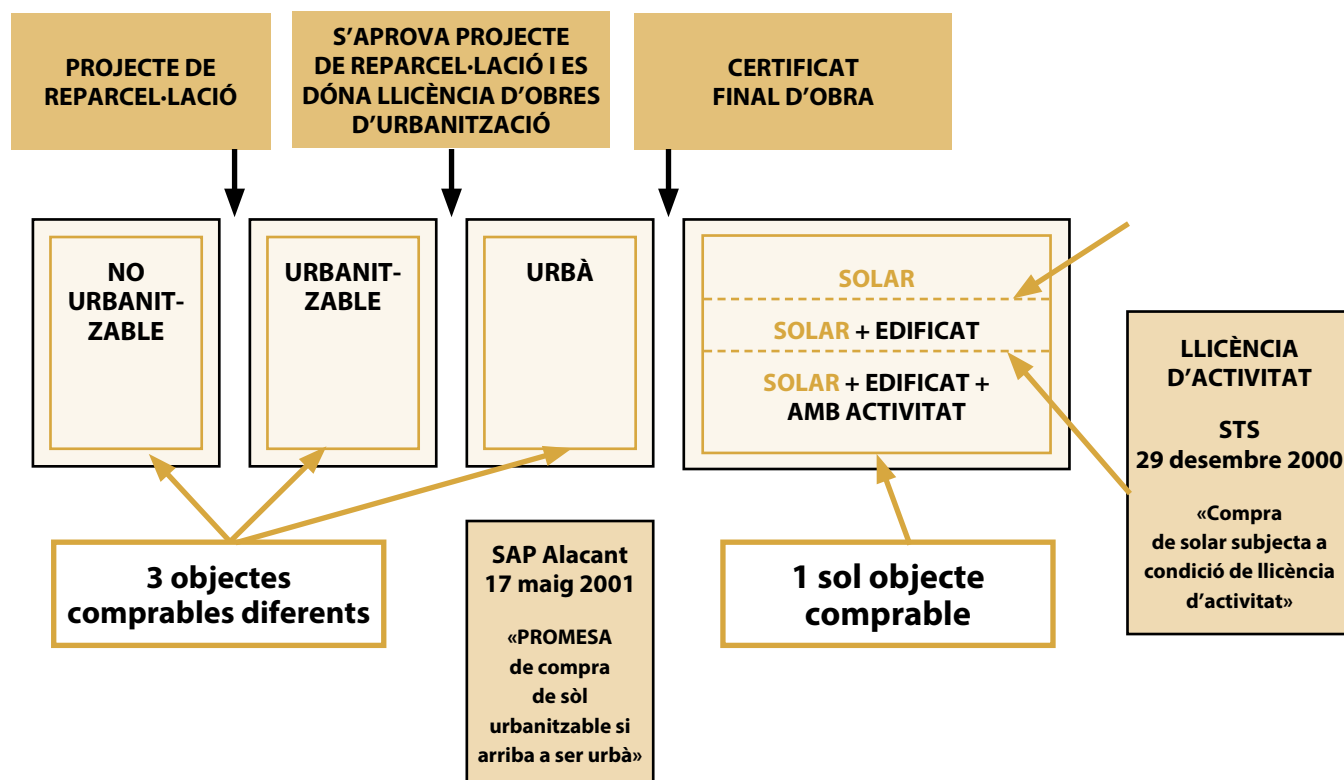
L'admissió d'una condició objectiva implicaria que els riscos que naturalment es deriven de qualsevol contracte de compravenda sobre un bé subjecte a una evolució desapareixerien, ja que el comprador sempre podria dissoldre el contracte en cas que no es produís la transformació desitjada de l'objecte (que podria ser inclús *per saltum* des del primer dels estadis o bases, o sigui, un terreny no urbanitzable a tot un solar ja edificat i amb activitat). És a dir, si no es produïssin els canvis successius, el comprador podria dissoldre el contracte i retornar únicament allò pagat pel terreny no urbanitzable. En canvi, si el terreny arribés a obtenir la qualificació de solar edificat i amb activitat, obtindria els beneficis derivats de l'augment del valor del terreny. Certament, això atorgaria

als especuladors immobiliaris una posició molt avantatjosa que entenem que no té cabuda a l'ordenament jurídic, fins i tot la possibilitat d'hipotecar (en ser dissolutòria) aquests terrenys en l'*interim* per al finançament d'altres negocis. I que consti que el que dic no és un futurible, ja que només cal veure la cadena de dissolucions contractuals que ha tingut lloc en aquests darrers temps com a conseqüència de l'arribada de l'actual crisi econòmica.

Al gràfic següent s'hi poden observar diferents fases per les quals pot passar, des del punt de vista urbanístic, una parcel·la de terreny. Per avançar d'una «base» a l'altra, s'han de donar certs requisits ben sabuts per tothom. Per exemple, perquè un sòl no urbanitzable es converteixi en urbanitzable, cal obtenir un projecte de reparcel·lació. Perquè passi d'urbanitzable a urbà, cal obtenir una llicència d'obres d'urbanització. En el cas que d'urbà passi a ser un solar, caldrà obtenir un certificat final d'obra. En tots els supòsits esmentats, cada cop que es compleixen aquests requisits, ens trobem amb béns diferents entre si, i com és públic i notori, amb valors de mercat molt diferents.

És diferent el cas que es pot observar a la figura del solar. I això és perquè, un cop s'ha obtingut la qualificació, l'objecte sempre continuarà sent el mateix. Com s'observa al gràfic, la paraula *solar* sempre apareix a l'última de les «bases», encara que pugui anar acompanyada d'altres expressions, com ara *solar edificat* o *solar edificat amb activitat*. La naturalesa de l'objecte és la mateixa, encara que té cert *plus*. Per això, en el cas del solar, sí que es pot dissoldre el contracte si no es dona la condició de llicència d'edificació o de llicència d'activitat.

També segueix un criteri idèntic la Sentència de l'Audiència Provincial d'Alacant de 17 de maig de 2001, ja que, encara que afirma que sí que es pot dissoldre en cas que el sòl urbanitzable no arribi a ser urbà, no parla d'un contracte de compravenda ferm, sinó d'una mera promesa de compra.



VI. CONCLUSIONS

1) La validesa i el compliment dels contractes no pot quedar al criteri de les parts. El fet de fer-ho està conduint a una deriva certament perillosa. La voluntat no és *lex inter partes*.

2) Una condició dissolutòria objectiva no pot provocar l'extinció del contracte, perquè vulneraria els principis d'accidentalitat i de determinació de l'objecte d'un contracte.

3) Les diferents evolucions d'un mateix bé, sempre que estiguin prou definides en el nostre ordenament jurídic, fan a cada una d'aquestes fases susceptible de ser objecte de diferents acords i dels seus conseqüents efectes jurídics.

BIBLIOGRAFIA

Derecho Civil: Contratos [en línia]. <http://dcivilcontratos.blogspot.com.es/2009/03/3-elementos-accidentales-del-contrato_03.html> [Consulta: 27 març 2014]

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

Enciclopedia jurídica [en línia], Ed. Unión Postal Universal, Berna. <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/condicion/condicion.htm>> [Consulta: 27 març 2014]

HERNÁNDEZ, L., «La relación jurídica», a *Temas de Derecho* [en línia]. <<http://temas-dederecho.wordpress.com/2012/04/04/la-relacion-juridica/>> [Consulta: 26 març 2014]

Reial Decret de 24 de juliol de 1889, text edició del Codi Civil.

VERDA Y BEAMONTE, J. R. de, *Derecho Civil II*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2011.

- (1) La intenció (*in-tendere*) és una tendència interna de l'acte cap al resultat en el *post* acte, com el dol, i a diferència del propòsit (*pro-possitum*), que es busca després d'allò que segueix al resultat, és a dir, la *con-seqüència*, que a vegades concorre o no (v. gr. el lucre, que, a parer meu, no és de cap manera un *animus* de l'acte, raó per la qual l'acte mercantil estaria mancat de substantivitat pròpia).
- (2) No existiria, per tant, un conflicte d'interessos, sinó d'intencions o propòsits, segons els casos. L'interès uneix, no distingeix. Amb independència d'això, el

cert és que posteriorment el terme es va pervertir i es va utilitzar fins i tot per substituir la paraula *usura* (per l'ús dels diners).

- (3) Etimologia: del grec *étimos* i *logos* ('la veritat de la paraula').
- (4) És constant el recurs de la doctrina i la jurisprudència modernes a la falsa traducció al llatí d'expressions que en el Dret romà no es van conèixer mai, com per donar-los més legitimitat: vegeu la mateixa *conditio iuris*, les adquisicions *a non domino*, la culpa *in eligendo* i *in vigilando* o l'excepció *non rite adimpleti contractus*.
- (5) El comodí pot fer, segons les regles de molts jocs de cartes, de qualsevol carta. Però no per això es converteix en aquesta carta.
- (6) *Vid.* ARISTÒTIL, *Metafísica*, llibre I.
- (7) En el meu cas, als art. 9 i seg. de la Llei 16/2005, de 30 de desembre, de la Generalitat, urbanística valenciana.
- (8) A la potencialitat hi acudeix el Dret en innombrables ocasions. Sense anar més lluny, la mateixa comerciabilitat d'un bé (*res intra* o *extra commercium*) està, en definitiva, basada en la major o menor potencialitat que pot tenir un bé (pistoleta de joguina) de cara a un ús lícit en el comerç efectiu.

El Reglament de Blanqueig de Capitals i l'actuació notarial

Antonio Ángel Longo Martínez
Notari de Barcelona

SUMARI

- I. INTRODUCCIÓ
- II. EL NOTARI COM A SUBJECTE OBLIGAT
- III. LES OBLIGACIONS DEL NOTARI
- IV. PERSONES AMB RESPONSABILITAT PÚBLICA
- V. OBLIGACIONS D'INFORMACIÓ
- VI. CONSERVACIÓ DE DOCUMENTS
- VII. PROHIBICIÓ DE REVELACIÓ
- VIII. OBLIGACIONS EN RELACIÓ AMB ELS MITJANS DE PAGAMENT
- IX. OBLIGACIONS NO RECOLLIDES EN LA LLEI

I. INTRODUCCIÓ

El BOE va publicar, el passat dia 6 de maig, el Reial Decret 304/2014, de 5 de maig, Reglament de la Llei de Prevenció del Blanqueig de Capitals i del Finançament del Terrorisme, que desenvolupa la Llei 10/2010, de 28 d'abril, la qual, al seu torn, va transposar la Directiva 2005/60/CE, o Tercera Directiva, del Parlament Europeu



i del Consell, de 26 d'octubre de 2005, desenvolupada per la Directiva 2006/70/CE, de la Comissió, d'1 d'agost de 2006.

Quatre anys ha trigat el legislador a elaborar el Reglament i menys de vint-i-quatre hores dona als seus destinataris (els «*subjectes obligats*», en la terminologia aquí utilitzada) per al seu coneixement i deguda aplicació, ja que el Reial Decret en determina la seva entrada en vigor el mateix dia de la seva publicació en el BOE, reduint així la *vacatio legis* a la seva mínima expressió.

Prèviament a l'aprovació del Reglament, la Disposició Final 6a de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, havia introduït algunes modificacions en la Llei 10/2010, que en certa manera «obrien el camí» a alguna de les novetats que s'hi introdueixen. El nou Reglament deroga l'anterior, aprovat per Reial Decret 925/1995, de 9 de juny (algunes disposicions del qual es van incorporar en el seu moment a la nova Llei), però deixa



en vigor determinades normes de desenvolupament d'aquest, quan no s'oposin al nou (i fins i tot, temporalment, alguna previsió de l'antic Reglament), tot destacant entre aquestes:

- L'Ordre EHA/2963/2005, de 20 de setembre, reguladora de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció en matèria de blanqueig de capitals en el Consell General del Notariat.
- L'Ordre EHA/1439/2006, de 3 de maig, reguladora de la declaració de moviments de mitjans de pagament en l'àmbit de la prevenció del blanqueig de capitals.
- L'Ordre EHA/114/2008, de 29 de gener, reguladora del compliment de determinades obligacions dels notaris en l'àmbit de la prevenció del blanqueig de capitals.

És necessari que les ordres ministerials es modifiquin per concretar els termes excessivament genèrics en què apareixen configurades les obligacions del Notari i els dubtes sobre l'aplicabilitat d'algunes de les seves disposicions

El Govern ha anunciat ja que el Ministeri d'Economia anirà modificant les ordres ministerials sobre subjectes i productes per adaptar-les al nou Reglament. Aquesta és, en relació amb l'activitat notarial, una necessitat urgent, donats els termes excessivament genèrics en què apareixen configurades les obligacions del Notari en la normativa assenyalada i els dubtes sobre l'aplicabilitat d'algunes de les seves disposicions. A l'espera d'aquesta modificació, sembla en tot cas imprescindible una aproximació a la situació creada amb la publicació del Reglament.

II. EL NOTARI COM A SUBJECTE OBLIGAT

La consideració del Notari com a subjecte obligat deriva del que es preveu en l'art. 2.1 de la Llei, segons el qual: «La present Llei serà aplicable als següents subjectes obligats: [...] n) Els notaris i els regis-

FITXA TÈCNICA

Resum: El BOE va publicar, el 6 de maig, el Reial Decret 304/2014, de 5 de maig, Reglament de la Llei de Prevenció del Blanqueig de Capitals i del Finançament del Terrorisme. El nou Reglament deroga l'anterior, però deixa en vigor determinades normes de desenvolupament d'aquest, quan no s'oposin al nou (i fins i tot, temporalment, alguna previsió de l'antic Reglament), tot destacant una sèrie d'ordres ministerials que hauran de ser modificades sobre subjectes i productes per adaptar-les al nou Reglament. Aquesta és, en relació amb l'activitat notarial, una necessitat urgent, donats els termes excessivament genèrics en què apareixen configurades les obligacions del Notari en la normativa assenyalada i els dubtes sobre l'aplicabilitat d'algunes de les seves disposicions. A l'espera d'aquesta Ordre Ministerial, sembla en tot cas imprescindible una aproximació a la situació creada amb la publicació del Reglament. És aquesta, doncs, la pretensió d'aquest treball.

Paraules clau: Dret Financer, blanqueig de capitals, Dret Notarial.

Abstract: On 6 May, the Official State Gazette (BOE) published Royal Decree 304/2014 of 5 May: the Regulations of the Law on the Prevention of Money Laundering and the Funding of Terrorism. The new Regulations repeal the previous Regulations, but leave certain implementing provisions in force, in so far as they do not contradict the new Regulations (and also, on a temporary basis, some provisions of the former Regulations), highlighting a series of ministerial orders which will need to be amended in connection with persons bound and products in order for them to conform to the new Regulations. With regard to notarial activities, this is an urgent need, given the excessively generic terms in which the duties of notaries are couched in the said Regulations and the doubts over the applicability of some of the provisions. As we wait for the said Ministerial Order, it seems in any event essential that there should be an approximation to the situation created with the publication of the Regulations. As such, this is the aim of this work.

Keywords: Financial Law, money laundering, Notarial Law. Pràctica

tradors de la propietat, mercantils i de béns mobles».

Com és ben sabut, aquesta norma va donar lloc en el seu moment a moltes discussions, tenint en compte que la regulació anterior, continguda als arts. 2.2 de la Llei 19/1993 i 2.2.d) del Reglament de 9 de juny de 1995, concretava la consideració de notaris, advocats i procuradors com a subjectes passius a determinats supòsits⁽¹⁾, la qual cosa fa també l'art. 2 de la Directiva 2005/60, de 26 d'octubre, del Parlament Europeu i del Consell⁽²⁾. Ja el Preàmbul de la Llei sembla rebutjar la tesi que la mateixa llei estigui depassant el contingut de la Directiva, en qualificar a aquesta com una norma «de mínims», que justifica que la Llei contingui disposicions més rigoroses.

Des d'aquest punt de vista, la principal novetat continguda al Reglament apareix al seu art. 3 («Activitats excloses»), que conté un núm. 2 relatiu als «actes notarials i registrals que **manquin de contingut econòmic o patrimonial o no siguin rellevants a l'efecte de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme**. A aquest efecte, mitjançant Ordre del Ministre d'Economia i Competitivitat, amb previ informe del Ministeri de Justícia, s'establirà la relació de tals actes».

Amb això semblen solucionar-se els dubtes respecte de l'abast d'aquesta consideració, ja que la concreció que es feia a l'antiga norma reglamentària i a l'Ordre EHA 114/2008 s'ha d'entendre substituïda per aquesta norma d'exclusió objectiva que, per oposició, entén incloses qualsevol altres operacions.

No obstant això, ja aquest art. 3 R planteja algun dubte. És indubtable la relació que la referència als actes que manquin de contingut econòmic o patrimonial té amb aquells altres articles que, com veurem, exclouen l'aplicabilitat d'algunes obligacions (o «*mesures de diligència deguda*») en supòsits en què no s'aconsegueixin determinats llindars econòmics. D'altra banda, l'art. 7.1 de la Llei (7.1 L) disposa que «**en tot cas els subjectes obligats aplicaran les mesures de diligència deguda quan concorrin indicis de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme, amb independència de qualsevol excepció, exempció o llindar, o quan existeixin dubtes sobre la veracitat o adequació de les dades obtingudes amb anterioritat**».

Haurà de confirmar-se, per tant, si la prevalença d'aquesta norma legal («en tot cas») es donarà també en relació amb els supòsits de documents sense contingut econòmic o

d'import inferior als llinars marcats en els articles que després es diran. Potser sigui possible una interpretació diferent segons els dos casos. D'aquesta forma:

- Respecte d'aquells supòsits a concretar per Ordre Ministerial, donats els termes de l'art. 3 R («no estarà subjecta a la Llei...», «quedaran així mateix exclosos...»), s'hauria d'entendre no aplicable l'art. 7.1 L, ja que, per apreciar amb base en el mateix article els indicis o dubtes a què es refereix, resulta imprescindible un examen que no procedeix si l'activitat està efectivament exclosa.
- Per contra, en els supòsits exclosos per llinar econòmic, la concreta «mesura de diligència deguda» a què els preceptes reglamentaris es refereixen hauria de practicar-se, malgrat la previsió d'exclusió continguda en aquests, si es donen els supòsits de l'art. 7.1 L.

III. LES OBLIGACIONS DEL NOTARI

Les **obligacions més importants** que afecten el Notari en aquest àmbit es classifiquen en els següents grups:

- Mesures de diligència deguda.
- Obligacions d'informació.
- Obligacions de conservació.
- Mesures de control intern.
- Control de mitjans de pagament.

Les mesures de diligència deguda fan referència a la identificació formal, la del titular real i la constància del propòsit i índole de la relació de negocis

Les **mesures de diligència deguda** fan referència a la identificació formal, la del titular real i la constància del propòsit i índole de la relació de negocis. En relació amb aquestes, existeix, juntament amb una regulació específica, una aplicabilitat (poc més, poc menys) del que la Llei i el Reglament qualifiquen de «*mesures simplifícades*» o «*reforçades*», en funció del risc

del supòsit de fet. Això dona lloc al fet que (al marge del que hagi d'acabar per determinar-se respecte d'aquestes *activitats excloses* a què es refereix l'art. 3 R) hi hagi casos en què alguna o algunes d'aquestes mesures puguin (o fins i tot hagin de) no aplicar-se i, per contra, uns altres en què hauran d'aplicar-se sempre.

Entre aquests últims, ja hem assenyalat la norma de l'art. 7.1 L, relativa als casos d'indicis en el supòsit de fet o dubtes sobre la veracitat o adequació de les dades. Aquesta obligació es reitera en l'art. 12 R, amb referència específicament als deures d'identificació formal i del titular real, però incloent una norma cautelar al seu paràgraf segon que estableix: «*No obstant això, en aquests casos, els subjectes obligats hauran de tenir en compte el risc de revelació, podent ometre la pràctica de les mesures de diligència deguda previstes en el paràgraf precedent quan considerin raonablement que revelarien al client o potencial client l'examen o comunicació de l'operació.*»

La **conseqüència de la impossibilitat d'aplicar les mesures** que procedís en cada cas és la prohibició d'actuació del Notari, segons indica l'art. 7.3, en disposar que «*els subjectes obligats no establiran relacions de negoci ni executaran operacions quan no puguin aplicar les mesures de diligència deguda previstes en aquesta Llei.*»

1. Identificació formal

1.1. Supòsits exclosos

Cal tenir en compte que, si bé la identificació de l'atorgant és inherent a la funció notarial, no s'efectua de forma plenament coincident segons la normativa notarial i la de prevenció a què ara ens referim. Per això és important assenyalat quins són els supòsits que, per venir exclosos d'aquesta obligació en aquesta normativa especial, faran remissió a les formes generals d'identificació. La qüestió té una rellevància més gran quan parlem de la identificació de persones jurídiques, per la qual el Reglament preveu criteris bastant rígids. En síntesi, tals supòsits poden ser:

— **D'exclusió per raó de l'import econòmic:**

El primer d'ells, clarament relacionat, com dèiem, amb la norma genèrica de

l'art. 3 R, relativa a les «*Activitats excloses*» de l'aplicació de la Llei en el seu conjunt, és el que conté l'art. 4.1 R, segons el qual aquesta obligació es concreta a les «*relacions de negoci o qualssevol operacions ocasionals l'import de les quals sigui igual o superior a 1.000 euros.*»

No obstant això, cal fer algunes observacions:

- Que, d'acord amb la Disposició Final 3a del Reial Decret, aquesta exclusió no regirà fins a transcorreguts sis mesos de la publicació del Reglament en el BOE, és a dir, fins al dia 6 de novembre de 2014.

Fins a aquest moment, la Disposició Transitòria 3a indica que se seguiran aplicant els llinars establerts en el Reial Decret 925/1995, de 9 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei 19/1993, de 28 de desembre, sobre determinades mesures de prevenció del blanqueig de capitals^[3]. La qual cosa sembla remetre al límit de 3.000 euros previst en l'art. 4 de l'antic Reglament.

— Que, per a l'apreciació del límit econòmic que assenyalat la norma, ha de tenir-se en compte el que es disposa a l'art. 2 R, segons el qual: «*Els llinars quantitius establerts en aquest Reglament seran aplicables amb independència que s'assoleixin en una única operació o en diverses operacions lligades entre si.*»

D'altra banda, i conforme al que es disposa en l'art. 17 R en regular les «*mesures simplifícades*» de diligència deguda, en els supòsits dels arts. 15 R i 16 R, el subjecte obligat podrà decidir «*comprovar la identitat del client del titular real únicament quan se superi un llinar quantitiu amb posterioritat a l'establiment de la relació de negocis.*»

La norma, no obstant això, és confusa, doncs no se sap si aquest «*amb posterioritat*» està remetent a la identificació (que tampoc no ens diu com hauria de fer-se aleshores) o al moment en què se superi aquest llinar quantitiu; llinar respecte del qual, no venint establert, tampoc no sabem quin marge de determinació té el subjecte passiu, si és que en té cap.

En tot cas, els supòsits a què fa referència (hi tornarem en parlar de les altres dues mesures de diligència deguda) vénen



determinats per la naturalesa del client i el tipus d'operació:

a) Així, la referència que conté l'antic art. 9 L, modificat per la Llei de Transparència, a les entitats de Dret Públic, entitats financeres i empreses cotitzades que, respectivament, formessin part, estiguessin domiciliades o cotitzessin en algun dels Estats Membres de la Unió Europea o de països tercers equivalents ve ara recollida a l'art. 15 R⁽⁴⁾, si bé afegint que no s'inclouen, dins de les entitats financeres, les «entitats de pagament»⁽⁵⁾.

b) Quant a operacions concretes, es tracta de les determinades a l'art. 16 R, destacant-ne, a efectes notarials, potser únicament les de les lletres h) i i):

h) *Els contractes de crèdit al consum per import inferior a 2.500 euros, sempre que el reemborsament es realitzi exclusivament mitjançant càrrec en un compte corrent obert a nom del deutor en una entitat de crèdit domiciliada en la Unió Europea o en països tercers equivalents.*

i) *Els préstecs sindicats en els quals el banc agent sigui una entitat de crèdit domiciliada en la Unió Europea o en països tercers equivalents, respecte de les entitats participants que no tinguin la condició de banc agent.*

En tot cas, l'art. 17 R, seguint el ja previst a l'art. 7.1 L, recorda que **no podran aplicar-se mesures simplifícades** de diligència deguda (per tant, no es podrà ometre la identificació en la forma prevista) o, si escau, cessarà l'aplicació d'aquestes quan concorrin o sorgeixin **indicis o certesa** de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme o **riscos superiors a la mitjana**.

— **D'exclusió per coneixement del client:**

La norma de l'art. 4.1 R, paràgraf tercer, recull el que ja permetia l'art. 2 de l'Ordre 114/2008 en assenyalar que «no serà preceptiva la comprovació de la identitat en l'execució d'operacions quan **no concorrin dubtes** respecte de la identitat de l'intervinent, en quedi acreditada la participació en l'operació mitjançant la seva signatura

manuscrita o electrònica i aquesta comprovació s'hagués practicat prèviament en l'establiment de la relació de negocis».

Això permetria, quan es tracti de clients coneguts i ja prèviament identificats, no atendre necessàriament les rigideses d'identificació formal que després veurem.

— **D'exclusió per «risc de revelació»:**

Segons l'art. 12 R, al qual hem fet referència abans, si bé en els casos d'indicis o certesa de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme hi ha una obligació clara de procedir a la identificació, es podrà «ometre la pràctica de les mesures de diligència deguda previstes en el paràgraf precedent [identificació formal i del titular real] quan considerin raonablement que revelarien al client o potencial client l'examen o comunicació de l'operació».

1.2. Requisits d'identificació formal

1.2.1. Documentació fefaent

La identificació formal ha de fer-se amb caràcter previ i mitjançant documents fefaents, considerant-se tals tots els que detalla l'art. 6.1 del nou Reglament, és a saber:

— Per a les PERSONES FÍSQUES:

- 1) De **nacionalitat espanyola**: el Document Nacional d'Identitat.
- 2) De **nacionalitat estrangera**:
 - 1r. La Targeta de Residència.
 - 2n. La Targeta d'Identitat d'Estranger.
 - 3r. El Passaport.
 - 4t. En el cas de ciutadans de la Unió Europea o de l'Espai Econòmic Europeu, el document, carta o targeta oficial d'identitat personal expedit per les autoritats d'origen.
 - 5è. El document d'identitat expedit pel Ministeri d'Afers Exteriors i de Cooperació per al personal de les representacions diplomàtiques i consulars de tercers països a Espanya.

No obstant això, el Reglament conté una norma aplicable tant a nacionals com a estrangers, segons la qual, excepcionalment, es podran acceptar **«altres documents d'identitat personal expedits per una autoritat governamental sempre que gaudeixin de les adequades garanties d'autenticitat i incorporin fotografia del titular»**. La qual cosa hauria de permetre la utilització del Permís de Conduir expedit per l'Estat espanyol.

No serà possible, per contra, tret que es tracti d'algun dels supòsits exclosos que abans hem mencionat, l'aplicació dels mitjans previstos supletòriament en la legislació notarial d'identificació per l'altra part, per testimonis o per confrontació de signatura (art. 23 LN).

— Respecte de les PERSONES JURÍDIQUES, hi ha més novetats, ja que, mentre que l'art. 3.3 de l'antic Reglament preveia per a la seva identificació la presentació de «document fefaent acreditatiu de la seva denominació, forma jurídica, domicili i objecte social, sense perjudici de l'obligació que procedeixi de comunicar el nombre d'identificació fiscal (NIF)», ara, l'art. 6.1 R es refereix als «documents públics que n'acreditin l'existència i continguin la seva denominació social, forma jurídica, domicili, la **identitat dels seus administradors, estatuts i número d'identificació fiscal**». Les novetats, per tant, serien:

- a) La no inclusió de l'objecte entre les dades que han de figurar en el document públic d'identificació. Qüestió menor, atès que l'ordinari és que hagi de reflectir-se per a la constància del propòsit o índole de la relació de negocis.
- b) La referència al NIF com a element que ha de constar en el document públic d'identificació. Si bé cal entendre que aquesta referència no hauria d'impedir qualsevol acreditació que resulti conforme amb la normativa reguladora corresponent, la modificació sembla incidir en l'obligació de la seva *acreditació en tot cas*, i no només de la seva comunicació quan escaigui, tal com establia l'anterior precepte reglamentari.

Recordem que, segons l'art. 156.5 RN, «*haurà de fer-se constar el número d'identificació fiscal quan així ho disposi la normativa tributària [...], en particular, en les escrip-*

tures públiques relatives a actes o contractes pels quals s'adquireixin, declarin, constitueixin, transmetin, gravin, modifiquin o extingueixin el domini i els altres drets reals sobre béns immobles, o a qualsevol altres amb transcendència tributària». Preveient-se, mancament aquesta acreditació, un mer advertiment i comunicació ulterior.

Cal entendre que, sempre que l'acte resulti afectat per la normativa que estudiem, aquesta previsió queda ara superada per l'exigència d'acreditació.

- c) La inclusió, entre les dades del document fefaent d'identificació de la persona jurídica, de les relatives a la «identitat dels administradors» i els «estatuts».

Conforme a una interpretació literal, hauran de presentar-se, en tot cas, l'escriptura o escriptures que continguin els estatuts socials, sense que n'hi hagi prou que l'administrador presenti la del seu nomenament o l'apoderat la dels seus poders, i això encara que aquests documents acreditin suficientment la representació i facultats del compareixent. És evident que, des d'un punt de vista operatiu, tal exigència suposa un considerable endarreriment, de difícil assimilació pel client de l'oficina notarial i sense que s'aprecii quina és la raó de ser d'aquesta exigència, tractant-se de dades que es troben (i seguiran trobant-se en cas de necessitar-se'n la comprovació en qualsevol moment ulterior) en el Registre Mercantil.

Precisament aquest núm. 1 afegeix que «en el cas de persones jurídiques de

nacionalitat espanyola, serà admissible, a l'efecte d'identificació formal, la certificació del Registre Mercantil provincial aportada pel client o obtinguda mitjançant consulta telemàtica». Norma aquesta innecessària i que, a més, deixaria fora l'admissibilitat de la nota simple telemàtica, més econòmica i ràpida en obtenir-se, si bé és cert que no incorpora (si més no, de manera habitual) els estatuts de la societat.

1.2.2. Identificació en la representació legal o voluntària

Al fil del previst en el seu paràgraf primer, el núm. 2 del mateix art. 6 continua: «En els casos de representació legal o voluntària, la identitat del representant i de la persona o entitat representada serà comprovada documentalment. A aquests efectes, haurà d'obtenir-se còpia del document fefaent a què es refereix l'apartat precedent corresponent tant al representant com a la persona o entitat representada, així com el document públic acreditatiu dels poders conferits». I insisteix: «Serà admissible la comprovació mitjançant certificació del Registre Mercantil provincial, aportada pel client o obtinguda mitjançant consulta telemàtica».

L'especialitat d'aquesta norma, comparada amb la general de l'art. 4.1 («identificaran i comprovaran, mitjançant documents fefaents...»), consisteix en la referència a la identificació «tant del representant com de la persona o entitat representada». Conseqüentment, se'n deriva la necessitat d'obtenir còpia dels documents fefaents d'identificació:

- 1) De la persona física representada, que, per definició, no serà el compareixent, qui és dubtós que sigui conscient de la necessitat que ara se li imposa per poder exercitar les facultats per a les quals està legitimat.

La qüestió no revesteix més importància si el Notari autoritzant, conscient de l'existència de la norma, adverteix el poderant. Però això, que és perfectament assumible tractant-se de Notari espanyol, resultarà excepcional en cas d'autorització per Notari estranger.

- 2) Del document fefaent d'identificació de la persona jurídica representada, amb les característiques que en relació amb el seu contingut veïem abans (administradors, estatuts).

L'especialitat d'aquesta norma consisteix en la referència a la identificació «tant del representant com de la persona o entitat representada». Conseqüentment, se'n deriva la necessitat d'obtenir còpia dels documents fefaents d'identificació de la persona física representada

D'aquests documents, i de l'escriptura d'apoderament o (entenem) de nomenament d'administrador, haurà de guardar còpia el Notari, d'acord amb la citada norma de l'art. 28 R.

1.2.3. Suposats especials d'identificació formal

L'art. 6.3 R estén l'obligació d'identificació formal a «tots els participants de les entitats sense personalitat jurídica», tret que no exerceixin activitats econòmiques. D'acord amb la qual cosa resultaria que, en cas d'atorgament pel representant d'una UTE, hauria d'aportar-se la ressenyada documentació (incloent-hi, insistim, els estatuts i el nomenament d'administrador) de totes les societats que l'integren.

El mateix número inclou, finalment, normes específiques relatives a la identificació en cas de fons d'inversió o de «fi-





deïcomissos anglosaxons (trusts)» o altres «instruments jurídics anàlegs».

1.2.4. Vigència de la documentació fefaent

Assenyalat el núm. 4 de l'art. 6 R que «els documents d'identificació hauran de trobar-se en vigor en el moment d'establir relacions de negoci o executar operacions ocasionals. En el supòsit de persones jurídiques, la vigència de les dades consignades en la documentació aportada haurà d'acreditar-se mitjançant una declaració responsable del client».

2. Identificació del titular real

2.1. La base de dades de titularitat real

Convé començar per parlar esment en la important norma que conté l'art. 9.6 R, segons el qual «per al compliment de l'obligació d'identificació i comprovació de la identitat del titular real [...] els subjectes obligats **podran accedir a la base de dades de titularitat real del Consell General del Notariat**, amb la prèvia celebració del corresponent acord de formalització».

Al marge de la responsabilitat que es deriva del fet que la identificació per part d'altres subjectes obligats pugui descansar en la qual hagi estat feta prèviament per un Notari (cosa que, de fet, ja passava quan el client aportava a aquells l'acta de titularitat real), la utilització d'aquesta base de dades hauria de suposar una facilitació del compliment d'aquesta obligació, en primer lloc, per als mateixos notaris. Per això ha d'extremar-se el zel en què la informació que se subministri al Consell General del Notariat resulti veraç, i en què el seu processament i posada a disposició compleixi amb els requisits precisos per complir amb la finalitat prevista.

2.2. Supòsits exclosos

Dos dels grups de supòsits exclosos de l'obligació d'identificació formal que vèiem abans es presenten també en l'àmbit de la identificació del titular real. Així, es pot parlar:

— **D'exclusió per raó de l'import econòmic:**

La Disposició Final 6a de l'anomenada Llei de Transparència (19/2013, de 9 de desembre) va introduir, a l'art. 7 L, un núm. 6, segons el qual «reglamentàriament podrà autoritzar-se la no aplicació de totes o algunes de les mesures de diligència deguda o de conservació de documents en relació amb aquelles operacions ocasionals que no excedeixin d'un llindar quantitatiu».

I el Reglament, en exercici de la potestat que atorga al legislador aquest article, restringeix, al seu art. 9.1, la necessitat d'identificació del titular real a les «operacions ocasionals per **import superior a 15.000 euros**».

Cal fer aquí, en tot cas, les mateixes observacions que abans en relació amb l'entrada en vigor d'aquesta norma (Disposició Final 3a i Disposició Transitòria 3a del Reial Decret) i el límit de còmput que assenyalat l'art. 2 R.

Així mateix, resulta aplicable la previsió inclosa a l'art. 17 R en relació amb els clients de l'art. 15 R i les operacions de l'art. 16 R, mentre que permeten al subjecte obligat decidir «comprovar la identitat del client **o del titular real** únicament quan se superi un llindar quantitatiu amb posterioritat a l'establiment de la relació de negocis».

Ens remetem també en aquest punt als comentaris fets en parlar de la identificació formal (en particular, en relació amb la dificultat d'interpretació de la norma) i a la impossibilitat d'aplicació d'aquestes mesures simplificades quan concorren o sorgeixin **indicis o certesa** de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme o **riscos superiors a la mitjana**.

— **D'exclusió per «risc de revelació»:**

La possibilitat que contempla l'art. 12 R, abans comentat, es dona també en l'àmbit de la titularitat real, podent el subjecte obligat decidir no realitzar la identificació en els casos d'indicis o certesa de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme, «si es considera raonablement que es revelaria al client o potencial client l'examen o comunicació de l'operació».

2.3. Concepte de titular real

Les novetats que conté el Reglament respecte de la regla general de l'art. 4.2 L⁽⁶⁾ serien:

— La introducció d'un nou supòsit de persones físiques que poden arribar a tenir la consideració de titulars reals del client persona jurídica, corresponent a l'administrador o administradors d'aquesta, o, si aquest administrador és, al seu torn, una altra persona jurídica, en la persona física designada per aquesta. Així resulta de l'art. 8.b) R, i sobre aquest tema cal assenyalat:

- a) Que aquest supòsit és **supletori** d'aquells que amb caràcter principal resulten de l'art. 4.2 L i del mateix art. 8.b R, i solament s'aplicarà «quan **no hi hagi una persona física que posseeixi o controli, directament o indirectament, un percentatge superior al 25 per cent del capital o dels drets de vot de la persona jurídica, o que per altres mitjans exerceixi el control, directe o indirecte, de la persona jurídica**».
- b) Que aquest opera a manera de **presumpció** susceptible de prova en contrari.
- c) Que, no obstant això, per al Reglament aquesta circumstància no altera la qualificació inicial en aquests casos de l'administrador com a titular real, donats els termes de la Disposició Transitòria 4a, que assenyalat: «En relació amb els clients existents a la data d'entrada en vigor del Reglament, la inclusió pels subjectes obligats en els seus arxius de clients dels **administradors com a titulars reals de les persones jurídiques** en els supòsits contemplats en l'article 8.b) d'aquest reglament es realitzarà en el termini màxim de dos anys a comptar des de l'entrada en vigor d'aquest Reglament».
- d) Que les **conseqüències pràctiques** de tot això serien:
 - i) La necessitat que la identificació dels administradors com a titulars reals vingui precedida de la confirmació per part dels clients de la inexistència d'altres persones físiques que ho siguin perquè «posseeixin o controlin, directament o indirectament, un percentatge superior al 25 per cent del capital o dels drets de vot d'una persona jurídica, o que per altres mitjans exerceixin el control, directe o indirecte, de la gestió» (art. 4 L).

- ii) La conveniència de deixar constància que aquesta identificació resulta d'una presumpció legal, i no d'una declaració del compareixent respecte de la realitat d'aquesta; el compareixent hauria de confirmar, això sí, la identitat de l'administrador o administradors.

La Llei no resulta en absolut clara a l'hora de determinar com el Notari ha d'identificar el titular real, limitant-se a parlar en l'art. 4 de l'obligació d'adoptar «*mesures adequades*» i d'«*obtenir informació*» per comprovar l'estructura de propietat o control

- e) Que l'obligació d'actualització d'arxius en el termini de dos anys a què fa referència la Disposició Transitoria 4a R (i sense entrar ara en les dificultats de tot tipus que aquesta actualització comporta), unida a la presumpció introduïda, implica, de moment, la impossibilitat d'acceptar com a suficient la presentació d'una anterior acta d'identificació en la qual s'hagués indicat la inexistència de titular real per no haver-hi persones físiques que reunissin els requisits de l'art. 4 L.
- f) Una presumpció similar a l'anterior es conté a la lletra c) del mateix art. 8 R en relació amb els «*instrumentos⁽⁷⁾ o persones jurídiques que administrin o distribueixin fons*» i en relació amb les fundacions i associacions, encara que, en aquests casos, la presumpció inicial recau sobre els membres del Patronat, o de la Junta Directiva, que controlin o posseeixin un 25 % o més dels drets de vot.

2.4. Procediment d'identificació del titular real

La Llei no resulta en absolut clara a l'hora de determinar com el Notari ha d'identificar el titular real, limitant-se a parlar en l'art. 4 de l'obligació d'adoptar «*mesures adequades*» i d'«*obtenir informació*» per comprovar l'estructura de propie-

tat o control⁽⁸⁾. El Reglament, als seus arts. 9.1, 9.2 i 9.3, afegeix a aquesta obligació genèrica algunes indicacions concretes, però segueix utilitzant una terminologia una mica difusa a l'hora de referir-se a supòsits especials i a les mesures que aquests requereixen. Uns i unes altres apareixen de nou a la secció relativa a les «Mesures reforçades de diligència deguda» (arts. 19 i 20). Encara que hagués estat desitjable una millor sistematització en la regulació i la utilització de termes l'equivalència dels quals no suscités cap dubte, sembla que d'una interpretació conjunta de tots dos blocs normatius resultaria defensible el següent esquema d'actuació:

Procediment ordinari

L'«adopció de mesures adequades» a l'efecte de determinar l'estructura de propietat o de control de les persones jurídiques (arts. 4.4 L i 9.3 R) i d'obtenir «la informació precisa o necessària» a l'efecte (art. 4.3 L i 9.3 R) que, sense concretar la manera en què aquesta s'ha d'obtenir, ja assenyalava la Llei i reitera el Reglament, quedaria concretada, «amb caràcter general», a la «**declaració responsable**» que haurà de fer el client segons estableix ara l'art. 9.1 R, la qual cosa confirma, d'altra banda, allò que havia estat l'enteniment general de la norma.

Que aquest article obligui a aquests efectes als administradors de les societats o altres persones jurídiques a «*obtenir i mantenir informació adequada, precisa i actualitzada sobre la titularitat real d'aquelles*» no limita als administradors la legitimació per realitzar tal declaració, havent d'entendre's que aquesta legitimació l'atribueix la Llei a qualsevol representant, que, pel mer fet de ser-ho i de pretendre com a tal efectuar un atorgament davant Notari, està obligat a això per la pròpia Llei.

Procediment reforçat

1. Supòsits:

Com deia abans, tant la determinació dels supòsits subjectes a mesures reforçades com la caracterització d'aquestes requereix una millor sistematització, que confiem vingui feta a la necessària Ordre Ministerial aplicable a l'actuació notarial. No obstant això, també pot comprovar-se,

estudiant els diferents articles legals i reglamentaris relacionats, l'aparició en tots ells d'un element, d'altra banda, clarament esperable: el de «*risc més elevat*» o «superior a la mitjana».

Les «Mesures reforçades de diligència deguda» venien ja previstes a la Llei (art. 11 i ss.) per a una sèrie de supòsits entre els quals l'únic que podia afectar directament l'activitat del Notari és el d'intervenció de persona amb responsabilitat pública, al qual farem referència més endavant.

No obstant això, aquest art. 11 L estableix dues previsions addicionals:

- La primera, relativa a «*qualsevol altre que, per presentar un alt risc de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme, es determinin per reglament*».
- La segona, relativa a aquells en els quals aquest més alt risc pugui apreciar-se pel subjecte obligat d'acord amb l'anàlisi de risc que aquest ha d'efectuar. Aquesta obligació va donar lloc a l'elaboració per l'OCP de la Taula d'indicadors de risc que es conté en el manual corresponent.

Ara el Reglament insisteix en aquesta matèria, a la qual dedica la Secció 3a del Capítol II (arts. 19 a 22), que conté la regulació genèrica sobre «Mesures reforçades». Així, l'art. 19 R es refereix també, al seu núm. 1, a aquells casos que presentin un «*risc més elevat*». I, a continuació, per a la seva determinació, efectua, en els dos números següents, el desenvolupament de les citades dues previsions incloses a l'art. 11 L:

- 1) Així, a l'art. 19.2, parla de l'aplicació d'aquestes mesures «**en tot cas**», en una sèrie de supòsits entre els quals destaquen els de les lletres:

d) **Societats amb accions al portador** que estiguin permeses d'acord amb el que es disposa a l'article 4.4 de la Llei 10/2010, de 28 d'abril.

e) **Clients de països, territoris o jurisdiccions de risc**, o que suposin transferència de fons de tals països, territoris o jurisdiccions o cap aquests.

f) **Transmissió d'accions o participacions de societats preconstituïdes**, sense activitat econòmica real, per a la seva posterior transmissió a tercers.



- 2) I al núm. 3 es fa referència a aquells que determini el mateix subjecte obligat, amb base en la consideració dels següents factors, entre uns altres:

a) Característiques del client:

- 1r. Clients no residents a Espanya.
- 2n. Societats l'estructura accionarial i de control de les quals no sigui transparent o resulti inusual o excessivament complexa.
- 3r. Societats de mera tinença d'actius.

b) Característiques de l'operació, relació de negocis o canal de distribució:

- 1r. Relacions de negoci i operacions en circumstàncies inusuals.
- 2n. Relacions de negoci i operacions amb clients que emprin habitualment mitjans de pagament al portador.
- 3r. Relacions de negoci i operacions executades a través d'intermediaris.

Aquesta regulació genèrica que el Reglament dedica a les «Mesures reforçades de diligència deguda» ha de comparar-se necessàriament amb l'específicament inclosa a l'àmbit de la determinació del titular real, en la qual l'art. 9 R fa una referència als supòsits que donarien lloc a aquest procediment reforçat:

- Quan el client, el titular real, la relació de negocis o l'operació presentin **risques superiors a la mitjana**. (art. 9.1 R).
- Quan existeixin indicis que **la identitat del titular real declarada pel client no és exacta o veraç** [art. 9.2.a) R].
- Quan concorrin circumstàncies que determinin l'**examen especial** de conformitat amb l'art. 17 de la Llei 10/2010, de 28 d'abril, o la **comunicació per indicati** de conformitat amb l'art. 18⁽⁹⁾ [art. 9.2.b) R].

Per intentar entendre com afecta tot això a l'actuació notarial, crec que cal reparar:

— Que tant l'art. 9.1 R, en parlar en concret de la titularitat real, com l'art. 19.1 R, en referir-se en general a les «*mesures reforçades*», imposen aquestes quan hi hagi aquest risc «*elevat*» o «*superior a la mitjana*» per, a continuació, assenyalar en concret determinats casos en el seu respectiu núm. 2.

— Que, si s'examinen els arts. 17 L i 18 L, als quals es remet l'art. 9.2.b) R per determinar aquests supòsits d'aplicació «*en tot cas*», comprovem la generalitat dels termes utilitzats en referir-se a les circumstàncies⁽¹⁰⁾ que donen lloc a l'examen especial i comunicació que es regula en ells, així com l'índole d'aquestes.

Tot això sembla provocar una mena de bucle que acabaria reduint els supòsits d'aplicació d'aquest procediment reforçat:

- Als casos d'existència d'un **risc més elevat** de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme, que, en el nostre cas, vindria determinada per l'apreciació d'algun dels indicadors de risc de la *Taula* elaborada per l'OCP. Tenint en compte que aquesta *Taula* haurà de revisar-se segons els criteris de l'art. 19.3 R i incloure, en tot cas (i si no s'inclouen, el Notari haurà de tenir-los en compte), els supòsits previstos a l'art. 19.2 R sobre accions al portador, territoris de risc i societats preconstituïdes.
- Al costat d'aquest supòsit general, haurien d'aplicar-se també les mesures reforçades conforme a l'art. 9.2.a) R, sempre que el Notari estimi que hi ha **indici** que la identitat del titular real declarada pel client **no és exacta o veraç**.

Pel que fa a les actuacions en què consisteix aquest «procediment reforçat», l'art. 9.1 R es refereix a l'obligació d'obtenir documentació addicional o informació de fonts fiables independents

2. Mesures:

Pel que fa a les actuacions en què consisteix aquest «procediment reforçat»,

l'art. 9.1 R es refereix a l'obligació d'obtenir documentació addicional o informació de fonts fiables independents.

Al manual de l'OCP hi ha instruccions relatives a aquesta **documentació addicional**, mentre que la referència a la informació que pugui ser subministrada per «**fonts fiables independents**» ens remetria de nou, entre altres possibilitats, a la qual pogués constar a la base de dades de titularitat real del Consell General del Notariat.

Aquestes actuacions es reiteren en la regulació general relativa a les «Mesures reforçades de diligència deguda», en assenyalar l'art. 20 R que «*els subjectes obligats han de comprovar en tot cas les activitats declarades pels seus clients i la identitat del titular real, en els termes previstos als articles 9.1 i 10.2*».

Però, a continuació, aquest art. 20 afegeix que «**adicionalment** s'aplicaran, en funció del risc, **una o diverses** de les següents mesures», desgranant fins a onze actuacions⁽¹¹⁾, entre les quals destaquem:

c) *Obtenir documentació o informació addicional sobre l'origen dels fons.*

d) [...] *sobre l'origen del patrimoni del client.*

j) *Exigir que els pagaments o ingressos es realitzin en un compte a nom del client, obert en una entitat de crèdit domiciliada en la Unió Europea o en països tercers equivalents.*

k) *Limitar la naturalesa o quantia de les operacions o els mitjans de pagament emprats.*

3. Trusts i instruments jurídics anàlegs:

L'art. 9.5 R conté normes concretes en relació amb l'obligació de comprovar la identitat del fideïcomitent, dels fideïcomissaris, del protector, dels beneficiaris o classes de beneficiaris i de qualsevol altra persona física que exerceixi el control efectiu final sobre el fideïcomís anglosaxó o *trust*, o instrument jurídic anàleg.

2.5. L'obligació d'abstenció

D'acord amb els arts. 4.4 L i 9.3 R, la impossibilitat de determinar l'estructura de propietat o de control comporta l'obli-



gació d'abstenció, que, en el cas del Notari, es tradueix en la no autorització del document.

Totes dues normes contenen, d'altra banda, referències a supòsits concrets:

- L'art. 4.4 L, a les societats les accions de les quals estiguin representades mitjançant **títols al portador**, respecte de les quals diu: «S'aplicarà la prohibició anterior tret que el subjecte obligat determini **per altres mitjans** l'estructura de propietat o de control. Aquesta prohibició no serà aplicable a la conversió dels títols al portador en títols nominatius o en anotacions en compte».

Acabem de veure que l'art. 19.2.d) R inclou aquest supòsit entre els quals requereixen, «en tot cas», l'aplicació de les mesures reforçades. Per això, relacionant una norma i altra, sembla que cal concloure:

- a) Que la prohibició contemplada en l'art. 4.4 L és relativa i implicarà que no n'hi ha prou amb la «*declaració responsable*» que, com a mitjà general, assenyalava l'art. 9.1 R ni, en conseqüència, amb l'aplicació supletòria de la presumpció de titularitat real per control d'administració.
- b) Que, per tant, aquests «*altres mitjans*» de què parla la norma han de suposar la necessitat d'aplicació de les mesures reforçades vistes (documentació addicional o informació de fonts fiables independents),

a més d'aquestes mesures addicionals previstes a l'art. 20 R.

- L'art. 9.3 R afegeix a la norma general d'abstenció una altra que pot confondre: «En cas de **resistència o negativa del client** a proporcionar la informació o documentació requerida, els subjectes obligats s'hauran d'abstenir d'establir o mantenir la relació de negocis o d'executar l'operació».

L'esment resulta aparentment innecessari, perquè el lògic és que, si existeix aquesta resistència o negativa, es doni com a conseqüència el supòsit general d'impossibilitat de determinar el titular real. Però potser amb ella es pretengui redundar en la idea que, en tal cas de resistència o negativa, no és possible la determinació de la titularitat real per altres mitjans diferents, sinó l'abstenció sense més.

3. Constància del propòsit i índole de la relació de negocis

Per seguir l'estructura utilitzada en comentar les anteriors obligacions, ens referirem en primer lloc als supòsits en què no és exigible la constància del propòsit i índole de la relació de negocis.

3.1. Supòsits exclosos

Vénen constituïts en aquest cas de manera exclusiva per aquells en què intervenen els clients ressenyats en l'art. 15 R o es tracta de les operacions esmenta-

des en l'art. 16 R. En qualsevol d'aquests casos, l'art. 17.1 R preveu que «els subjectes obligats podran aplicar, en funció del risc i en substitució de les mesures normals de diligència deguda, una o diverses de les següents mesures: [...] d) **No obtenir informació** sobre l'activitat professional o empresarial del client, inferint el propòsit i naturalesa pel tipus d'operacions o relació de negocis establerta».

Donem per reproduïts, en relació amb aquests supòsits, els comentaris fets en parlar de la identificació formal.

Sorprèn una mica, no obstant això, que el Reglament no contempli en aquest àmbit el «risc de revelació», és a dir, la possibilitat, que en relació amb la identificació formal o la titularitat real sí existeix (art. 12 R), en cas d'indici o certesa, d'«ometre la pràctica de les mesures de diligència deguda quan considerin raonablement que revelarien al client o potencial client l'examen o comunicació de l'operació».

Això significarà que, en principi, sempre haurà de recollir-se la manifestació del client sobre la seva activitat professional o empresarial. Però, a més, si es dubta de la veracitat d'aquesta manifestació o si hi ha un indicador de risc, haurà d'obtenir-se documentació complementària o informació externa, i això encara que tinguem indicis o certesa de blanqueig o finançament del terrorisme i tot i que considerem que efectuar aquesta comprovació suposa incórrer en aquest «risc de revelació».

3.2. Procediment d'actuació

L'obligació que comentem ve ja prescrita a l'art. 5 L i es tradueix a **obtenir i comprovar raonablement** la informació sobre la naturalesa de l'activitat professional o empresarial del client.

No obstant això, ara de l'art. 10 R resulta amb més claredat que es tracta d'obligacions diferents, que s'apliquen en supòsits diferents, donant lloc a actuacions similars a les quals en l'àmbit de la titularitat real hem qualificat de *procediment ordinari* i *procediment reforçat*, distinció que seguirem també aquí.

Procediment ordinari

Consisteix en l'obligació d'obtenir informació que venia ja recollida, en els



mateixos termes, a l'art. 3.5 del Reglament de 1995, i es concreta a l'art. 2.3 de l'OEHA 114/2008, en dir que: «*Els notaris hauran de fer constar a l'escriptura, de conformitat amb el previst a l'article 156.10è del Reglament Notarial, la **professió o activitat empresarial** de l'atorgant*».

Del redactat d'aquest article es dedueix que n'hi ha prou amb recollir les manifestacions de l'atorgant respecte de la seva professió o negoci habitual, o les del seu representat. Atès que l'Ordre parteix del mateix redactat que l'inclòs en la Llei i (ara) en el Reglament, cal entendre que la concreció que s'hi fa dels termes d'aquesta obligació roman vigent.

Tractant-se de persones jurídiques, i encara que ara l'art. 6.1 R, en referir-se a les dades que han de figurar en el document fefaent d'identificació, no esmenta l'objecte, haurem d'entendre necessària la manifestació d'aquest per donar compliment a l'obligació que comentem

A banda d'això, tractant-se de persones jurídiques, i encara que ara l'art. 6.1 R, en referir-se a les dades que han de figurar en el document fefaent d'identificació, no esmenta l'objecte, haurem d'entendre necessària la manifestació d'aquest per donar compliment a l'obligació que comentem.

Procediment reforçat

1. Supòsits:

En la regulació específica d'aquesta obligació, el Reglament restringeix, al seu art. 10.2, la comprovació de l'activitat professional o empresarial als següents **supòsits**, similars als previstos en l'àmbit de la titularitat real:

a) *Quan el client o la relació de negocis presentin **riscos superiors a la mitjana**, per disposició normativa o perquè així es desprèn de l'anàlisi de risc del subjecte obligat.*

b) *Quan del seguiment de la relació de negocis resulti que les operacions actives o passives del client **no es corresponen amb la seva activitat declarada o amb els seus antecedents operatius**.*

Afegint després a l'art. 10.4:

c) *Es comprovarà **en tot cas** l'activitat declarada quan concorrin circumstàncies que determinin l'examen especial de conformitat amb l'**article 17 de la Llei 10/2010, de 28 d'abril, o la comunicació per indicati de conformitat amb l'article 18 de la Llei 10/2010, de 28 d'abril**.*

La qual cosa ens reconduïx també aquí a aquests termes una mica inconcrets relatius a «operacions o pautes de comportament complexes, inusuals o **sense un propòsit econòmic o lícit aparent, o que presentin indicis de simulació o frau**» (art. 17 L), o a «**falta de correspondència ostensible amb la naturalesa, volum d'activitat o antecedents operatius dels clients**», quan «no s'aprecii justificació econòmica, professional o de negoci per a la realització de les operacions» (art. 18 L).

Juntament amb aquesta previsió específica, resulta aplicable la relativa a les mesures reforçades de diligència deguda inclosa als arts. 19 R i 20 R, que parlen, com hem vist, dels casos de «**risc més elevat**» o de «**risc superior a la mitjana**».

Donada la similitud que la regulació, com veiem, presenta amb la que s'inclou en l'àmbit de la titularitat real, semblaria que els dits supòsits seran també aquí subsumibles en dos:

- 1) Quan hi hagi un risc més elevat de blanqueig de capitals o de finançament del terrorisme [arts. 10.2.a), 10.4 i 19.1 R].
- 2) Quan hi hagi indicis d'inexactitud o falta de veracitat en l'objecte o activitat declarats pel client [art. 10.2.b) R].

Ens remetem, per aquesta raó, al punt comentat en parlar de la titularitat real i, en particular, respecte de la *Taula d'indicadors de risc*, a la crida d'atenció al que es disposa al núm. 2 i al núm. 3 de l'art. 19 R.

2. Mesures:

La comprovació de la informació obtinguda es durà a terme, segons el segon paràgraf de l'art. 5 L, mitjançant «l'obtenció

dels clients de **documents** que guardin relació amb l'activitat declarada o l'obtenció d'informació sobre aquesta **aliena al mateix client**», tenint en compte «el diferent nivell de risc».

Aquests criteris són ara mantinguts pel Reglament als seus arts. 10.3⁽¹²⁾, relatiu específicament a aquesta obligació, i 20⁽¹³⁾, referent a l'aplicació de mesures reforçades de diligència deguda.

La comprovació consistent en l'obtenció de **documentació relacionada** es pot entendre feta exigint la presentació de qualsevol dels documents que habilitin el client per a l'exercici de l'activitat declarada. Quant a la informació que pugui ser subministrada per «**fonts fiables independents**», seria de gran utilitat la creació, també en aquest àmbit, d'una base de dades centralitzada, com pel que sembla es preveu dur a terme.

En tot cas, cal tenir en compte l'obligació d'aplicar una o diverses de les **mesures addicionals** a què es refereix l'art. 20 R i que s'han comentat més amunt, en el punt referent a la titularitat real.

IV. PERSONES AMB RESPONSABILITAT PÚBLICA

L'art. 11 L preveu la concreció reglamentària de les àrees o activitats en què serien aplicables les mesures reforçades de diligència deguda, així com l'indole d'aquestes mesures. Les unes i les altres han estat repassades en els números anteriors.

No obstant això, l'art. 14 L conté una norma específica relativa a les operacions realitzades per persones amb responsabilitat pública, així com pels seus familiars més propers i persones reconegudes com a afins.

Aquest article va ser objecte de modificació per la Disposició Final 6a de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, i des d'aleshores assenyala com a tals persones amb responsabilitat pública no només a aquells que exerceixen o hagin exercit funcions públiques importants en altres Estats Membres de la Unió Europea o en tercers països, sinó també en l'Estat espanyol, inclòs l'àmbit autonòmic.

Tractant-se de persones d'altres estats, la norma preveu «l'adopció de mesures adequades a fi de determinar l'origen del patrimoni i dels fons»; no obstant això,

en relació amb persones del nostre Estat, aquestes mesures es restringeixen als casos de «*relacions de negoci de risc més elevat*», circumstància que, d'altra banda, determinarà, per si mateixa i conforme al que hem vist, l'aplicació de la resta de mesures reforçades a l'hora de donar compliment a les obligacions estudiades.

Cal assenyalar que, entre les mesures aplicables específicament a aquest supòsit, l'art. 15 L fa referència a la creació de fitxers on es continguin les dades identificatives de les persones amb responsabilitat pública

Cal assenyalar que, entre les mesures aplicables específicament a aquest supòsit, l'art. 15 L fa referència a la creació de fitxers on es continguin les dades identificatives de les persones amb responsabilitat pública.

V. OBLIGACIONS D'INFORMACIÓ

5.1. Examen especial, comunicació i deure d'abstenció

Els fets o operacions que, **per la seva naturalesa**, puguin estar relacionats amb el blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme han de ser objecte d'un examen especial, segons determina l'art. 17 L. La primera qüestió és, per tant, determinar quins són aquests fets o operacions⁽¹⁴⁾, qüestió en què cobra suport normatiu la missió de l'OCP, al qual l'art. 44 R atribueix, entre d'altres, la funció d'«*informar els funcionaris incorporats sobre tipologies i operacions de risc*».

L'«**examen especial**» d'aquests supòsits es desenvolupa als arts. 25 R i 26 R. Si d'aquest examen resulta indicatiu o certesa que l'operació està relacionada amb el blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme, neixen les dues obligacions que ja preveia la Llei.

La primera d'aquestes obligacions és la d'efectuar **comunicació** sense dilació al Servei Executiu de la Comissió (art. 18 L). Sense perjudici d'aquesta comunicació, l'art. 19 L imposa, en aquests casos, una **obligació**

d'abstenció, excepte quan això no sigui possible o pugui dificultar la recerca.

Respecte a quan hi ha aquest indicatiu de relació a què es refereixen la Llei i el Reglament, ha de servir de referència la norma dirigida de manera específica als notaris inclosa al núm. 2 d'aquest art. 19, segons la qual: «*A l'efecte d'aquesta Llei, s'entendrà per justa causa que motivï la negativa a l'autorització del Notari o el seu deure de diversos indicadors de risc dels indicats per l'òrgan centralitzat de prevenció, o d'indici manifest de simulació o frau de llei*».

Juntament amb la comunicació per indicatiu, l'art. 20 L preveu uns supòsits de **comunicació sistemàtica** de les operacions «*que s'estableixin reglamentàriament*» o d'absència d'aquestes operacions en un període determinat de temps. No obstant això, el Reglament, en desenvolupar ara aquesta obligació en el seu art. 27, n'exclou una sèrie de subjectes obligats, entre els quals s'inclou els notaris.

5.2. Els procediments de control intern

D'altra banda, totes aquestes obligacions d'informació apareixen vinculades a la prèvia fixació del «**procediment de control intern**» que es desenvolupa als arts. 31 i ss. R.

Aquesta obligació resulta aplicable als notaris, si bé amb les especificitats que es deriven de l'obligatòria existència de l'OCP i de la seva incorporació a aquest.

Dic que resulta aplicable, malgrat que l'art. 31 R, de manera sorprenent, exclou d'una part molt important d'aquesta regulació els «*corredors de comerç [sic] i els subjectes obligats compresos en l'article 2.1 i) a u), tots dos inclusivament, que, amb inclusió dels agents, ocupin a menys de 10 persones i el volum de negoci anual o el balanç general anual dels quals no superi els 2 milions d'euros*».

Però afegeixo que està determinada per l'existència de l'OCP, perquè, segons l'art. 44 R, s'inclouen, entre les funcions d'aquest òrgan, les d'aprovar les mesures de control intern que han d'aplicar els funcionaris incorporats (lletra h), supervisar-ne el compliment i desenvolupar accions formatives dels funcionaris i del seu personal.

D'acord amb això, l'art. 44.2.a) R assenyala que l'examen de l'operació podrà ser realitzat per l'OCP «**per petició del funcionari incorporat o com a conseqüència de l'anàlisi d'índexs o bases de dades per l'òrgan centralitzat de prevenció**». En tot cas, els funcionaris col·legiats hauran de posar en coneixement de l'òrgan centralitzat de prevenció, tan aviat com en tinguin coneixement, **qualsevol fet o operació, amb independència de la seva quantia, que, per la seva naturalesa, pugui estar relacionat amb el blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme**».

Aquesta norma resulta confusa, principalment, pel tenor d'aquesta obligació de comunicació, que no s'acaba d'aclarir si apareix lligada a la petició d'examen o es dona realment «*en tot cas*». La lògica hauria de portar, segons el meu parer, a entendre que si el Notari sol·licita a l'OCP la realització de l'examen especial a què es refereix l'art. 17 L (sense perjudici del que pugui fer «d'ofici» el propi OCP amb base en els índexs), entraria en joc l'obligació de comunicació prevista en la segona part; comunicació que hauria de fer-se «*en tot cas*» i «*tan aviat com en tinguin coneixement*», però als únics efectes de realització d'aquest examen per l'OCP.

Si, per contra, el Notari efectua l'examen per si mateix, la comunicació a l'OCP es limitaria, ex art. 18 L abans citat, als supòsits en què d'aquest examen resultés l'existència d'**indici o certesa**, que hem conclòs que es donarà no en tot cas, sinó quan s'apreciïn «*diversos indicadors de risc dels assenyalats per l'òrgan centralitzat de prevenció o bé indici manifest de simulació o frau de llei*» (art. 19.2 L). Tenint en compte, això sí, que l'obligació de comunicació per indicatiu resulta obligatòria (art. 18 L) fins i tot en els casos de «*mera temptativa*» i que, de fet, aquest serà el supòsit habitual, donada l'obligació d'abstenció que deriva de l'art. 19 L.

L'Ordre EHA/2963/2005, de 20 de setembre, va regular i va ordenar la creació de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció en el Consell General del Notariat, assenyalant-ne les funcions principals, però sense regular-ne l'estatut ni el funcionament.

El Reglament assenyala ara que l'OCP és un òrgan establert per l'organització col·legial (art. 44.1 R), que és la que ha d'aprovar «*les polítiques i procediments de prevenció*» (art. 31 R) i, de manera més con-



creta, «les directrius, freqüència i contingut de les inspeccions o accions específiques de comprovació» del compliment dels procediments de control intern [art. 44.2.i) R], a més (art. 44.4 R) de «vetllar per tal que [l'OCP] compti amb els mitjans humans, materials i tècnics necessaris per a l'adequat acompliment de les seves funcions» (art. 44.4 R).

Sense perjudici de la qual cosa l'art. 44.3 es preocupa de destacar que «els òrgans centralitzats de prevenció actuaran amb plena autonomia tècnica, no podent obtenir o rebre instruccions, generals o específiques, dels òrgans de l'organització col·legial a la qual es trobin adscrits».

Entenc, d'altra banda, que l'existència de l'OCP hauria de no fer aplicable als notaris la norma de l'art. 23 R, que imposa als subjectes obligats el nombre anual d'operacions dels quals excedeixi de deu mil «la implantació de models automatitzats de generació i priorització d'alertes».

VI. CONSERVACIÓ DE DOCUMENTS

L'obligació de conservació dels documents d'identificació dels clients ve imposada per un període de deu anys per l'art. 25.1 L («amb les excepcions que es determinin reglamentàriament»), i haurà de complir-se mitjançant el magatzematge de «les còpies dels **documents d'identificació** a què fa referència l'article 3.2 en suports òptics, magnètics o electrònics que en garanteixin la integritat, la correcta lectura de les dades, la impossibilitat de manipulació i l'adequada conservació i localització».

Aquesta obligació és estesa pel Reglament a **tota la documentació** obtinguda o generada en aplicació de les mesures de diligència deguda (art. 28) i als «documents en què es formalitzi el compliment de les seves obligacions de comunicació i de control intern» (art. 29).

Malgrat el previst a l'art. 25.1 L sobre la conservació en «suports òptics, magnètics o electrònics», l'art. 28 R estableix una excepció en relació amb els documents d'identificació, assenyalant que podran optar per mantenir-ne **còpies físiques** «els subjectes obligats que ocupin a menys de 10 persones i el volum de negoci anual o el balanç general anual dels quals no superi els 2 milions

d'euros, excepte aquells integrats en un grup empresarial que excedeixi aquestes xifres».

Tota la documentació i informació podrà ser requerida per la Comissió de Prevenció del Blanqueig de Capitals i Infraccions Monetàries o els seus òrgans de suport i «per qualsevol altra autoritat pública o agent de la Policia Judicial dels Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat legalment habilitat»

Tota la documentació i informació podrà ser requerida per la Comissió de Prevenció del Blanqueig de Capitals i Infraccions Monetàries o els seus òrgans de suport (art. 2.1 L) i «per qualsevol altra autoritat pública o agent de la Policia Judicial dels Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat legalment habilitat» (art. 30 R).

VII. PROHIBICIÓ DE REVELACIÓ

L'art. 24 L prohibeix revelar al client o a tercers les comunicacions o exàmens que es fessin o poguessin fer-se en relació amb qualsevol operació.

Existeixen, no obstant això, alguns subjectes obligats exceptuats en determinades circumstàncies, entre els quals, sorprenentment, no s'inclou els notaris [art. 2.1.n)], malgrat que sí que ho estan les comunicacions entre:

- Auditors, comptables, assessors fiscals [art. 2.1.m)] i advocats, procuradors i altres professionals [art. 2.1.n)], quan exerceixin les seves activitats professionals dins de la mateixa entitat jurídica o en una xarxa.
- Membres d'un o un altre grup, quan es tracti d'un mateix client i una mateixa operació en què intervinguin dues o més entitats o persones i es tracti de subjectes obligats que estiguin sotmesos a obligacions equivalents quant al secret professional i a la protecció de dades personals.

La qüestió es fa gairebé més vistosa si ens fixem en el paràgraf 3 de l'article: «Quan els subjectes obligats a què es refereixen les lletres m i n de l'article 2.1 intentin dissuadir

un client d'una activitat il·legal, això no constituirà revelació a l'efecte del que es disposa en l'apartat primer». Sembla, per tant, que l'actuació de qualsevol altre subjecte obligat (entre ells, el Notari) per intentar dissuadir un client d'una activitat il·legal vinculada a blanqueig de capitals o finançament del terrorisme sí que suposaria incórrer en la revelació d'informació prohibida. És a dir, que hi haurà ocasions en què el Notari, segons hem anat veient, estarà obligat a esbrinar la identitat real del client (art. 4), pot ser que hagi d'abstenir-se d'autoritzar o intervenir l'operació (arts. 7.3 o 19), però no podrà pretendre dissuadir el client de realitzar-la i, a més, tampoc no podrà comunicar a qualsevol altre Notari que hi ha una operació sospitosa en marxa, havent de limitar-se a fer aquesta comunicació a l'OCP.

Guarda, d'altra banda, relació amb aquesta qüestió la norma de l'art. 12 R, a la qual fèiem referència anteriorment i que regula el risc de revelació en els casos d'«indici o certesa», que poden arribar a permetre la no aplicació de les obligacions d'identificació formal i identificació del titular real.

VIII. OBLIGACIONS EN RELACIÓ AMB ELS MITJANS DE PAGAMENT

L'art. 34 L imposa una obligació de declaració dels mitjans de pagament que ulteriorment (i en els casos que veurem) haurà de ser comprovada pel Notari i que es refereix al supòsit de:

Persones físiques

que en relació amb els **mitjans de pagament** consistents en metàl·lic, xecs bancaris al portador i qualsevol altre mitjà físic de pagament al portador realitzin els següents moviments:

a) Sortida o entrada en territori nacional de mitjans de pagament per import igual o superior a 10.000 euros.

b) Moviments per territori nacional de mitjans de pagament per import igual o superior a 100.000 euros.

Sobre aquest tema, ha de tenir-se en compte:

- Que s'entén per **moviment** el mer canvi de lloc o posició que es verifiqui en l'exterior del domicili del portador.

- Que la declaració referida s'efectua en el conegut model S-1, regulat en l'Ordre EHA/1439/2006, de 3 de maig.
- Que, segons el número segon d'aquesta Ordre, «durant tot el moviment els mitjans de pagament hauran d'anar acompanyats de l'oportuna declaració i ser transportats per la persona que hi figure com a portador».

Respecte de l'actuació notarial, la Llei 36/2006, de 29 de novembre, va modificar l'art. 24 LN, que inclou, respecte de les «escriptures relatives a actes o contractes pels quals es declari, transmetin, gravin, modifiquin o extingeixin a títol oneros el domini i els altres drets reals sobre béns immobles, l'obligació d'incorporar la declaració prèvia del moviment dels mitjans de pagament aportada pels compareixents quan escaigui presentar aquesta en els termes previstos en la legislació de prevenció del blanqueig de capitals».

No obstant això, l'Ordre 114/2008, de 29 de gener, dirigida específicament a regular les obligacions dels notaris, limita al seu art. 5 tal obligació als supòsits en què la quantia, **sigui quin sigui el seu origen**, superi els 100.000 euros, límit que, per tant, i amb independència de les obligacions formals de qui efectui el moviment, considerem aplicable al control que ha d'efectuar-ne el Notari.

Al Reglament es regula aquesta matèria en la Secció 1a del Capítol V, arts. 45 i 46, el primer dels quals estableix la intervenció dels mitjans de pagament no declarats o declarats amb falta de veracitat.

IX. OBLIGACIONS NO RECOLLIDES EN LA LLEI

Fem referència en aquest punt a l'obligació inclosa a la **Disposició Addicional 1a de l'Ordre 114/2008**, referent a les anomenades **l·listes negres** de persones i entitats publicades en resolucions d'organismes internacionals i Reglaments de la Unió Europea, per les quals se'ls imposen sancions o mesures restrictives.

Els termes de la norma són que «els notaris hauran de comprovar l'eventual coincidència de les identitats dels atorgants amb les dels destinataris d'aquelles que figuren inclosos en l·listes públiques oficials, informant de forma immediata a través de l'OCP de les

operacions en què es produeix aquesta coincidència a l'autoritat competent que s'indica en cada instrument corresponent».

És la Disposició Addicional 1a de l'Ordre 114/2008 la que al·ludeix a les anomenades l·listes negres de persones i entitats publicades en resolucions d'organismes internacionals i Reglaments de la Unió Europea

En el seu moment, vam entendre, seguint l'opinió exposada per J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER a la revista *El Notario del Siglo XXI*, que el deure de comunicar no implica el de paralitzar l'operació. I que l'expressió «a través de l'OCP» hauria de permetre que la comunicació es faci mitjançant l'encreuament de la informació corresponent amb el programa de l'Índex Únic. En qualsevol cas, és necessari atendre els criteris interpretatius d'aquesta norma que es contenen en el manual de l'OCP, així com a la remissió que se'n resulta a la llista consolidada i actualitzada de persones subjectes a bloqueig de fons.

- (1) «1. Quan participin en la concepció, realització o assessorament de transaccions per compte de clients relatives a la compravenda de béns immobles o entitats comercials; la gestió de fons, valors o altres actius; l'obertura o gestió de comptes bancaris, comptes d'estalvis o comptes de valors; l'organització de les aportacions necessàries per a la creació, el funcionament o la gestió d'empreses o la creació, el funcionament o la gestió de fidúcies (trust), societats o estructures anàlogues, o 2. Quan actuïn en nom i per compte de clients, en qualsevol transacció financera o immobiliària.»
- (2) «Article 2.
1. La present Directiva s'aplicarà a:
3) les següents persones físiques o jurídiques que actuïn en l'exercici de la seva professió:
b) Els notaris i altres professionals independents del Dret quan participin, sia actuant en nom del seu client i per compte d'aquest, en qualsevol transacció financera o immobiliària, sia assistint en la concepció o realització de transaccions per compte del seu client relatives a:
— La compravenda de béns immobles o entitats comercials.
— La gestió de fons, valors o altres actius pertanyents al client.

— L'obertura o gestió de comptes bancaris, comptes d'estalvis o comptes de valors.

— L'organització de les aportacions necessàries per a la creació, el funcionament o la gestió d'empreses.

— La creació, el funcionament o la gestió de societats, fidúcies o estructures anàlogues».

- (3) «Article 4. Excepcions a l'obligació d'identificar

a) Quan es tracti d'operacions amb clients no habituals l'import de les quals no superi els 3.000 euros o el seu contravalor en divises, excepte les transferències en què la identificació de l'ordenant serà en tot cas preceptiva segons el que es disposa en els apartats 1, 2 i 3 de l'article 3».

- (4) «a) Les entitats de Dret Públic dels Estats Membres de la Unió Europea o de països tercers equivalents.

b) Les societats o altres persones jurídiques controlades o participades majoritàriament per entitats de Dret Públic dels Estats Membres de la Unió Europea o de països tercers equivalents.

c) Les entitats financeres, excepte les entitats de pagament, domiciliades en la Unió Europea o en països tercers equivalents que siguin objecte de supervisió per garantir el compliment de les obligacions de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme.

d) Les sucursals o filials d'entitats financeres, excepte les entitats de pagament, domiciliades en la Unió Europea o en països tercers equivalents, quan estiguin sotmeses per la matriu a procediments de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme.

e) Les societats cotitzades els valors de les quals s'admetin a negociació en un mercat regulat de la Unió Europea o de països tercers equivalents, així com les seves sucursals i filials participades majoritàriament».

Aquesta última referència a les empreses cotitzades s'inclou també a l'art. 9.4 L en relació concretament amb la identificació del titular real.

«Pel que fa als "països tercers equivalents", cal tenir en compte la Resolució de 10 d'agost de 2012 (BOE de 23 d'agost de 2012), de la Secretaria General del Tresor i Política Financera, per la qual es publica l'Acord de 17 de juliol de 2012, de la Comissió de Prevenció del Blanqueig de Capitals i Infraccions Monetàries, pel qual es determinen les jurisdiccions que estableixen requisits equivalents als de la legislació espanyola de prevenció del blanqueig de capitals i finançament del terrorisme».

- (5) Les entitats de pagament van ser creades per la Llei 16/2009, de 13 de novembre. Es tracta d'entitats diferents a les de crèdit, a les quals s'atorga autorització per realitzar serveis de pagament, com, per exemple, transferències, deutes domiciliats i pagaments efectuats amb targetes.



“La Caixa” i Telefónica van ser les dues primeres societats que van crear a Espanya una entitat de pagament. “La Caixa” es va associar amb la multinacional nord-americana Global Payments per a la prestació de serveis de processament de transaccions electròniques amb els comerços, mentre que Telefónica, a través de Telefónica Remesas, SA, actua com a entitat de pagament només per a remeses, és a dir, els diners que els immigrants envien al seu país d'origen, normalment a les seves famílies, i sempre sense contrapartida.

El compte de pagament que es pot contractar amb una entitat de pagament és molt diferent del compte corrent que solament es pot contractar amb una entitat financera. El compte de pagament només funciona com a contracte marc per realitzar les operacions de pagament autoritzades, és a dir, l'acció de situar, transferir o retirar fons. Aquests fons no es consideren en cap cas com a dipòsits o altres fons reemborsables, ni poden reportar interessos. Per tant, a un compte de pagament no es podran associar imposicions a termini fix, plans de pensions, fons d'inversió, comptes de valors ni la resta de productes propis de les entitats financeres.

(6) «Als efectes de la present Llei, s'entendrà per titular real:

a) La persona o persones físiques pel compte de les quals es pretengui establir una relació de negocis o intervenir en qualssevol operacions.

b) La persona o persones físiques que en últim terme posseeixin o controlin, directament o indirectament, un percentatge superior al 25 per cent del capital o dels drets de vot d'una persona jurídica, o que per altres mitjans exerceixin el control, directe o indirecte, de la gestió d'una persona jurídica. S'exceptuen les societats que cotitzin en un mercat regulat de la Unió Europea o de països tercers equivalents.

c) La persona o persones físiques que siguin titulars o exerceixin el control del 25 per cent o més dels béns d'un instrument o persona jurídics que administri o distribueixi fons o, quan els beneficiaris estiguin encara per designar, la categoria de persones en benefici de la qual s'ha creat o actua principalment la persona o instrument jurídics».

(7) La referència als «instruments jurídics» permet englobar aquí, entenc, figures com els trusts, als quals específicament fan referència ja altres preceptes, però també els nous fons d'actius bancaris, malgrat no tenir aquests personalitat jurídica. Quant a aquests últims, l'activitat en el tràfic immobiliari dels quals revesteix certa importància en l'actualitat, es planteja, malgrat el dubte derivat de si escau la identificació del titular real,

tenint en compte que han d'estar gestionats per una societat gestora de titulització d'actius, que les «societats gestores d'institucions d'inversió col·lectiva» tenen la condició d'entitats financeres (art. 2.4 L), i que les entitats financeres estan, d'ordinari, exceptuades de l'obligació d'identificar el titular real (art. 9 R).

(8) 4.1. «Els subjectes obligats han d'identificar el titular real i **adoptar mesures adequades** a fi de comprovar-ne la identitat amb caràcter previ a l'establiment de relacions de negoci o a l'execució de qualssevol operacions».

4.3. «Els subjectes obligats han d'obtenir **informació dels clients** per determinar si aquests actuen per compte propi o de tercers. Quan existeixin **indisidicis o certesa** que els clients no actuen per compte propi, els subjectes obligats han d'obtenir **la informació precisa** a fi de conèixer la identitat de les persones per compte de les quals actuen aquells».

4.4. «Els subjectes obligats han d'**adoptar mesures adequades** a l'efecte de determinar l'estructura de propietat o de control de les persones jurídiques».

(9) L'examen especial» ve previst a l'art. 17 L quan es tracti de «fets o operacions que, **per la seva naturalesa**, puguin estar relacionats amb el blanqueig de capitals o el finançament del terrorisme i, en particular, aquelles operacions o **pautes de comportament complexes, inusuals o sense un propòsit econòmic o lícit aparent**, o que presentin **indisidicis de simulació o frau**».

Tampoc l'art. 18 L, en referir-se a la comunicació d'aquells fets, operacions o temptatives respecte dels quals hi hagi (després de l'examen especial de l'article anterior) indisidicis o certesa de la seva relació amb el blanqueig o el finançament del terrorisme, no detalla molt més, parlant dels supòsits de «**falta de correspondència ostensible amb la naturalesa, volum d'activitat o antecedents operatius dels clients**» quan «**no s'aprecii justificació econòmica, professional o de negoci per a la realització de les operacions**».

(10) Vid. nota 9.

(11) a) Actualitzar les dades obtingudes en el procés d'acceptació del client.
b) Obtenir documentació o informació addicional sobre el propòsit i índole de la relació de negocis.
c) Obtenir documentació o informació addicional sobre l'origen dels fons.
d) Obtenir documentació o informació addicional sobre l'origen del patrimoni del client.
e) Obtenir documentació o informació sobre el propòsit de les operacions.
f) Obtenir autorització directiva per establir o mantenir la relació de negocis o executar l'operació.

g) Realitzar un seguiment reforçat de la relació de negoci, incrementant el nombre i la freqüència dels controls aplicats i seleccionant patrons d'operacions per a examen.

h) Examinar i documentar la congruència de la relació de negocis o de les operacions amb la documentació i informació disponibles sobre el client.

i) Examinar i documentar la lògica econòmica de les operacions.

j) Exigir que els pagaments o ingressos es realitzin en un compte a nom del client, obert en una entitat de crèdit domiciliada en la Unió Europea o en països tercers equivalents.

k) Limitar la naturalesa o quantia de les operacions o els mitjans de pagament emprats.

(12) «Les accions de comprovació de l'activitat professional o empresarial declarada es graduaran en funció del risc i es realitzaran mitjançant **documentació aportada pel client** o mitjançant l'obtenció d'**informació de fonts fiables independents**. Així mateix, els subjectes obligats podran comprovar l'activitat professional o empresarial dels clients mitjançant visites presencials a les oficines, magatzems o locals declarats pel client com llocs on exerceix la seva activitat mercantil, deixant constància per escrit del resultat d'aquesta visita».

(13) «En els supòsits de risc superior a la mitjana previstos en l'article precedent o que s'haguessin determinat pel subjecte obligat conforme a la seva anàlisi de risc, els subjectes obligats **comprovaran en tot cas les activitats declarades** pels seus clients i la identitat del titular real, en els termes previstos als articles 9.1 i 10.2».

(14) Donada l'excessiva generalitat dels termes utilitzats, pot recordar-se que existeix una primera referència en l'art. 1 de l'Ordre Ministerial 114/2008, de 29 de gener, que segueix vigent en el fet que no s'oposi a la Llei o al Reglament i que assenyala una sèrie de supòsits als quals, en el seu moment, se circumscribia la submissió dels notaris a aquesta normativa:

a) Constitució, transmissió o extinció de tota classe de drets reals sobre béns immobles o entitats comercials.
b) Creació de societats, associacions, fundacions, entitats comercials o altres tipus d'estructures anàlogues.
c) Compravenda d'accions, participacions o de qualssevol altres valors negociables i instruments financers.
d) Actes o negocis jurídics relatius al funcionament o a la gestió de societats, associacions, fundacions, entitats comercials o altres tipus d'estructures anàlogues.

Control notarial del certificat d'eficiència energètica i de la llicència de primera ocupació

José Javier Cuevas Castaño
Notari jubilat

SUMARI

- I. EL CONTROL NOTARIAL DE LEGALITAT ABANS I DESPRÉS DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 20 DE MAIG DE 2008
- II. CONSEQÜÈNCIES RESPECTE DEL CERTIFICAT D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA SEGONS EL REIAL DECRET LLEI 235/2013
- III. CONSEQÜÈNCIES RESPECTE DE L'EXIGÈNCIA DE LLICÈNCIA DE PRIMERA OCUPACIÓ EN DECLARACIÓ D'OBRA NOVA ACABADA O EN ACTA DE FINALITZACIÓ D'OBRES
- IV. EN CONCLUSIÓ

I. EL CONTROL NOTARIAL DE LEGALITAT ABANS I DESPRÉS DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE 20 DE MAIG DE 2008

El control de legalitat que ha exercit des de sempre el Notari, en la doble condició de funcionari públic i professional



del Dret, necessàriament ha d'efectuar-se amb els mitjans i per les vies legalment previstes, de manera que, en determinades ocasions, ha de manifestar-se com a denegació de l'autorització del document (**control-rebuig**) i, en d'altres, com a realització efectiva i plasmació documental de les reserves i/o advertències que procedixin (**control-reserva i/o advertència**).

L'article 145 del Reglament Notarial, *abans de ser declarada nul·la la major part del seu contingut per la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008*, establia l'obligatorietat de l'autorització o intervenció dels documents per part del Notari, però condicionava aquesta obligatorietat al fet que «**els interessats li hagin proporcionat els antecedents, dades, documents, certificacions, auto-**



ritzacions i títols necessaris per a això», fet que significava que **havia de denegar** la prestació de la seva funció sempre que **no se li proporcionessin** aquestes dades, documents, certificacions, autoritzacions o títols, sense que fos necessari que la norma que imposés aquests requisits establís de manera expressa que la no justificació del seu compliment **portés aparellada la negativa del Notari a autoritzar o intervenir el document del qual es tractés**.

Excepcionalment, es preveïen alguns supòsits en els quals, malgrat la no aportació de dades o documents, el Notari tenia **permès autoritzar o intervenir** el document amb les reserves i advertències pertinents. Aquest era el cas, dins del mateix article 145, de la manca d'acreditació de la **representació**; o en el 169, pel que fa a la falta del **consentiment** del cònjuge o convivent; o en el 172, respecte de la falta de **dades necessàries per a la inscripció**, quan es tractés de documents no subjectes a inscripció constitutiva. Supòsits tots en els quals la negativa d'autorització o intervenció se substituïa per la realització de les reserves i/o advertències pertinents, fet que ens situa en el terreny del **control-reserva i/o advertència**, que constituïa l'**excepció davant de la regla general del control-rebuig**, en el qual insistia pesadament l'article 145 en disposar que «**el Notari, en la funció de control de la legalitat, no només haurà d'excusar el seu ministeri, sinó que també negar l'autorització o intervenció notarial quan [...] no s'hagués acreditat [...] el compliment dels requisits legalment exigits com a previs**», fet que tenia l'efecte profilàctic de privar de cobertura o aparença de legalitat a negocis jurídics nuls, anul·lables, claudicans o incomplets, complint així el Notari la seva funció tradicional de *gatekeeper* o *guardabarreres*, per dir-ho amb una terminologia tan abominable com descriptiva.

La posició clàssica del Notariat respecte de l'àmbit i els modes d'exercir el control de legalitat va quedar ferida de mort amb la **Sentència del Tribunal Suprem (Sala contenciosa administrativa) de 20 de maig de 2008**, que ha vingut a marcar un abans i un després en una matèria tan transcendental, atès que a partir d'aquesta (i encara que es basi en motius estrictament formals i apartats de la realitat i la consciència social) el control notarial de

FITXA TÈCNICA

Resum: Aquest article, en la mateixa línia eminentment pràctica que el publicat en el número anterior d'aquesta revista sobre la «cèdula d'habitabilitat», constitueix un intent de resumir i sistematitzar l'abundant i dispersa normativa relativa a determinades exigències merament administratives que afecten el tràfic jurídic immobiliari, davant de les quals l'actitud del Notari s'ha vist afectada per la visió restrictiva del control notarial de legalitat que emana de la Sentència del Tribunal Suprem del 20 de maig de 2008.

Paraules clau: Notari, tràfic jurídic immobiliari, certificat d'eficiència energètica, llicència de primera ocupació.

Abstract: This article, in the same eminently practical line as the one published in the previous edition of this journal on 'certificates of habitability', represents an attempt at summarizing and systematizing the abundant and diverse regulations governing certain purely administrative requirements concerning legal processes over real estate, in which the role of the Notary Public has been affected by the restrictive interpretation of notarial control over legality emanating from the Judgement of the Supreme Court of 20 May 2008.

Keywords: Notary Public, legal processes over real estate, certificate of energy efficiency, first-occupancy licence.

legalitat només pot traduir-se en **rebuig** quan estigui **previst expressament en una norma amb rang de llei**, mentre que en la resta de casos l'únic que pot fer el Notari és formular l'oportuna **reserva o advertència**.

Segons el Tribunal Suprem, el control notarial de legalitat només pot traduir-se en rebuig quan estigui previst expressament en una norma amb rang de llei

Descendint d'aquestes consideracions generals a casos concrets, hauríem de diferenciar, en funció dels termes en els quals el legislador s'hagi manifestat respecte del nivell d'exigència en el control notarial de legalitat, dos àmbits diferents:

— Supòsits en els quals, de manera expressa i concloent, **el legislador imposa al Notari (i/o al Registrador) l'obligació de controlar** directament el compliment efectiu de determinats requisits, de manera que no es poden autoritzar (ni inscriure) els negocis jurídics respecte dels quals **l'omissió o l'incompliment de determinats requisits comportin conseqüències impeditives de l'autorització i inscripció**, encara que en l'ordre substantiu aquests negocis produeixin els seus efectes per concórrer els elements essencials (consentiment, objecte, causa i, eventualment, forma). Aquest és el cas de l'exigència d'aportació de la pòlissa

d'**assegurança decennal** i la **cèdula d'habitabilitat** en el context de l'article 32 de la Llei 18/2007, de dret a l'habitatge («Els notaris, abans d'autoritzar la subscripció d'un acte de transmissió o cessió d'ús...»), o en l'article 20 de la Llei 38/1999, d'ordenació de l'edificació («No s'autoritzaran ni s'inscriuran al Registre de la Propietat...»). Aquest és el cas també del **certificat d'eficiència energètica en declaracions d'obra nova**, en els termes que resulten de l'article 20 de la Llei del sòl estatal («Tractant-se de declaració d'obra nova acabada, exigiran [els notaris] els documents que acreditin [...] els requisits d'eficiència energètica»), i així s'ha aplicat, fins i tot als edificis vells o ja construïts, en la Resolució del la Direcció General dels Registres i del Notariat de 2 d'abril de 2013 (sigui dit sense perjudici dels nostres dubtes sobre possibles extralimitacions de l'àmbit competencial de l'Estat).

— Supòsits en els quals, tot i imposar-se als ciutadans l'obligació de donar compliment a determinats requisits o d'intercanviar-se determinada informació o documentació, **no s'imposa el control efectiu** del compliment d'aquests requisits, drets i obligacions ni a notaris ni a registradors, havent-se de limitar els primers a **informar o advertir** de les previsions legals al respecte i de les vies per complir-les, però **sense poder denegar la prestació de la seva funció**. Aquest seria el cas, per exemple, de l'article 65 de la Llei 18/2007, de dret a l'habi-

tatge, on **no** s'imposa ni a notaris ni a registradors l'obligació de controlar el lliurament efectiu de determinats documents als adquirents d'un habitatge, per la qual cosa els notaris compleixen el seu deure de control mitjançant l'**expressa advertència i constància documental d'aquesta**, sense que la falta de justificació del compliment d'aquestes obligacions els permeti denegar l'autorització del document.

II. CONSEQÜÈNCIES RESPECTE DEL CERTIFICAT D'EFICIÈNCIA ENERGÈTICA SEGONS EL REIAL DECRET LLEI 235/2013

Aplicant les consideracions anteriors a les compravendes i els arrendaments d'immobles (i, possiblement, a la resta de negocis translatius del domini o d'ús) als quals es refereix el **Reial decret llei 235/2013, de 5 d'abril, pel qual s'aprova el procediment bàsic per a la certificació de l'eficiència energètica dels edificis**, comprovem que ni a l'*Exposició de motius*, ni a l'*articulat*, ni a les *disposicions addicionals, transitòries, derogatòria i finals*, ni en l'*annex* que regula el procediment bàsic per a aquesta certificació es recull cap facultat del Notari ni del Registrador per exigir que s'acrediti el compliment de l'obligació de lliurament o posada a disposició del certificat d'eficiència energètica, per la qual cosa entenem que ens trobem al davant d'un supòsit de **control-reserva i/o advertència** en el qual el Notari té vedat anar més enllà d'una **advertència detallada i expressa** del dret de compradors i arrendataris i de la correlativa obligació de venedors i arrendadors del lliurament o la posada a disposició del tan repetit certificat, l'incompliment de la qual pot determinar l'aplicació de les **sancions** previstes al Reial decret llei (de la qual cosa també caldria advertir expressament), i **sense que procedeixi l'exclusió d'aquestes normes imperatives, la renúncia o l'exoneració de les mateixes** per part de l'adquirent o arrendatari, doncs ens trobem clarament al davant d'un supòsit sostret a l'*autonomia de la voluntat*; davant d'un cas enquadrible en l'article 1255 del Codi civil espanyol, que exclou la possibilitat de pactes, clàusules i condicions *contraris a les lleis o a l'ordre públic*; davant d'una obligació ex

lege que respon a **raons d'interès general o ordre públic, a finalitats ecològiques o mediambientals**, com obligada tot i que tardana transposició d'una directiva comunitària, per tot el qual considerem plenament aplicable l'**article 6, paràgraf 2n, del Codi civil espanyol**, segons el qual «*l'exclusió voluntària de la llei aplicable i la renúncia als drets que s'hi reconeixen només seran vàlides quan no contrariïn l'interès o l'ordre públic ni perjudiquin a tercers*». En conseqüència, sembla bastant evident que **l'exclusió, renúncia o exoneració en cap cas tindria efectes immunitzadors davant de l'aplicació del règim sancionador previst al Reial decret llei que ens ocupa**, per la qual cosa qualsevol manifestació en l'escriptura que pogués ser interpretada en aquest sentit produiria l'efecte perturbador d'introduir dubtes, aparences o ambigüitats, que és el pitjor que li pot ocórrer a un document notarial.

III. CONSEQÜÈNCIES RESPECTE DE L'EXIGÈNCIA DE LLICÈNCIA DE PRIMERA OCUPACIÓ EN DECLARACIÓ D'OBRA NOVA ACABADA O EN ACTA DE FINALITZACIÓ D'OBRES

Fins a la reforma amb el Reial decret llei 8/2011, d'1 de juliol, l'article 20 de la Llei del sòl (Reial decret llei 2/2008, de 20 de juny), seguint el precedent de l'article 19 de la Llei 8/2007, de 27 de maig, exigia per a l'**autorització i inscripció d'obres noves acabades i actes de finalització d'obres**, a més de la llicència d'obres i el certificat tècnic corresponents, «*l'acreditació documental del compliment de tots els requisits imposats per la legislació reguladora de l'edificació per al lliurament d'aquesta als seus usuaris i l'atorgament, exprés o per silenci administratiu, de les autoritzacions administratives que prevegi la legislació d'ordenació territorial i urbanística*».

La Direcció General dels Registres i del Notariat, en Resolució-circular de 26 de juliol de 2007, referida a l'article 19 de la Llei 8/2007 esmentada, va aclarir l'abast de la remissió a «*la legislació reguladora de l'edificació*», entenent-la efectuada a l'**assegurança decennal i al llibre de l'edifici**, exigits per la Llei d'ordenació de l'edificació, de 5 de novembre de 1999.

Pel que fa a «*les autoritzacions administratives que prevegi la legislació d'ordenació territorial i urbanística*», és clar que constitueix una remissió a la *normativa autonòmica* que correspongui, com no podria ser d'una altra manera, atès que és competència de les comunitats autònomes determinar quina classe d'actes de naturalesa urbanística estan sotmesos al requisit d'obtenció de llicència, mentre que és competència de l'Estat (article 149.1.8a de la Constitució) fixar en quins casos haurà d'acreditar-se la concessió de la llicència o llicències de què es tracti perquè l'acte tingui accés al Registre, **sempre que la legislació autonòmica competent exigeixi aquesta llicència o llicències**, com es reconeix expressament en les resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 21 de gener i de 5 de juliol de 2012, entre moltes altres.

La modificació de l'article 20 de la Llei del sòl portada a terme pel Reial decret llei 8/2011, d'1 de juliol, va consistir, pel que fa al que ara ens interessa, en substituir l'exigència d'*acreditació documental de l'atorgament, exprés o per silenci administratiu, de les autoritzacions administratives que prevegi la legislació d'ordenació territorial i urbanística* per l'exigència que s'acrediti documentalment «*l'atorgament de les autoritzacions administratives necessàries per garantir que l'edificació reuneix les condicions necessàries per destinar-la a l'ús previst en l'ordenació urbanística aplicable i els requisits d'eficiència energètica tal com exigeix la normativa vigent*».

El Reial decret llei 235/2013 no recull cap facultat del Notari per exigir que se li acrediti el compliment de l'obligació de lliurament o posada a disposició del certificat d'eficiència energètica

Deixant de banda allò relatiu a l'«*eficiència energètica*», de la qual acabem d'ocupar-nos, el canvi de *redacció* sembla bastant intranscendent i probablement no constitueix cap canvi de contingut, doncs, pel que fa a les **autoritzacions administratives**, se segueix mantenint la remissió a la legislació autonòmica, amb l'única variació, clara-



ment irrellevant, que abans es parlava de **legislació d'ordenació territorial i urbanística** i ara es parla de **l'ordenació urbanística aplicable**.

El problema es troba en què l'**Exposició de motius del Reial decret llei 8/2011**, en una clara *extralimitació* del que hauria de ser el contingut i amb cert menyspreu del que podria disposar-se al respecte en les diferents **ordenacions urbanístiques aplicables**, fa taula rasa de les competències autonòmiques en la matèria i, en clara i rebutjable actitud de «LO-APA urbanística», generalitza l'exigència de la **llicència de primera ocupació** per autoritzar i inscriure declaracions d'obra nova acabades o actes de finalització d'obres, fet que ens obliga, com a primera providència, a concretar què és el que ha d'entendre's per **llicència de primera ocupació** i quina relació existeix entre la mateixa i la **cèdula d'habitabilitat**:

- La **cèdula d'habitabilitat** (de la qual, i pel que fa a Catalunya, ens hem ocupat en el número anterior d'aquesta revista) és el document que acredita que un habitatge compleix els requisits mínims d'habitabilitat i solidesa exigits per la normativa i, en conseqüència, que l'habitatge que en té pot destinar-se a residència de persones.
- La **llicència d'ocupació** té per objecte autoritzar la posada en ús d'edificis o instal·lacions, prèvia comprovació que han estat executats d'acord amb les condicions de les llicències que van autoritzar les obres o els usos i que es troben degudament acabats i són aptes segons les condicions urbanístiques de la seva destinació específica.
- A Catalunya, s'ha produït un *problema terminològic* que convé aclarir motivat per l'article 7.2 del Decret 55/2009, de 7 d'abril, segons el qual «la **cèdula** es denomina **de primera ocupació** quan es refereix a habitatges de nova construcció i **de segona i successives ocupacions** si es refereix a habitatges usats o preexistents».

Basant-se en aquest precepte (que es plasma en els dos impresos diferents en els quals s'emeten les cèdules d'habitabilitat) s'ha generat l'*aparença que la cèdula d'habitabilitat i la llicència de*

primera o successiva ocupació són una mateixa cosa, la qual cosa és errònia, atès que la **cèdula d'habitabilitat** coexistia (com avui coexisteix la *comunicació prèvia de la qual tractarem*) amb la **llicència (que no «cèdula») de primera o successiva ocupació**. Aquesta coexistència de la **llicència urbanística de primera ocupació** i la **cèdula d'habitabilitat** resulta de l'article 13 del Decret 55/2009, de 7 d'abril, que, d'una banda, es refereix al possible conflicte entre les dues i, de l'altra, cita la «*sol·licitud de la llicència municipal de primera ocupació*» entre la documentació que cal acreditar per obtenir la **cèdula d'habitabilitat**.

Tornant a l'Exposició de motius del Reial decret llei 8/2011, que introdueix «d'amagat» i amb caràcter general l'exigència de **llicència de primera ocupació**, diguem que aquesta exigència (que, per l'ubicació en una mera Exposició de motius, **està mancada d'eficàcia normativa**) havia estat *negada* sistemàticament per la Direcció General dels Registres i del Notariat en les resolucions de 9, 10, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 20 i 22 de desembre de 2008; 12 i 13 de gener de 2009, i 9 de gener de 2010, els fonaments de Dret de la qual segueixen tenint, al meu parer, plena vigència, si bé és veritat que s'ha anat introduint expressament en determinades legislacions autonòmiques com a requisit per a l'atorgament i la inscripció de decla-

racions d'obra nova acabada o d'acta de final d'obres:

- A **Andalusia**, l'article 27 del Decret 60/2010 (Reglament de disciplina urbanística), en redacció donada per l'article 4 del Decret 327/2012, exigeix en qualsevol cas «l'aportació de la preceptiva llicència d'ocupació o utilització» per a «l'atorgament d'escriptures públiques i la inscripció al Registre de la Propietat de les declaracions d'obra nova acabada».
- A **Castella-la Manxa**, l'article 23.2 del Decret 34/2011 (Reglament de disciplina urbanística), al qual fa referència la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 21 de gener de 2012, cita la llicència de primera ocupació o utilització d'edificis, construccions i instal·lacions com a document exigible «d'acord amb el que es preveu a l'article 20 del Text refós de la Llei del sòl» per a «l'atorgament d'escriptura pública i la inscripció al **Registre de la Propietat de la declaració com a obra nova acabada**».
- A **Galícia**, l'article 44 de la Llei 8/2012, d'habitatge, també disposa, amb un estil que ja hauria volgut qualsevol Ministre o Ministra d'Igualtat, que «les notàries i els notaris i les registradores i els registradors de la propietat exigiran,



per autoritzar o inscriure, respectivament, escriptures de declaració d'obra nova finalitzada que acrediti [...] l'atorgament de la llicència de primera ocupació».

En el pol oposat se situa **Castella i Lleó**, on, per Decret 147/2000, **se suprimeix la «cèdula d'habitabilitat com a document necessari per reconèixer l'aptitud d'un immoble per ser destinat a habitatge, així com el tràmit d'informe previ dels Serveis Territorials de la Conselleria de Foment sobre condicions higièniques per a l'obtenció de la llicència urbanística municipal d'obra d'immobles destinats a habitatges. [...] L'atorgament de la llicència urbanística municipal de primera ocupació o utilització de construccions i instal·lacions suposarà la verificació prèvia del compliment de les condicions d'habitabilitat»** (article 1).

Així es pretén evitar duplicitats amb la «**llicència de primera ocupació o utilització**», que adquireix una rellevància particular, malgrat la qual cosa **la seva aportació no és exigible a efectes de la declaració d'obra nova**, segons resulta de l'article 101 de la Llei 5/1999, d'urbanisme (després de modificar-la la Llei 4/2008), que enumera les autoritzacions administratives o llicències a les quals **ha d'entendre's referida la remissió de l'article 20 de la Llei del sòl** (abans 19),

que són les compreses sota les **lletres a), b) i d)** de l'article 97.1 de la mateixa Llei, fet que deixa fora d'aquesta exigència la llicència de primera ocupació, a la qual es fa referència a l'article 97.1 esmentat, però **sota la lletra e)**. S'arriba al mateix resultat si ens basem en l'article 301 del Reglament d'urbanisme (Decret 22/2004, de 29 de gener), la qual cosa silencia incomprensiblement la Resolució del la Direcció General dels Registres i del Notariat de 5 de juliol de 2012.

El cas concret de Castella i Lleó serveix per demostrar fins a quin punt és temerària i extralimitada la redacció de l'Exposició de motius del Reial decret llei 8/2011, proclamant *urbi et orbe* l'exigència de llicència de primera ocupació per a les declaracions d'obra nova, sense distinció de la comunitat autònoma en la qual s'ubiquin.

El requisit d'aportació de la llicència de primera ocupació segueix essent matèria remesa a la legislació autonòmica

És cert que, en la majoria de la resta de comunitats autònomes, la primera ocupació o utilització d'edificis és un acte subjecte a llicència i, en algunes, aquesta llicència ha de lliurar-se o posar-se a dis-

posició dels adquirents, però, a diferència del que hem vist respecte a Andalusia, Castella-la Manxa i Galícia, **l'aportació de la llicència no sempre és requisit per a les declaracions d'obra nova o acta de finalització d'obres**, fet que justifica que posem en dubte la generalització de l'Exposició de motius que estem criticant i sostinguem que **no n'hi ha prou que la legislació autonòmica aplicable subjecti a llicència la primera ocupació o utilització**, sinó que es requereix, a més, que de manera inequívoca **s'exigeixi l'aportació d'aquesta llicència per a l'atorgament i la inscripció d'aquestes declaracions d'obra nova o acta de finalització d'obres**. Coincidim en això amb l'opinió expressada als «Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo» de *Registradores de Madrid*, al núm. 32 dels quals (octubre/desembre 2011) s'arriba a aquesta conclusió a la vista dels articles 19.2 de la Llei 2/1999 i 154 de la Llei del sòl de la Comunitat de **Madrid**, 9/2001, de 17 de juliol.

Pel que fa a **Catalunya**, aquesta generalització de l'Exposició de motius també està absolutament injustificada, més encara si es té en compte que aquí s'ha produït un **procés invers** al de les comunitats autònomes d'Andalusia, Castella-la Manxa, Galícia i totes les que hagin seguit el mateix camí:

— L'article 27 anterior de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, **de dret a l'habitatge** (abans de ser reformat per la Llei 9/2011), portava per títol o rúbrica «**La relació entre cèdula d'habitabilitat i llicència urbanística de primera ocupació**», i disposava al paràgraf 2n que «*la llicència urbanística de primera ocupació acredita el compliment de les condicions que estableix la llicència d'obres d'edificació*».

— A l'article 27 vigent, redactat per la Llei 9/2011, no queda ja el més mínim vestigi de la llicència de primera ocupació, fet que coincideix amb un altre dels canvis significatius efectuats per aquesta mateixa Llei 9/2011, que **va eliminar l'exigència d'aportar la cèdula de primera ocupació per poder contractar serveis i subministraments**, fet que fins a llavors venia imposat per l'article 236.2 del Decret





305/2006 (anterior Reglament de la Llei d'urbanisme).

- El procés d'**eliminació de la llicència de primera ocupació com a document autònom** culmina en la **Llei 3/2012, de 22 de febrer**, modificativa del Decret-Llei 1/2010, de 3 d'agost, en l'Exposició de motius del qual es diu:

*«En matèria d'intervenció de l'edificació, es pot destacar la **reducció de les càrregues administratives** que comporta la substitució de la **llicència de primera ocupació** per un règim de comunicació prèvia.*

- La important modificació es concreta en l'article 187.5 del Decret-Llei 1/2010, que passa a disposar:

«Resta subjecte al règim de comunicació prèvia a l'ajuntament, d'acord amb el procediment que estableix la legislació de règim local, la primera utilització i ocupació dels edificis i les construccions. La comunicació s'ha d'acompanyar de la certificació del facultatiu director que acrediti la data de la finalització de les obres i el fet que aquestes s'han efectuat d'acord amb el projecte aprovat o amb les modificacions posteriors i les condicions imposades, i que l'edificació està en condicions de ser utilitzada.

- Al seu torn, el nou Reglament d'urbanisme (Decret 64/2014, de 13 de maig), a l'article 71.1, lletra a), disposa que estan subjectes al **règim de comunicació prèvia**:

a) «La primera utilització i ocupació dels edificis i les construccions de nova planta».

- I l'article 75 regula la tramitació i documentació necessàries dient que:

«Per a la primera utilització i ocupació dels edificis i les construccions als quals fa referència l'article 71.1.a), la persona promotora ha de comunicar prèviament la finalització de les obres a l'administració que va atorgar la llicència urbanística corresponent. La comunicació ha d'anar acompanyada del certificat final d'obra expedit per la direcció facultativa de les obres, on han de constar els fets següents:

a) Data de conclusió de les obres.

b) Que les obres han estat executades d'acord amb el projecte tècnic autoritzat i, si procedeix, les modificacions i les condicions de la llicència urbanística atorgada.

c) Que l'edificació està en condicions de ser utilitzada d'acord amb l'ús autoritzat».

L'aplicació d'aquest precepte va restar suspesa el 17 de desembre de 2012 amb motiu del **recurs d'inconstitucionalitat** interposat pel Govern central, però aquesta suspensió es va aixecar a finals de 2013. Sens dubte, en la decisió d'aixecar la suspensió ha pesat, en l'ànim del Tribunal, el fet que la Llei del sòl estatal ja admet que les legislacions autonòmiques puguin sotmetre la primera ocupació i utilització dels edificis a comunicació prèvia o a declaració responsable, fet que constitueix un pas més en la tasca d'eliminació de traves administratives que promou la Unió Europea.

- Es manté, no obstant això, l'exigència de llicència municipal per a l'ocupació o utilització **parcial** dels edificis, en disposar-se a l'article 5 del mateix Reglament que: «També està subjecta a llicència urbanística prèvia la primera utilització i ocupació parcials dels edificis i les construccions següents:

a) Els de nova planta.

b) Les ampliacions dels existents.

c) Els sotmesos a obres per canviar-ne l'ús característic o a obres de gran reforma o rehabilitació que comportin la interrupció de la utilització i ocupació».

IV. EN CONCLUSIÓ

- Pel que fa al **certificat d'eficiència energètica**, el Notari no pot exigir-ne l'aportació en els supòsits de venda o arrendament en què resulti exigible, ni ha d'admetre la renúncia del comprador o arrendatari al fet que aquest document els sigui proporcionat.

- Pel que fa al requisit d'aportació de la **llicència de primera ocupació** per poder autoritzar i inscriure escriptures de declaració d'obra nova acabada o actes de finalització d'obres, segueix essent matèria remesa a la **legislació autonòmica que correspongui**, sense que la referència indeguda que se'n fa a l'Exposició de motius del Reial decret Llei 8/2011 suposi cap alteració del sistema implantat al seu dia per l'article 19 de la Llei del sòl, de 27 de maig de 2007, i seguit per l'article 20 de la vigent, tant abans com després de la reforma per part del Reial decret Llei esmentat.

- Pel que fa a **Catalunya**, la llicència de primera ocupació, fora del cas excepcional d'*utilització parcial d'edificacions*, està mancada ara per ara d'«existència legal» com a document o autorització administrativa «documentada», per haver estat substituït per la comunicació de la finalització d'obres de conformitat amb la llicència, la justificació de la qual tampoc és exigible per autoritzar i inscriure declaracions d'obra nova.

- El que s'ha dit no obsta perquè el Notari, sense negar-se a l'autorització de l'escriptura o acta de la qual es tracti (la qual cosa estaria vedada per la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008), compleixi amb les seves obligacions **d'informar, assessorar i advertir** de l'obligatorietat de donar compliment als requisits o exigències que hem examinat i de les eventuais conseqüències de l'incompliment o del compliment defectuós d'aquestes obligacions, especialment si afecta o pot afectar els *consumidors*, respecte als quals té, d'acord amb l'article 147 del Reglament Notarial i a la seva normativa específica, una especial obligació d'**assistència imparcial però equilibradora** i correctora de les *asimetries d'informació* que poguessin posar en risc el consentiment *lliure i informat* sobre el que descansa tot un sistema contractual en el qual el Notari no pot ser, i no és, un mer espectador.

Professiona

Una aproximació al Reglament 650/2012⁽¹⁾ (I): la *professio iuris*

Elisabeth García Cueto

Notari de Barcelona

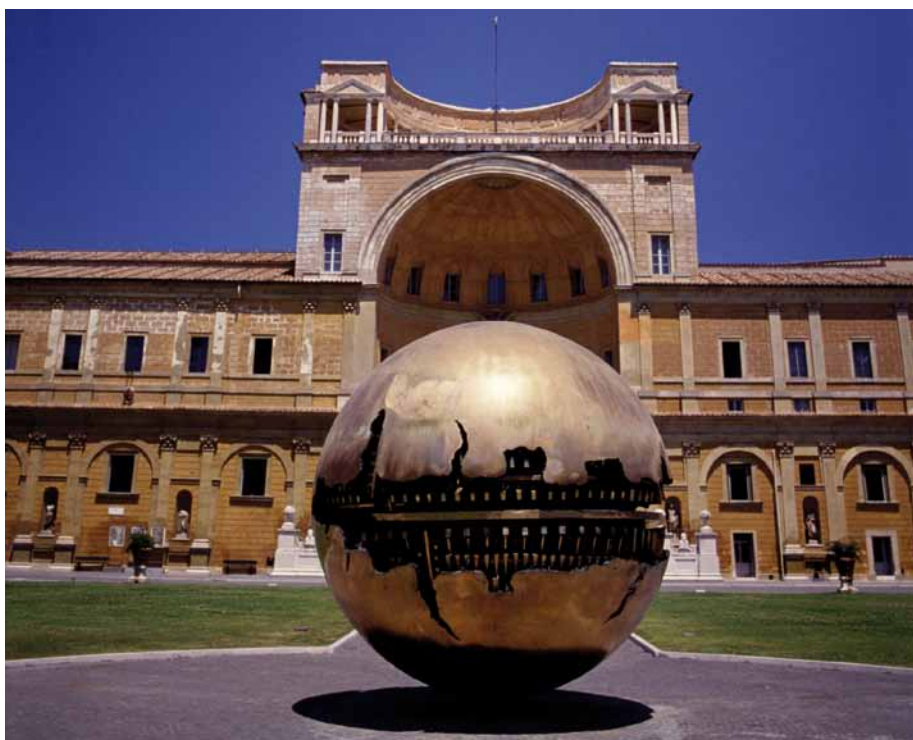
Professora col·laboradora amb la URL-ESADE

SUMARI

- I. CONSIDERACIONS GENERALS
- II. L'ELECCIÓ DE LA LLEI APLICABLE: LA *PROFESSIO IURIS*
- III. PACTES SUCCESSORIS
- IV. FORMA: L'ELECCIÓ HA DE REALITZAR-SE EN TESTAMENT O DISPOSICIÓ *MORTIS CAUSA*
- V. REVOCACIÓ O MODIFICACIÓ DE LES DISPOSICIONS *MORTIS CAUSA*

I. CONSIDERACIONS GENERALS

Al si de la Unió Europea (UE), i per tal d'aconseguir un espai de llibertat, seguretat i justícia⁽²⁾, el legislador comunitari continua donant passos en la creació d'una normativa comuna. Especialment pel que fa a la voluntat de crear un espai de justícia, es busca instaurar procediments de resolució de conflictes ràpids i a un cost reduït i implantar mecanismes de resolució de conflictes alternatius⁽³⁾ i de caràcter preventiu.



En el marc de la globalització, és cada cop més freqüent el moviment de subjectes d'un estat a un altre per motius laborals o de plaer, i això genera relacions entre persones de diferents països tant a nivell personal (matrimoni, filiació i successió)

com patrimonial (contractes de tota mena). A més, a Europa, a causa de l'existència del dret a la lliure circulació dels ciutadans de la UE, s'ha portat el legislador europeu a la necessitat de dotar de la màxima seguretat jurídica totes les relacions que es



generen a conseqüència d'això. Això és especialment gràfic quan es fa referència a les transaccions jurídiques, les transmissions de béns, la protecció de les titularitats adquirides i el trànsit d'aquests en el moment de la mort d'un subjecte nacional de la UE.

Partint d'aquesta premissa, és a dir, l'existència de relacions jurídiques entre subjectes de diferent nacionalitat, la UE ha hagut de realitzar esforços importants per aconseguir la integració jurídica dels diferents estats membres, cedint, en certs casos, sobirania. No és aliena a ningú la dificultat de posar d'acord a tants països, especialment quan la major part és gelosa de cedir la seva sobirania⁽⁴⁾; per això, el legislador europeu ha optat per donar solució a un conjunt de conflictes de lleis, de competència, de reconeixement mutu i d'execució de resolucions, principalment. Així aconseguir donar solució a un problema de gran complexitat i amb un panorama molt divers, a causa de la normativa interna de cada estat, però deixant fora de perill la normativa pròpia.

La UE ha hagut de realitzar esforços importants per aconseguir la integració jurídica dels diferents estats membres, cedint, en certs casos, sobirania. Per això, el legislador europeu ha optat per donar solució a un conjunt de conflictes de lleis, de competència, de reconeixement mutu i d'execució de resolucions

Aquest camí cap a la integració jurídica esmentada, que ja s'ha plasmat a través de diferents instruments jurídics⁽⁵⁾, avança amb pas ferm. En aquest marc es troba el nou Reglament de Successions Europeu (RSE)⁽⁶⁾, el propòsit del qual és facilitar el bon funcionament del mercat interior suprimint tots els possibles obstacles a la lliure circulació de les persones i els elevats costos que, ara per ara, es troben a l'hora d'exercir els drets derivats de successions *mortis causa* transfrontereres. Els ciutadans solen trobar multitud de barres a l'hora d'ordenar la seva successió *mortis causa*, però més en solen tenir els hereus en la successió quan hi ha un element d'estrangeria pel mig. Cal aconseguir organitzar les

FITXA TÈCNICA



Resum: En el marc de la globalització, és cada cop més freqüent el moviment de subjectes d'un estat a un altre, amb la qual cosa es generen múltiples relacions jurídiques entre persones de diferents països, tant a nivell personal com patrimonial. A Europa, aquesta qüestió és especialment important atès el dret a la lliure circulació dels ciutadans, fet que porta el legislador europeu a cercar instruments que, sota el principi de seguretat jurídica, integrin els diferents estats membres. En aquest camí cap a la integració, es destaca el nou Reglament de Successions Europeu, el propòsit del qual és facilitar el bon funcionament del mercat interior suprimint tots els possibles obstacles a la lliure circulació de les persones i els elevats costos que, ara per ara, es troben a l'hora d'exercir els drets derivats de successions *mortis causa* transfrontereres. Mitjançant aquest treball, se n'analitza el contingut i la repercussió.

Paraules clau: Dret de successions europeu, *professio iuris*, pactes successoris, successions *mortis causa* transfrontereres.

Abstract: Within the framework of globalization, the movement of people from one state to another is ever more frequent, giving rise to multiple legal relationships between people of different countries, both at a personal and a material level. In Europe, this question is particularly important thanks to the right to the free circulation of people, which has led European legislators to seek instruments which, under the principle of legal certainty, integrate the said Member States. On this path towards integration, the new European Inheritance Regulation is noteworthy, which has the aim of facilitating the smooth operation of the internal market by abolishing all possible barriers to the free circulation of people and the high costs which are charged nowadays for exercising the rights deriving from cross-border inheritances *mortis causa*. This work examines its content and effect.

Keywords: European Inheritance Law, *professio iuris*, inheritance agreements, cross-border inheritances *mortis causa*.

successions internacionals o transfrontereres per aconseguir donar les màximes garanties a hereus, legataris, marmessors i administradors de l'herència⁽⁷⁾, i aquí, el paper dels Tribunals⁽⁸⁾ i altres professionals, com el Notariat⁽⁹⁾, és cada vegada més fonamental⁽¹⁰⁾.

Amb aquests paràmetres, i com ja s'ha avançat, quan al si de la UE el legislador es planteja la necessitat d'adoptar un règim comú per als diferents països integrants d'aquesta, és complicat acabar amb un règim substantiu material únic per a tots. La negativa reiterada per part dels estats de deixar de banda les legislacions nacionals, amb la diferent i respectiva evolució jurídica, ha portat a l'aprovació d'unes normes comunes que es redueixen a l'àmbit del Dret Internacional Privat, donant sortida o resposta a l'òrgan judicial competent, la determinació de la llei aplicable i el reconeixement i l'execució de resolucions, acceptació dels documents públics i de les transaccions judicials en les matèries que regulen.

El RSE podria haver tingut dos possibles enfocaments o solucions com a punt de partida per al problema generat en aquest àmbit, tant en el moment de portar a terme

la planificació de la pròpia successió com després de la mort d'una persona:

- Criteri d'unitat⁽¹¹⁾, en virtut del qual existeix una única llei que ha de regir en tota la successió, sigui quina sigui la naturalesa dels béns i el lloc on aquests es trobin. Aquesta és l'opció actual de països com Alemanya, Àustria, Espanya, Dinamarca, Grècia, Itàlia, els Països Baixos o Portugal, entre d'altres. En aquests països existeixen alguns que opten com a punt de connexió (i, per tant, llei aplicable) per la llei de la nacionalitat del testador/causant⁽¹²⁾, mentre que d'altres aplicaran la llei corresponent a la residència habitual del subjecte en morir⁽¹³⁾.
- Criteri de la divisió de l'herència, en països com França, Bèlgica, Luxemburg o el Regne Unit, on s'aplicarà una llei per als béns mobles i una altra per als béns immobles, que serà la del lloc de situació. Hi ha, per tant, pluralitat de lleis aplicables a una pluralitat de masses hereditàries⁽¹⁴⁾.

Davant d'aquesta situació, el RSE ha volgut harmonitzar la legislació prenent dues decisions clau: i) que existeixi una



única llei aplicable a tots els aspectes i replecs diferents del fenomen successori, i ii) l'establiment del dret d'elecció o opció, anomenat també *professio iuris* successòria.

Ara bé, no hem de perdre de vista el fet que ningú està obligat a subscriure disposicions *mortis causa* o atorgar testament. I llavors què passa? Quina llei aplicarem a les successions amb element d'estrangeria al si de la UE si no hi ha voluntat del causant pel que fa a l'elecció de la llei aplicable? L'art. 21 RSE ens dona la resposta. El legislador europeu ha optat per establir com a punt de connexió més proper al causant el de la residència habitual d'aquest, en dir al primer apartat: «Llevat de disposició contrària d'aquest Reglament, la llei aplicable a la totalitat de la successió serà la de l'estat en el qual el causant tingui la residència habitual en el moment de la mort⁽¹⁵⁾». La residència habitual com a punt de connexió subsidiari és objecte d'un altre treball i, per tant, no procediré a analitzar-lo amb profunditat⁽¹⁶⁾.

II. L'ELECCIÓ DE LA LLEI APLICABLE: LA PROFESSIO IURIS

La *professio iuris*⁽¹⁷⁾ és l'exercici unilateral d'elecció d'una opció en una situació conflictual. En l'àmbit successori, es redueix a dotar de capacitat els ciutadans perquè, mitjançant l'elecció de la llei aplicable, puguin organitzar la seva successió. Aquesta possibilitat que se li dona al causant és una de les grans novetats del RSE⁽¹⁸⁾. El fonament de tot això resideix en la voluntat del RSE de donar a conèixer a tots els interessats en l'herència quina és la legislació aplicable a la successió del causant. I, de fet, aquesta llei ha de ser una de previsible, amb la qual el causant tingui una relació estreta, com veurem posteriorment.

Per a aquesta anàlisi, s'ha de partir d'una màxima en Dret: «La voluntat del causant és la llei de la successió». Per tant, al davant de la pregunta de si podem escollir la llei aplicable a la nostra successió, la resposta és positiva, però amb matisos: hom pot escollir i manifestar la seva voluntat⁽¹⁹⁾, però sempre tenint en compte les limitacions establertes per la llei. Pot, per tant, afirmar-se que el que es vol és que una persona pugui decidir sobre la destinació dels seus béns en previsió de

la seva mort, així com assegurar que, un cop triat, es realitza la seva voluntat.

S'ha de partir d'una màxima en Dret: «La voluntat del causant és la llei de la successió». Encara que amb matisos, la persona és lliure per escollir i manifestar la seva voluntat, tot i que tenint en compte les limitacions establertes per la llei

Aquest principi de llibertat d'elecció ve recollit a l'art. 22 RSE, apartat 1, que, a més, analitza les limitacions establertes per la llei de manera ordenada en els apartats següents del mateix. Així, l'art. 22 RSE estableix que:

Qualsevol persona podrà designar la llei de l'estat la nacionalitat del qual posseeixi en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la mort. Una persona que posseeix diverses nacionalitats podrà escollir la llei de qualsevol dels estats dels quals tingui nacionalitat en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la mort.

L'elecció haurà de fer-se expressament en forma de disposició mortis causa o haurà de resultar d'una disposició d'aquest tipus.

La vàlidesa material de l'acte pel qual s'hagi fet l'elecció de la llei es regirà per la llei elegida.

Qualsevol modificació o revocació de l'elecció de la llei haurà de complir els requisits formals aplicables a la modificació o la revocació de les disposicions mortis causa.

Com deia, el principi general establert és el de la llibertat d'elecció, però existeix un triple límit⁽²⁰⁾:

— La llibertat d'elecció resta limitada a la llei de la nacionalitat en el moment de l'elecció o de la mort⁽²¹⁾ o la que correspongui a la residència habitual⁽²²⁾. Tot això es fa per tal de garantir que existeixi una connexió entre causant i llei elegida, i per evitar que es triï una normativa amb la finalitat de vulnerar les expectatives legítimes dels hereus

forçosos. Amb aquesta decisió, s'ha deixat de banda de manera clara la diferenciació entre la successió de béns mobles i immobles i, per tant, el punt de connexió basat en el lloc de situació dels béns arrel.

— La llei triada regirà tota la successió⁽²³⁾ i s'aplicarà des de l'obertura d'aquesta fins a la transmissió als beneficiaris de la propietat dels béns i drets que integren l'herència. També estan incloses les qüestions relatives a l'administració de l'herència i la responsabilitat de l'hereu o legatari per deutes o càrregues dels béns que la conformen⁽²⁴⁾.

— L'elecció ha de fer-se de forma solemne, és a dir, disposició *mortis causa*, o ha de resultar d'una disposició d'aquest tipus.

1. Llei elegida

Encara que es diu que el RSE permet triar entre dues lleis —la llei nacional⁽²⁵⁾ en el moment de realització de la disposició o en el moment de la mort o la llei de la residència habitual⁽²⁶⁾ (llei de la successió)—, en realitat, el legislador només ofereix als ciutadans la possibilitat de sotmetre la seva successió a la llei nacional. En definitiva, la nacionalitat passa a un segon terme, doncs si no hi va haver testament o disposició *mortis causa* on es triï la llei aplicable, la llei nacional no intervé per a res i és aplicable la llei de l'última residència habitual del causant. La residència, entén el legislador, passa a ser la més propera i on se situa el centre dels interessos del causant. Tot això per tal d'evitar costos conflictuals i pel principi de proximitat⁽²⁷⁾: és el punt de connexió més adequat i comú per determinar la llei aplicable a la successió. Sigui com sigui, l'elecció de la llei ha de ser meditada i ben informada, doncs l'elecció d'una o altra comportarà conseqüències molt diferents.

Diu la llei que l'elecció de la nacionalitat pot venir determinada en el moment de la realització de la disposició *mortis causa* o en el moment de la mort. Per tant, si inicialment tenim una nacionalitat i després en tenim una altra, sí que podem fer-ne ús. Al legislador li importa poc que quan es faci testament el causant tingui



una nacionalitat i, posteriorment, la canvi, doncs el RSE li dóna validesa a l'elecció realitzada, dotant de seguretat jurídica els actes realitzats.

Ara bé, el causant també pot escollir una llei d'un estat la nacionalitat del qual confia adquirir en el moment de la mort, però que no posseeix en el moment de realitzar la disposició. Aquesta elecció anticipada, no obstant això, estarà implícitament subjecta a una condició suspensiva, és a dir, si en el moment de la mort ostenta aquesta nacionalitat, l'elecció és totalment vàlida, però si no la posseeix, serà nul·la i ineficax.

La llei elegida ha de ser una llei «d'un estat», sense poder escollir regles legals de caràcter religiós (dret canònic de l'Església catòlica, dret jueu, drets indígenes d'Amèrica del Sud o dret nobiliari). I, en el cas que l'estat sigui plurilegislatiu, les normes de conflictes interns de lleis seran les que determini la legislació regional o personal aplicable⁽²⁸⁾. En el nostre cas, seguirà aplicant l'art. 9.8 CC, fet que implicarà que quan una persona triï la seva llei nacional, també estarà optant per la llei del seu veïnatge civil.

El causant pot escollir una llei d'un estat la nacionalitat del qual confia adquirir en el moment de la mort, però que no posseeix en el moment de realitzar la disposició

En matèria de Dret interregional, el nou RSE aportarà novetats importants. Cal recordar que el Dret espanyol no té un sistema especial de resolució del conflictes interregionals, sinó que fa servir el sistema internacional, sense perjudici d'alguna especialitat. Per tant, aprovant-se i aplicant-se el sistema europeu, es desplaçarà la normativa espanyola, generant un canvi substancial en tot el sistema. En aquesta qüestió, el legislador europeu podria haver optat per dos sistemes diferents: el de l'ús d'una clàusula de remissió a un ordenament plurilegislatiu de manera directa o indirecta. La remissió directa suposa determinar de manera directa la legislació local que cal aplicar⁽²⁹⁾, mentre que la remissió indirecta és aquella que

determina l'ordenament estatal que cal aplicar, i seran les normes de conflicte internes (normes de Dret interregional) les que hauran de determinar quina és la norma específica aplicable.

Aquesta última ha estat l'alternativa per la qual s'ha decantat el legislador europeu a l'art. 36 RSE, en establir que:

En el cas que la llei designada per aquest Reglament fos la d'un estat que compregui diverses unitats territorials amb normes jurídiques pròpies en matèria de successions, les normes internes sobre conflicte de lleis d'aquest estat determinaran la unitat territorial corresponent les normes jurídiques de la qual regularan la successió.

I l'art. 38 RSE continua dient que:

Els estats membres que compreguin diverses unitats territorials amb normes jurídiques pròpies en matèria de successions no estaran obligats a aplicar aquest Reglament als conflictes de lleis que es plantegin exclusivament entre aquestes unitats territorials.

Conseqüència: l'aplicació de l'art. 9.8 CC, que seguirà regint per a les successions interregionals⁽³⁰⁾ en relació amb l'art. 14 CC, que regula el veïnatge civil. El gran problema es planteja per a totes les persones que, residint al nostre país, optin per la legislació espanyola, doncs, com a estrangers, estan mancats de veïnatge civil, però han elegit la normativa espa-

nyola. Cal assenyalar que la proposta del RSE equiparava la unitat territorial a un estat, de manera que si parlaves d'un alemany resident a Mallorca, la llei aplicable era la de les Illes Balears. Ara bé, atès que la nostra legislació està mancada d'una regulació específica per resoldre els conflictes interregionals, tenim un problema. Per poder fer front a algun d'aquests conflictes, l'art. 36 RSE continua dient en l'apartat segon:

A falta d'aquestes normes internes sobre conflicte de lleis: a) Qualsevol referència a la llei de l'estat a la qual fa referència l'apartat 1 s'entendrà, a efectes de determinar la llei aplicable de conformitat amb les disposicions relatives a la residència habitual del causant, com una referència a la llei de la unitat territorial en la qual aquest hagués tingut la residència habitual en el moment de la mort.

Aquest segon incís suposa l'ús d'una clàusula de remissió directa com a subsidiària de la indirecta analitzada anteriorment. El problema, com ja indica MAGALLÓN ELÓSEGUI⁽³¹⁾, és que aquest sistema només resulta operatiu quan la norma de conflicte contingui connexions que siguin capaces d'enllaçar directament el supòsit amb un dels ordenaments locals (per lloc de situació del bé, lloc de comissió del fet, la residència o el domicili). No ocorrerà el mateix quan el punt de connexió sigui la nacionalitat. Aquest és el cas espanyol, on aquesta clàusula de tancament no ens permetrà assenyalar la llei aplicable.





És per això que el RSE ha optat per establir una connexió subsidiària: aquella amb la qual el causant presenti els vincles més estrets amb la seva successió o que es consideri més vinculada al difunt⁽³²⁾. Tot això sense perjudici que, en el supòsit que existeixi un altre tipus de connexions, es podrà aplicar la llei del lloc on es trobi ubicat un bé.

A diferència de les propostes inicials, s'han tingut en compte els supòsits de doble nacionalitat del testador/causant⁽³³⁾. El legislador europeu ha previst positivament la possibilitat d'elecció de qualsevol de les nacionalitats que posseeixi com a opció, doncs hom és tan nacional d'un estat com d'un altre⁽³⁴⁾, encara que això suposi que es multipliquin les opcions. És per això que l'art. 22 RSE estableix que: «Una persona que posseeix diverses nacionalitats podrà escollir la llei de qualsevol dels estats dels quals tingui nacionalitat en el moment de realitzar l'elecció o en el moment de la mort». Per tant, encara que al titular de múltiples nacionalitats se li doni l'opció d'escollir dins d'un ventall de possibilitats, haurà de tenir en compte que, en qualsevol cas, s'haurà de respectar el principi d'unitat de la successió.

En el supòsit de l'apàtrida, en estar mancat de nacionalitat, no pot optar, no pot exercir la *professio iuris* i, per tant, la llei aplicable serà la de l'estat de la seva última residència habitual

En el supòsit de l'apàtrida, l'elecció no serà possible, doncs està mancat de nacionalitat i això és determinant per poder optar. Això implica que a la successió dels subjectes apàtrides se li aplicarà la llei de l'estat de la seva última residència habitual. En definitiva, ni tenen nacionalitat, ni tenen la possibilitat d'exercir la *professio iuris*.

Un altre punt interessant és determinar si és vàlida l'anomenada *elecció de llei esglonada i condicionada*. Així, un francès-espanyol podrà decidir que la llei aplicable a la successió sigui la francesa, nacionalitat que posseeix; ara bé, a més, podrà establir que si per algun motiu no pogués aplicar-se aquesta⁽³⁵⁾, podria dir que tria, en aquest cas, la llei espanyola, nacionalitat de la qual

també és titular, evitant així que s'apliqués la llei subsidiària determinada per la residència habitual del causant.

Un cop determinada la llei aplicable, la pregunta que sorgeix és: ¿a què s'aplica aquesta llei? L'art. 23 RSE estableix un àmbit ampli que comprèn pràcticament tots els aspectes de la successió. En aquest sentit, aplica a: i) les causes, el moment i el lloc d'obertura de la successió; ii) la determinació dels beneficiaris, de les parts alíquotes respectives i de les obligacions que pugui haver-los imposat el causant, així com la determinació d'altres drets successoris, inclosos els drets successoris del cònjuge o la parella supervivent; iii) la capacitat per a succeir; iv) el desheretament i la incapacitat de succeir per causa d'indignitat; v) la transmissió als hereus (i, si escau, als legataris) dels béns, drets i obligacions que integren l'herència, incloses les condicions i els efectes de l'acceptació o renúncia de l'herència o del llegat; vi) les facultats dels hereus, dels executors testamentaris i altres administradors de l'herència, en particular, a l'efecte de la venda dels béns i al pagament dels creditors, sense perjudici de les facultats contemplades a l'art. 29.2 i 29.3 RSE; vii) la responsabilitat pels deutes i les càrregues de l'herència; viii) la part de lliure disposició, les legítimes i la resta de restriccions a la llibertat de disposició *mortis causa*, així com les reclamacions que persones properes al causant poden tenir contra l'herència o els hereus; ix) l'obligació de reintegrar o computar les donacions o liberalitats, avançaments o llegats, per tal de determinar les quotes successòries dels diferents beneficiaris, i x) la partició de l'herència.

La llei aplicable ha de determinar qui són els beneficiaris en la successió. Això implica tenir en compte: a) que l'elecció de la llei mai podrà venir donada per ells: ni els hereus, ni altres familiars o tercers, i b) que al RSE s'empra la paraula *beneficiaris* en sentit ampli, compronent els hereus, legataris i legítimaris, i sense perjudici que, evidentment, la posició d'uns i altres segons la legislació aplicable no sigui la mateixa.

Una de les qüestions que més desconfiança ha generat respecte de la possibilitat d'elegir una llei perquè regeixi la successió és que, mitjançant aquesta, es puguin eludir les normes imperatives de

l'estat de la nacionalitat o residència habitual que estableixen reserves o legítimes que han d'anar a parar a certes persones. Aquest temor és fonamentat, tot i que no és menys cert que, en realitat, el que ocorre és que el causant podrà elegir entre la «llista de legítimaris»⁽³⁶⁾ prevista a la llei de la residència habitual o a la de la nacionalitat que posseeixi, podent-se donar el cas que la llei elegida no contempli l'existència de legítimaris⁽³⁷⁾. Encara més, al nostre Dret es trenca amb l'especial protecció que dispensàvem a aquests subjectes a través del que s'anomena *escissió funcional*, aplicant la llei elegida a tota la successió però exceptuant els legítimaris, als quals se'ls n'aplicaria una altra de diferent. I tot això sense que es pugui justificar que existeixi un problema d'ordre públic internacional pel fet que existeixin certes lleis que no preveuen la institució legítimària o equivalent.

2. Unitat de la successió

Com ja s'ha dit abans, el RSE opta per aplicar una única llei perquè regeixi tots els aspectes del fenomen successori d'una persona, amb independència de la naturalesa dels béns que integren l'herència i del lloc on es trobin, ja sigui un altre estat membre o un tercer estat⁽³⁸⁾. Per tant, s'està optant pel criteri de la unitat⁽³⁹⁾ i universalitat⁽⁴⁰⁾ de la llei aplicable a la successió⁽⁴¹⁾. Això té fonament en la seguretat jurídica de la qual vol dotar el legislador aquestes successions, atès que s'evita la fragmentació de la successió: es prohibeix qualsevol tipus de *dépeçage*. Amb això, s'aconsegueix una aplicació uniforme de la norma.

A sensu contrario, això implica que: a) no és vàlida l'«elecció parcial» de la llei aplicable. No es podrà, per exemple, escollir la llei nacional per als béns immobles de França, o per als llegats, però sense dir res més respecte de la resta dels béns hereditaris; b) de la mateixa manera, cada segment de l'herència no pot ser regulat per una llei nacional diferent, de manera que no seria vàlida l'elecció d'aplicar la llei nacional per a una cosa i la de la residència habitual, per a una altra part de l'herència.

No obstant això, cal recordar la universalitat del RSE recollida a l'art. 20⁽⁴²⁾, que determina que serà vàlida l'elecció quan sigui tant la llei d'un estat membre com la llei d'un tercer estat. Per tant, li serà



aplicable aquesta normativa tant a un no nacional de la UE establert aquí com, fins i tot, a un ciutadà europeu que hagi deixat béns en un tercer país.

És important recordar que la norma (i, per tant, la llei elegida) només s'aplicarà a les successions *mortis causa*. Això exclou, seguint el que disposa l'art. 1 RSE, les qüestions fiscals, duaneres i administratives. Això és molt important, especialment pel que fa a la tributació, on la llei nacional serà la que marcarà la modalitat de càlcul, el pagament dels tributs relacionats amb la successió a càrrec de l'herència o què ha de ser abonat pels beneficiaris. I, de pas, així s'evita que escollim una llei o una altra en funció de la fiscalitat.

També és important la qüestió relativa a la determinació de la nacionalitat d'una persona. El RSE exclou de manera clara aquesta qüestió, deixant la precisió de com es determina la pertinença a un estat o altre pels respectius països⁽⁴³⁾.

Així mateix, queden fora de l'àmbit d'aplicació de l'elecció de la llei, per estar fora de la regulació del propi RSE⁽⁴⁴⁾: a) l'estat civil de les persones físiques i les relacions familiars; b) la capacitat jurídica de les persones físiques; c) les qüestions relatives a la desaparició, absència o presumpció de mort d'una persona física; d) les qüestions relatives als règims econòmics matrimonials, així com els règim patrimonials de les relacions que tenen efectes semblants al matrimoni i les obligacions d'aliments diferents de les que tinguin causa en la mort; e) els béns, drets i accions creats o transmesos per títol diferent de la successió; f) les qüestions que es regeixin per la normativa aplicable a les societats, associacions i altres persones jurídiques, que especifiquen la sort de les participacions socials a la mort dels seus membres, així com les relatives a la dissolució, extinció i fusió de les mateixes; g) la creació, administració i dissolució de *trusts*, i h) la naturalesa dels drets reals, així com qualsevol inscripció dels mateixos sobre béns mobles o immobles en un Registre i els efectes d'aquella o de la seva omisió en aquest Registre.

Resumint: si tornem a l'elecció, recordem que es pot escollir entre la llei de la nacionalitat en el moment d'atorgament del testament o en el moment de la mort, doncs, en cas contrari, ja sabem

que s'aplicarà la de la residència habitual del causant. I també hem dit que està prohibit elegir diverses lleis per a una successió, en consonància amb el principi esmentat d'unitat i universalitat de la successió, inspirador del RSE, tal com estableix l'art. 23⁽⁴⁵⁾. Però, fent un pas més, en el supòsit que el causant tingui diverses nacionalitats, no pot elegir «lleis successòries» aplicables cumulativament. La successió, repeteixo, només podrà restar regulada per una única llei nacional, aconseguint senzillesa en l'aplicació i comprensió tant per al causant com per als Tribunals.

Es pot escollir entre la llei de la nacionalitat en el moment d'atorgament del testament o en el moment de la mort, doncs, en cas contrari, s'aplicarà la de la residència habitual del causant

La llei determinada serà la que hagi de regir des de l'obertura fins a la transmissió als hereus/legataris de la propietat dels béns, drets i accions que composin l'herència, incloent l'administració del cabal hereditari i la responsabilitat dels deutes i les càrregues d'aquesta. A manera d'exemple, l'art. 23 RSE ho determina.

Si bé això és així, s'estableixen algunes restriccions a aquest principi: serà així amb els pactes successoris (que analitzarem més endavant), la determinació dels drets legitimaris o anàlegs que puguin existir, en la successió de determinats béns [art. 30 RSE⁽⁴⁶⁾] o en l'aplicació a favor de la llei del lloc de situació dels béns immobles, recollida a l'art. 31 RSE⁽⁴⁷⁾. No els analitzaré tots específicament en aquest treball; ara bé, la seva aplicació i, per tant, la possible existència d'un fraccionament en la llei aplicable ens determinarà fins a quin punt el principi d'unitat no es veu esquarterat, encara que sigui parcialment, per la interacció d'aquestes excepcions.

Però, més enllà d'aquest supòsit, la disparitat de lleis és molt probable que existeixi en el dia a dia d'aquestes successions, especialment quan hi hagi manifestació de la voluntat successòria via testament

o pacte successori. Això succeirà perquè, d'una banda, tindrem la llei que determini la validesa del testament i, de l'altra, la que s'apliqui a la successió.

3. Forma de l'elecció

El tema de la forma de l'elecció és interessant per les qüestions que han de tractar-se:

- i) El consentiment del causant en el moment de l'elecció. Com tot acte que vincula qui el realitza, és necessari que el consentiment emès pel causant sigui vàlid. L'art. 22.3 RSE⁽⁴⁸⁾ i el Considerant 40 corroboren aquesta idea.
- ii) La capacitat del causant en el moment de l'elecció. La solució per a aquest punt és la mateixa que l'anterior. Així ho recullen els arts. 22.3 i 26.1.a) RSE.

En aquests dos primers casos, en els quals s'aplicarà la llei elegida d'acord amb l'art 22.3 esmentat⁽⁴⁹⁾, estem al davant del que el RSE anomena *validesa material de les disposicions mortis causa*, entenent com a tal, segons l'art. 26:

- La capacitat del disposador per realitzar la disposició *mortis causa*.
- Les causes específiques que impedeixin al disposador disposar a favor de determinades persones o que impedeixin a una persona rebre béns successoris d'aquell.
- L'admissibilitat de la representació a efectes de realitzar una disposició *mortis causa*.
- La interpretació de la disposició *mortis causa*.
- El frau, la coacció, l'error o qualsevol altra qüestió relativa al consentiment o a la voluntat del disposador.

- iii) La forma de l'elecció. L'art. 22.2 RSE estableix que: «L'elecció haurà de fer-se expressament en forma de disposició mortis causa o haurà de resultar dels termes d'una disposició d'aquest tipus».

Si bé en un primer moment i en la proposta es feia referència només al fet que «s'expressarà», fet que comportava la discussió coneguda sobre



si havia de fer-se'n menció expressa o tàcita, el canvi de l'art. 22.2 RSE ha estat molt important. Ara es contempla tant la designació expressa com la tàcita⁽⁵⁰⁾. Com veiem, la forma d'elecció és estricta, però no rígida. És a dir, que aquesta pot fer-se explícitament o resultar de les disposicions *mortis causa*. En definitiva, s'admeten les dues eleccions, però no la presumpta.

Respecte de la forma expressa, cal tenir en compte que, sempre que es compleixin els requisits formals d'una disposició testamentària, l'elecció és vàlida. Seria vàlid el testament que només digués «és la meua voluntat que la meua successió es regeixi d'acord amb la llei espanyola»? La resposta és positiva, si atenem a la *professio iuris*; ara bé, no és un testament, sinó un document notarial⁽⁵¹⁾.

La forma tàcita, d'altra banda, és aquella que es dona quan l'elecció de la llei deriva o resulta dels termes d'una disposició *mortis causa*, de manera clara, indubtable i inequívoca. Això pot produir-se: a) perquè se citi en el testament una institució que existeix en una legislació d'un país concret (com seria el supòsit del *trust*); b) en cas que existeixin elements diversos que portin a entendre quina és la llei a aplicar, com el Notari, la voluntat tàcita o l'idioma usat, entre d'altres, però tots junts,

mai per separat, doncs només un d'ells no serà prou per fer vàlida l'elecció⁽⁵²⁾.

Això pot fer que un testament sigui nul quan un subjecte té diverses nacionalitats i fa el testament sense la intervenció d'una autoritat pública. D'aquí la importància de la intervenció notarial, doncs, en cas de no fer-se, aquí tindrem un problema per indagar la veritable voluntat del testador, que no ha realitzat cap manifestació clara al respecte i, com comentàvem, en aplicar una llei o una altra pot portar a solucions radicalment oposades.

Un testament pot ser nul quan un subjecte que té diverses nacionalitats el fa sense la intervenció d'una autoritat pública. D'això la importància de la intervenció notarial

4. Crítiques o problemes derivats de la *professio iuris*

Un dels grans problemes que comporta aquesta facultat d'elecció establerta pel legislador europeu és que, amb ella, es permet al causant evadir les normes successòries que estableixen drets legítims o, fins i tot, reserves hereditàries. És a dir, a través de l'elecció d'una llei en concret,

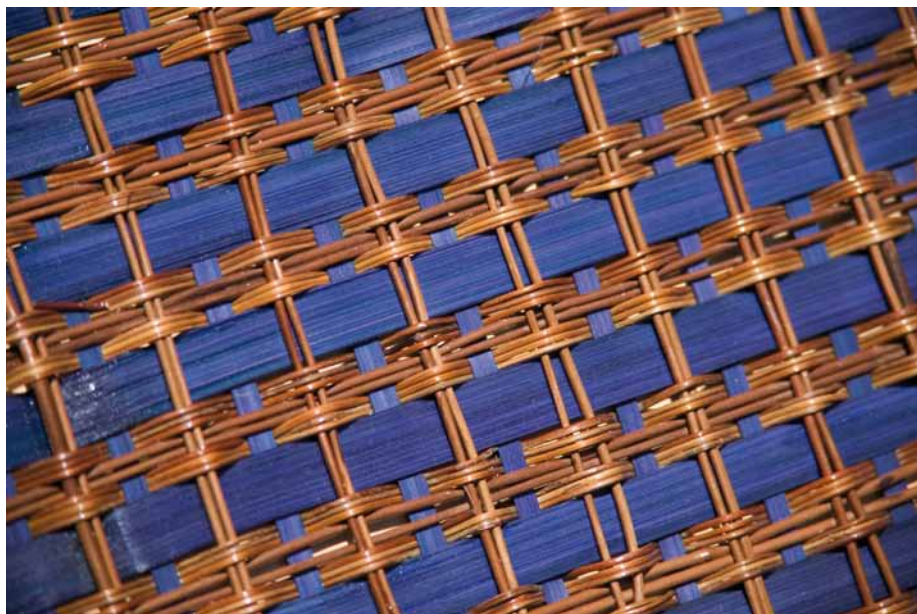
pot tenir plena disposició dels seus béns, arribant a vulnerar les normes imperatives de la llei aplicable (a falta d'elecció) i frustrar expectatives legítimes als possibles hereus. No hem d'oblidar que la llei successòria elegida és la que determinarà quin és el grau de llibertat dispositiva que té el causant i, si escau, quins límits té a l'hora de fer la disposició *mortis causa* o pacte successori pel que fa a l'ordenació de la successió.

Encara que això pot arribar a ser cert, la realitat és que el fet que la *professio iuris* es trobi restringida només a la llei nacional o de la residència habitual ha fet que el risc d'abús en l'elecció es redueixi considerablement, doncs no es podrà escollir una legislació que no estigui connectada amb el causant, de manera que els hereus forçosos del causant puguin, de forma més o menys certa, preveure les quotes hereditàries en relació amb aquestes dues legislacions.

En aquest sentit opina algun autor⁽⁵³⁾, doncs aquesta mesura és positiva en eliminar el canvi conscient a un país «de conveniència» perquè s'alteri la residència habitual en el moment de l'atorgament del testament i després tornar al país d'origen, congelant la llei aplicable a la successió. I, de la mateixa manera, s'eviten residències *de facto*, fiscals o la que regeixi el règim econòmic matrimonial.

En un altre ordre de qüestions, cal cridar l'atenció sobre la possibilitat que la llei aplicable a la successió sigui diferent de la prevista per a l'estatut econòmic matrimonial. A causa de la mobilitat de les persones, juntament amb l'existència cada vegada més freqüent de parelles de països o regions diferents, existeix el perill que el cònjuge supervivent percebi més o menys del que qualsevol de les normatives li pogués concedir. Si bé la normativa sobre matrimoni i els seus efectes està exclosa de la regulació del RSE, algun autor proposa⁽⁵⁴⁾ que el testador esculli com a llei de la successió la mateixa que regeix els efectes patrimonials del matrimoni.

Quelcom de semblant pot succeir amb els hereus necessaris. Si bé (art. 9.8 CC) es protegeixen en certa manera els drets successoris d'aquests subjectes, la *professio iuris* no exclou per complet el risc que els





successors necessaris rebin menys del que els atribuiria la normativa competent a falta d'elecció. En qualsevol cas, em remeto al que s'ha tractat ja al respecte.

Finalment, i atès l'ús freqüent que se'n fa en el dia a dia del món anglosaxó, aquest RSE no és d'aplicació a les qüestions relatives als *trusts* (creació, administració i dissolució). Aquesta exclusió no implica que no reconegui aquesta figura (que sí ho fa), sinó que si s'ha creat un *trust* per testament o per llei en relació amb la successió intestada, la llei aplicable a la successió determinada d'acord amb el RSE regularà la cessió dels béns i la determinació dels beneficiaris. En relació amb aquesta solució, tots els béns, drets i accions creats o transmesos per mitjà diferent de la successió (per exemple, per donació) també resten fora de l'àmbit. Ha de ser la llei aplicable a la successió (a conseqüència de les disposicions del RSE) la que determini si les liberalitats o qualsevol altra disposició *inter vivos* que afecti a l'adquisició d'un dret real abans de la mort han de ser reintegrades o tenir-se en compte als efectes del càlcul de les quotes hereditàries.

III. PACTES SUCCESSORIS⁽⁵⁵⁾

L'art. 25.1 RSE és el que regula els pactes successoris, en dir que:

1. Un pacte successori relatiu a la successió d'una sola persona es regirà, pel que fa a la seva admissibilitat, validesa material i efectes vinculants entre les parts, incloses les condicions per a la resolució, per la llei que, en virtut del present Reglament, fos aplicable a la successió si aquella hagués mort en la data de conclusió del pacte.

2. Un pacte successori relatiu a la successió de diverses persones únicament serà admissible en cas que ho sigui d'acord amb la llei que, de conformitat amb aquest Reglament, hagués estat aplicable a la successió de cadascuna si haguessin mort en la data de conclusió del pacte. Un pacte successori que sigui admissible en virtut del paràgraf primer es regirà, pel que fa a la validesa material i els efectes vinculants entre les parts, incloses les condicions per a la resolució, per aquella de les lleis referides en el paràgraf esmentat amb la qual presenti una vinculació més estreta.

3. No obstant el que es disposa als apartats 1 i 2, les parts podran elegir com a llei aplicable al pacte successori, pel que fa a l'admissibilitat, validesa material i efectes vinculants entre les parts, incloses les condicions per a la resolució, la llei que hauria pogut triar la persona o una de les persones de la successió de les quals es tracti d'acord amb l'article 22 en les condicions que aquest estableix.

Els pactes successoris són una espècie de disposició *mortis causa* que no està reconeguda en tots els estats membres. És per això que el RSE determina quina serà la llei aplicable als pactes, l'admissibilitat, validesa material, efectes vinculants entre les parts i condicions de resolució, per facilitar-ne l'adquisició per part dels afectats

Els pactes successoris són una espècie de disposició *mortis causa* que no està reconeguda en tots els estats membres. És per això que el RSE determina quina serà la llei aplicable als pactes, l'admissibilitat, validesa material, efectes vinculants entre les parts i condicions de resolució, per facilitar-ne l'adquisició per part dels afectats.

Com també succeeix en la llei del testament, que «eludeix» la llei elegida pel que fa a l'admissibilitat i validesa material de la disposició, la llei del pacte successori sostreu de la llei successòria aquests dos conceptes, juntament amb els efectes vinculants entre les parts, incloses les condicions de resolució.

Quan parlem d'*admissibilitat*, es referirà únicament a si es pot atorgar un tipus de pacte successori (i també, per extensió, de testament o disposició *mortis causa*). Ara bé, cal tenir present que els pactes successoris solen ser molt específics i regulats minuciosament per la llei dintre d'uns límits específics.

Pel que fa a la validesa material i en relació amb el que comentàvem quan parlàvem de l'art. 26 RSE, aquest és totalment aplicable.

I, finalment, respecte dels efectes vinculants de les parts, es restringeixen justament a aquests mateixos únicament, deixant de banda a terceres persones que puguin veure's beneficiades pel pacte o als propis hereus forçosos que es puguin veure perjudicats, cas en el qual recordem el que hem comentat anteriorment en aquest sentit.

Sigui com sigui, no hem de perdre de vista el fet que aquest article trenca amb el principi d'unitat de la successió que es preveu al conjunt del RSE. I és així perquè permet que existeixin dues lleis a aplicar: una en el moment de la constitució de pacte successori i una altra aplicable a la successió. Per això, ens podem trobar: a) que el pacte successori es regeixi per la llei de la residència habitual del disposador en el moment de concloure l'acord; b) que a la successió se li apliqui una altra llei (per exemple, la llei de la nacionalitat/residència habitual en el moment de la mort).

IV. FORMA: L'ELECCIÓ HA DE REALITZAR-SE EN TESTAMENT O DISPOSICIÓ *MORTIS CAUSA*⁽⁵⁶⁾

La importància de la successió determina que el legislador hagi volgut subjectar l'elecció de la llei aplicable a unes exigències formals. Així, l'art. 22.2 RSE estableix que: «L'elecció haurà de fer-se expressament en forma de disposició *mortis causa* o haurà de resultar dels termes d'una disposició d'aquest tipus⁽⁵⁷⁾».

Aquí cal analitzar dos punts: en primer lloc, quines disposicions són vàlides? I, per tant, quins testament i com els notaris hem d'autoritzar i redactar un testament/disposició *mortis causa* perquè no hi hagi problemes de validesa del mateix?

Sense perjudici del que ja hem vist en matèria de tipus de clàusules vàlides perquè l'elecció sigui vàlida, el testament o la disposició *mortis causa* han de tenir validesa formal. L'art. 27 RSE determina que la disposició realitzada per escrit serà vàlida sempre que respongui a la llei de l'estat en el qual es va realitzar la disposició o es va celebrar el pacte successori; o la llei de l'estat la nacionalitat del qual tingués el testador, o almenys una de les persones la successió de les quals sigui objecte d'un pacte successori, bé en el moment en què es va realitzar la disposició o es va celebrar



l'acte, bé en el moment de la mort; o la de l'estat en el qual el testador, o almenys una de les persones la successió de les quals sigui objecte d'un pacte successori, tinguiés el domicili, bé en el moment en què es va realitzar la disposició o es va celebrar el pacte, bé en el moment de la mort; o la de l'estat en el qual el testador, o almenys una de les persones la successió de les quals sigui objecte d'un pacte successori, tinguiés la residència habitual, bé en el moment en què es va realitzar la disposició o es va celebrar el pacte, bé en el moment de la mort, o, respecte dels béns immobles, la de l'estat en el qual es trobin.

Això també serà aplicable en el supòsit de revocació o modificació de la disposició *mortis causa*.

V. REVOCACIÓ O MODIFICACIÓ DE LES DISPOSICIONS *MORTIS CAUSA*

Tota disposició *mortis causa* pot ser revocada o modificada. En aquest cas, l'art. 22.4 RSE estableix que qualsevol modificació o revocació de l'elecció de la llei haurà de complir els requisits formals aplicables a la modificació o revocació de les disposicions *mortis causa*.

Malgrat que existeixin fets externs que puguin donar lloc a la ineficàcia o anul·lació d'un testament, aquests no afecten la validesa o revocació de l'elecció de la llei de la successió, sinó que només alteren la validesa del testament

Això implica que qualsevol modificació o revocació haurà de complir els requisits formals previstos al RSE. No obstant això, la validesa del consentiment donat en revocar o modificar l'elecció restarà subjecta a la llei elegida en un primer lloc⁽⁵⁸⁾.

La revocació podrà ser expressa o tàcita, tal com es pot escollir la llei, de manera que la labor investigadora, en aquest últim cas, serà precisa de nou.

Finalment, malgrat que existeixin fets externs que poden donar lloc a la ineficàcia o anul·lació d'un testament (com, per

exemple, un nou matrimoni o el divorci), aquests no afecten la validesa o revocació de l'elecció de la llei de la successió, sinó que només alteren la validesa del testament. Per tant, la successió estarà subjecta a la llei elegida malgrat aquestes situacions.

BIBLIOGRAFIA

CALÒ, E., «El Proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre ley aplicable a las sucesiones: Lo que no se ha dicho. Reflexiones sobre el Derecho italiano», a *Indret*, núm. 3/2010. <<http://www.indret.com>>

CALVO VIDAL, I. A., «El Derecho de Sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones», a *Noticias de la Unión Europea*, núm. 328, maig 2012, pàg. 97-107.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014.

DEUTSCHES NOTARINSTITUT, *Les successions internationales dans l'UE. Perspectives pour une harmonisation*, Ed. DNotI, Würzburg, 2004.

ESPIÑEIRA SOTO, I., «Reflexionando sobre el Reglamento de Sucesiones», 2012. <<http://notariosyregistradores.com>>

— «La ley rectora de la admisibilidad y validez de las disposiciones *mortis causa*. Incidencia de la *professio iuris*», 2012. <<http://notariosyregistradores.com>>

FONT I MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

FONTANELLAS MORELL, J. M., «La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria», a *Dereito*, vol. 20, núm. 2, 2011, pàg. 83-129.

FUGARDO ESTIVILL, J. M., «En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo», a *Colección Notariado Hoy*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GARCÍA CUETO, E., «Algunos apuntes sobre la Propuesta de Reglamento Europeo de Sucesiones y sobre el certificado

sucesorio europeo», a *La Notaria*, núm. 4/2011-1/2012, pàg. 127-138.

HEREDIA CERVANTES, I., «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», a *Diario La Ley*, núm. 7933, 2012.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales», a *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, octubre 2013, pàg. 350-370.

MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., «El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: El caso español», 2013. <<http://www.forulege.com>>

PRATS ALBENTOSA, L., «Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y creación del certificado sucesorio europeo», a *Diario La Ley*, núm. 7929, 2012.

RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», a *Indret*, núm. 1/2013. <<http://www.indret.com>>

RUBIO TORRANO, E., «Reglamento Europeo de Sucesiones», a *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 1, abril 2013, pàg. 17-20.

SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Aproximación al Reglamento europeo de sucesiones y de creación del certificado sucesorio europeo», a *Iuris*, núm. 175, setembre 2012, pàg. 18-22.

(1) Reglament (UE) núm. 650/2012, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu.

Aquest Reglament està en vigor des del dia 16 d'agost de 2012, si bé la regulació principal serà aplicable a partir del 17 d'agost de 2015. No obstant això, els arts. 77 i 78 són d'aplicació des del dia 16 de gener de 2014, i els arts. 79, 80 i 81, a partir del dia 5 de juliol de 2013.

La normativa no serà d'aplicació al Regne Unit, Irlanda ni Dinamarca. Sense perjudici d'això, i segons el que es preveu al Protocol 21 i 22 sobre la posició d'aquests països en relació amb l'espai de llibertat, seguretat i justícia, els dos



primers (el Regne Unit i Irlanda) podran notificar la seva intenció d'acceptar el Reglament després de l'adopció, d'acord amb el que es preveu a l'art. 4 del Protocol 21.

- (2) D'acord amb el que es disposa a l'art. 81.2.c) del Tractat de funcionament de la UE.
- (3) Entre els que trobem la mediació i l'arbitratge.
- (4) Com apunta RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, pàg. 7, existeixen autors que han posat en dubte que la UE tingués competència per regular les successions transfrontereres, fent ús, a conseqüència d'això, de la reconeguda a l'art. 65 del Tractat de la Unió Europea per adoptar aquest Reglament.
- (5) Com a exemple, al llarg de l'última dècada se n'han aprovat i publicat uns quants, entre els quals destaco: reglament 44/2001, del Consell, de 22 de desembre de 2000, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil; Reglament (CE) 2201/2003, del Consell, de 27 de novembre de 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, pel qual es deroga el Reglament (CE) núm. 1347/2000; Reglament Roma III [Reglament (UE) 1259/2010, del Consell, de 20 de desembre de 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i la separació judicial], o el Reglament Roma I [Reglament (UE) núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, entre d'altres].
- (6) El RSE ve precedit del Pla d'acció de Viena de 1998, el programa de mesures adoptat el 30 de novembre de 2000, al si de la Comissió i del Consell, en aplicació del principi de reconeixement mutu de les resolucions judicials en matèria civil i mercantil; el «Programa de la Haia: consolidació de la llibertat, la seguretat i la justícia a la Unió Europea», del Consell Europeu, reunit a Brussel·les els dies 4 i 5 de novembre de 2004, i el «Programa d'Estocolm: una Europa oberta i segura que serveix i protegeix el ciutadà», del Consell Europeu, reunit a Brussel·les els dies 10 i 11 de desembre de 2009, específicament. Cal recordar que el RSE s'aplica a totes les successions per causa de mort que s'obrin després del 17 d'agost

de 2015 (art. 83). Ara bé, les disposicions transitòries ja permeten l'elecció de la llei aplicable i l'atorgament de disposicions mortis causa abans de l'entrada en vigor d'aquest Reglament, sempre que compleixi certs requisits.

- (7) En aquest sentit es pronuncien els considerants 1, 2 i 7 RSE.
- (8) Cal recordar que el RSE utilitza la paraula *tribunal* per referir-se (art. 3.2) a tot òrgan judicial, així com a la resta d'autoritats i professionals del Dret, amb competències en matèria de successions que exerceixin funcions jurisdiccionals o que actuïn per delegació de poders d'un òrgan judicial o sota el seu control, sempre que aquestes autoritats o professionals garanteixin que actuaran amb imparcialitat. Entre aquestes, es troben els notaris.
- (9) *Notariat* entès com l'integrant del que coneixem com *Notariat llatí*, format per més de quaranta mil professionals membres de la UE i agrupats al Consell General del Notariat (CNUE). A ningú se li escapa que el Notariat llatí té unes característiques (independència, capacitat jurídica i imparcialitat, entre d'altres) que doten d'efectes especials l'escriptura pública o el document que autoritza, en particular, pel que fa a l'àmbit probatori i executiu. Per tant, els documents autoritzats per uns i altres no poden comparar-se, doncs no es pot parlar de documents equivalents.
- (10) De manera exemplificativa, CALVO VIDAL, pàg. 105, vincula el Notariat amb l'expedició del certificat successori europeu, així com, en l'àmbit de la competència, amb les declaracions d'hereus ab intestato.
- (11) Criteri seguit pel Conveni de la Haia, d'1 d'agost de 1989, sobre llei aplicable a les successions per causa de mort, antecedent de la normativa que estem estudiant en aquest treball.
- (12) Alemanya, Espanya (art. 9.8 CC) i Itàlia, entre d'altres.
- (13) Com, per exemple, Dinamarca o els Països Baixos.
- (14) La unitat de la successió facilita la planificació de la pròpia successió, doncs es podrà preveure l'aplicació d'un mateix sistema successori per a la totalitat dels béns i subjectes implicats en l'herència. Aquest avantatge no es produeix amb el fraccionament successori.
- (15) El mateix article continua establint a l'apartat segon: «*Si, de manera excepcional, resultés clarament de totes les circumstàncies del cas que, en el moment de la*

mort, el causant mantenia un vincle manifestament més estret amb un estat diferent de l'estat la llei del qual fos aplicable d'acord amb l'apartat 1, la llei aplicable a la successió serà la d'aquest altre estat».

- (16) Cal apuntar la dificultat que suposa establir en certs casos què és la residència habitual d'una persona, especialment respecte a tots aquells subjectes que estan canviant de lloc de treball freqüentment o han tingut diversos domicilis al llarg de la seva vida. Així mateix, els conceptes *domicili* i *residència habitual* no són totalment sinònims, amb la qual cosa hi ha alguna implicació a nivell lèxic que també podria influir a l'hora de valorar les figures en un estat o altre.
- (17) L'origen de la *professio iuris* es troba a l'Edat Mitjana, on les professions iuris eren manifestacions per les quals els que intervenien en qualsevol negoci jurídic declaraven quina era la llei aplicable, és a dir, el Dret al qual subjectaven el negoci en concret. Després d'un període sense ús d'aquesta terminologia, es va recuperar la institució en seu del Dret Internacional Privat en parlar de l'elecció que se li donava al testador per escollir la llei aplicable a la seva successió, especialment reconeguda en el marc del Conveni de la Haia de 1989 (art. 5), sobre llei aplicable a les successions per causa de mort. Aquesta idea torna a plasmar-se actualment al Reglament (UE) núm. 650/2012, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu. En relació amb l'origen de la institució i per a una primera aproximació als estudis previs al RSE, vegeu FONTANELLAS MORELL.
- (18) Postura mantinguda per la Unió del Notariado Latino des de l'any 1967, en sessió a Niça, i 1987, al Caire, i per l'art. 5 del Conveni de la Haia de 1989, sobre llei aplicable a les successions per causa de mort: «Qualsevol persona podrà designar la llei d'un estat determinat perquè regeixi la totalitat de la successió. La designació només tindrà efecte si, en el moment de produir-se o en el de la mort, aquesta persona fos nacional d'aquell estat o hi tingués la residència habitual».
- (19) FONTANELLAS MORELL, pàg. 86, nota 19, en relació amb la importància de la jurisprudència d'interessos per tal d'en-



tendre el perquè de l'elecció de la llei. I és que, com resumeix l'autor, l'interès que existeixi un cert tràfic jurídic de béns determina també que el disposador pugui concretar la normativa a la qual se senti més proper, essent per regla general la del lloc on aquests radiquin, la de la nacionalitat o la del domicili del testador.

- (20) A diferència del que ocorre amb l'elecció de la llei aplicable a les relacions contractuals, en la successió, les lleis a elecció estan taxades prèviament, doncs només es permet l'alternativitat entre aquelles amb les quals es manté una relació més estreta. En aquest sentit, són només tres les que tenen aquesta proximitat: la llei de la nacionalitat del testador, la del domicili/residència habitual i la llei del lloc on es troben els béns immobles hereditaris.
- (21) La determinació de la llei nacional del causant és un tema previ a la successió i ha d'analitzar-se fora de l'àmbit del RSE. Està subjecta, per tant, a la legislació nacional de cada país i, si escau, a l'existència de convenis internacionals aplicables.
- (22) S'opta pel que es coneix com *professio stricta* (davant de la *professio amplia* o *professio favor fori*). En aquest sentit, trobem la legislació suïssa (arts. 90 i 91 de la Llei suïssa de Dret Internacional Privat de 1987, que estableix, a l'art. 90: «1. La successió d'una persona que hagi tingut l'últim domicili a Suïssa es regeix pel Dret suís. 2. No obstant això, un estranger podrà sotmetre la seva successió, per testament o pacte successori, al Dret d'un dels seus estats nacionals...»); la legislació italiana (art. 46 de la Llei italiana de Dret Internacional Privat, de 31 de maig de 1995, que estableix: «1. La successió per causa de mort es regularà per la llei nacional del subjecte de l'herència del qual es tracti en el moment de la mort. 2. El subjecte de l'herència del qual es tracti podrà sotmetre, amb declaració expressa en forma testamentària, tota la successió a la llei de l'estat en què resideixi»), i, en el mateix sentit, les legislacions holandesa, belga, búlgara i estoniana.
- La *professio amplia* és la que permet triar entre llei nacional, llei del domicili/residència habitual i lloc de situació dels béns immobles. Trobem aquesta opció al Quebec, on l'art. 3098 del seu Codi Civil, redactat d'acord amb la Llei de 18 de desembre de 1991, estableix: «Les successions que comprenguin béns mobles es regeixen per la llei de l'últim

domicili del difunt; les que comprenguin béns immobles es regeixen per la llei del lloc on es trobin. No obstant això, una persona podrà designar per testament la llei aplicable a la seva successió, amb la condició que aquesta llei sigui la de l'estat de la seva nacionalitat, o del seu domicili, en el moment de la designació o de la mort o bé la de situació d'un immoble que posseeixi, però només pel que fa a aquest immoble».

La *professio favor fori* és la que contempla el Dret aplicable a Nova York, que permet que a la successió dels béns mobles existents a l'estat de Nova York li sigui aplicable, en comptes de la llei del domicili del causant, la llei de fòrum.

- (23) La necessitat que s'apliqui a la totalitat de la successió va ser posada de manifest i reclamada per les posicions italiana, holandesa, belga i búlgara, sistema que ja s'utilitza en totes aquestes legislacions i on existeix un tractament unitari de la successió.
- (24) Això no és obstacle per als creditors, que podran adoptar mesures addicionals d'acord amb el seu Dret nacional per tal de salvaguardar els seus drets (Considerant 45).
- (25) L'elecció, a més, elimina els problemes d'aplicació del criteri de la residència habitual en supòsits difícils.
- (26) Com ja he avançat abans, la residència habitual de vegades és difícil de determinar, doncs es tindran en compte diverses qüestions, com els anys precedents a la mort d'una persona, les condicions de la residència (professionals, residències temporals, etc.) o en relació amb l'existència d'un o diversos béns titularitat del causant. Tot això implica que sigui complicat establir el vincle més estret en determinades situacions.
- (27) És a dir, que amb aquest estat aplicable es tenen els vincles més estrets, fet que acostuma a implicar una reducció de costos conflictuals.
- (28) Art. 36 RSE: «1. En el cas que la llei designada per aquest Reglament fos la d'un estat que comprenguin diverses unitats territorials amb normes jurídiques pròpies en matèria de successions, les normes internes sobre conflicte de lleis d'aquest estat determinaran la unitat territorial corresponent les normes jurídiques de la qual regularan la successió».
- L'apartat següent fa referència a la solució en cas que no existeixin aquestes normes internes sobre conflicte de lleis. Art. 37 RSE: «Tota referència a la llei d'un estat que tingui dos o més sistemes jurídics

o conjunts de normes aplicables a diferents categories de persones en matèria de successions s'entendrà com una referència al sistema jurídic o al conjunt de normes determinat per les normes vigents en aquest estat. A falta d'aquestes normes, s'aplicarà el sistema jurídic o el conjunt de normes amb el qual el causant hagués tingut una vinculació més estreta».

- (29) En aquest sentit, el Conveni de Roma de 1980, Roma I (art. 19), i Roma II (art. 25).
- (30) En aquest sentit, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, pàg. 8.
- (31) MAGALLÓN ELÓSEGUI, pàg. 5.
- (32) «b) Qualsevol referència a la llei de l'estat a la qual fa referència l'apartat 1 s'entendrà, a efectes de determinar la legislació aplicable de conformitat amb les disposicions relatives a la nacionalitat del causant, com una referència a la llei de la unitat territorial amb la qual el causant hagués tingut una vinculació més estreta».
- (33) En aquest sentit, cal tenir en compte el Conveni del Consell d'Europa sobre reducció dels casos de pluralitat de nacionalitats i sobre les obligacions militars en cas de pluralitat de nacionalitats, fet a Estrasburg el 6 de maig de 1963.
- (34) Poc importa que tingui una nacionalitat efectiva o més utilitzada, o la que es va adquirir primer, doncs tot subjecte amb més d'una nacionalitat té el dret d'invocar-ne qualsevol. Amb això, evitem determinar quina és la nacionalitat efectiva i els problemes de *forum shopping* relacionats amb l'existència de triar entre diverses lleis.
- (35) Per exemple, si es produís una excepció d'ordre públic internacional.
- (36) Així ens ho explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, pàg. 131.
- (37) Ocorreria en el cas d'elegir, per exemple, la llei anglesa en detriment d'una llei que contempli la figura de les legítimes, com en el cas del Dret espanyol.
- (38) En aquest sentit, el Considerant 57: «Les normes en matèria de conflicte de lleis establertes en el present Reglament poden portar a l'aplicació de la llei d'un tercer estat. En aquests cas, s'han de prendre en consideració les normes de Dret Internacional Privat d'aquest estat. Si aquestes normes disposen el reenviament a la llei d'un estat membre o a la llei d'un tercer estat, que aplicaria la seva llei a la successió, aquest reenviament s'ha d'acceptar per tal de garantir la coherència internacional. No obstant això, s'ha d'excloure el reenviament en els casos en què el causant hagi fet l'elecció de la llei a favor de la llei d'un tercer estat».



- (39) Com també ocorre al Conveni de la Haia de 1989, de successions per causa de mort.
- (40) Posseeix caràcter *erga omnes*, com ocorre amb els reglaments Roma I, Roma II i Roma III.
- (41) Com ja vaig comentar anteriorment, és el criteri pel que s'opta a Espanya, com ja va establir el Tribunal Suprem en sentències de la Sala 1a de 15 de novembre de 1996, de 21 de març de 1999 i de 23 de setembre de 2002.
- (42) Art. 20 RSE: «La llei designada per aquest Reglament s'aplicarà encara que no sigui la d'un estat membre».
- (43) Tenint en compte sempre el ple respecte al Dret de la UE i als seus principis generals.
- (44) Art. 1.2 RSE.
- (45) Art. 23.1 RSE: «La llei determinada en virtut dels articles 21 o 22 regirà la totalitat de la successió».
- (46) Art. 30 RSE: «Quan la llei de l'estat on estiguin situats determinats béns immobles, empreses o altres categories especials de béns contingui disposicions especials que, per raons de tipus econòmic, familiar o social, afectin o imposin restriccions a la successió d'aquests béns, s'aplicaran a la successió les disposicions especials esmentades en la mesura en què, en virtut del Dret de l'estat en qüestió, siguin aplicables amb independència de la llei que regeixi la successió».
- (47) Art. 31 RSE: «Quan una persona invoqui un dret real que li correspongui en virtut de la llei aplicable a la successió i el Dret de l'estat membre en el qual l'invoqui no conegui aquest dret real en qüestió, aquest haurà, en cas necessari i fins on sigui possible, de ser adaptat al dret real equivalent més proper del Dret d'aquest estat, tenint en compte els objectius i interessos que aquell dret real persegueixi i els efectes inherents al mateix».
- (48) Art. 22.3 RSE: «La validesa material de l'acte pel qual s'hagi fet l'elecció de la llei es regirà per la llei elegida».
- (49) L'art. 24 RSE estableix, respecte de les disposicions mortis causa diferents dels pactes successoris, que: «1. Les disposicions mortis causa diferents dels pactes successoris es regiran, pel que fa a l'admissibilitat i la validesa material, per la llei que, en virtut d'aquest Reglament, hauria estat aplicable a la successió del causant si hagués mort en la data de la disposició. No obstant el que es disposa a l'apartat 1, el disposador podrà escollir com a llei que regeixi l'admissibilitat i validesa material de la seva disposició mortis causa aquella que li permet elegir l'article 22, en les condicions que aquest article estableix». I també: «3. L'apartat 1 serà aplicable, segons procedeixi, a la modificació o revocació de les disposicions mortis causa diferents dels pactes successoris. En cas d'elecció de la llei d'acord amb l'apartat 2, la modificació o revocació es regirà per la llei elegida».
- (50) En aquest sentit, DEUTSCHES NOTARINSTITUT, pàg. 83 (francès) i pàg. 246 (alemany).
- (51) Així ho explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, pàg. 132.
- (52) CARRASCOSA GONZÁLEZ, pàg. 133, fins i tot menciona que el simple fet de citar una institució legal existent al país del qual es tingui la nacionalitat de vegades només sembla aplicable a una institució concreta, però no necessàriament implica que vulgui que la llei aplicable a tota la successió sigui aquesta de manera tàcita.
- (53) Així, CARRASCOSA GONZÁLEZ, pàg. 134.
- (54) FONTANELLAS MORELL, pàg. 88, nota 1.
- (55) Es defineix, segons l'art. 3.1.b) RSE: «Pacte successori: tot acord, inclòs el resultant de testaments recíprocs, pel qual es confereixin, modifiquin o revoquin, amb o sense contraprestació, drets relatius a la successió o les successions futures d'una o més persones que siguin parts en aquest acord».
- (56) L'art. 3.1.d) RSE estableix: «Disposició mortis causa: un testament, un testament mancomanat o pacte successori».
- (57) L'art. 5.2.1 del Conveni de la Haia de 1989 estableix que: «La designació esmentada s'expressarà en una declaració que compleixi els requisits formals de les disposicions per causa de mort».
- (58) Així, el Considerant 40.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem

Datades des de març fins a juliol de 2014

Redacció Wolters Kluwer

ADOPCIÓ INTERNACIONAL

Valoració de la idoneïtat dels sol·licitants d'adopció en el cas que hagi transcorregut el període de validesa d'una declaració d'idoneïtat anterior

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 138/2014, de 24 de març (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 35887/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda i van revocar la resolució administrativa que va declarar la falta d'idoneïtat dels demandants per a l'adopció d'un menor. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per l'Administració autonòmica que va dictar la resolució.

Valoració de la idoneïtat dels sol·licitants d'adopció en el cas que hagi transcorregut el període de validesa d'una declaració d'idoneïtat anterior. La nova valoració ha de ser completa i no limitar-se a constatar si han existit modificacions substancials respecte de la primera en la situació personal i familiar dels sol·licitants. Però aquesta nova valoració no pot ser contradictòria amb l'anterior, per la qual cosa si ara s'aprecia que estan mancats d'aquesta idoneïtat, haurà de donar-se una explicació raonable que pugui derivar de: o bé que, seguint uns criteris de valoració homogenis als emprats per a la primera valoració, hi ha circumstàncies rellevants que han canviat i ponderades posen en evidència la no idoneïtat; o bé que no és possible utilitzar els criteris emprats en la primera valoració perquè s'ha posat de manifest que eren insuficients, i de conformitat amb els ara emprats, els sol·licitants no són idonis.

ACCIÓ CANVIÀRIA

Estimació de la demanda d'oposició per concórrer falta de legitimació passiva de l'executat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 101/2014, d'11 de març (Ponent: Sebastián Sastre i Papiol) LA LEY 17637/2014

ITER PROCESSAL: Estimant el recurs d'apel·lació, l'AP Barcelona va revocar la sentència dictada en primera instància i va acordar estimar la demanda d'oposició a l'acció canviària exercitada. Declara el Tribunal Suprem que no procedeix el recurs de cassació interposat per l'entitat executant.

Pagaré. Encara que no constés a l'antesignatura, va signar els pagarés reclamats en nom de l'entitat que administrava i no en nom propi. Va ser aquesta la que va encarregar a l'executant la realització d'unes obres. Els títols es van emetre en pagament de les obres. L'entitat representada per l'executat era l'obligada a pagar l'obra encarregada. No poden al·legar-se en cassació fets no declarats provats en la instància. Va ser aquesta entitat la que va remetre els pagarés a la constructora com a pagament de l'obra. Va subscriure la relació causal subjacent a través del seu representant, l'ara executat. I encara que no consti el lliurament del pagaré en nom aliè, va ser consentit per la creditora.

ARRENDAMENT D'OBRA

L'acció directa del subcontractista no opera després de la notificació a l'ajuntament, propietari de l'obra, de la cessió del crèdit del contractista a un tercer



Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 215/2014, de 30 d'abril (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 62637/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció directa de l'art. 1597 CC formulada pel subcontractista contra l'ajuntament propietari de l'obra. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats pel demandant.

Contracte concertat sota la vigència de la Llei 30/2007, de contractes del sector públic. Acció directa del subcontractista davant de l'Ajuntament propietari de l'obra. Desestimació. D'acord amb a l'art. 201.4 de la Llei esmentada, després de la notificació al propietari de l'obra de la cessió del crèdit realitzada pel contractista a favor d'un tercer, ja no opera l'acció directa del subcontractista.

Efectes de la novació de l'obligació principal sobre l'aval constituït en garantia de la mateixa

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 77/2014, de 3 de març (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 17638/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció de reclamació de quantitat formulada pel propietari de l'obra contra l'avalador del constructor. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per l'avalador i redueix la quantia de la condemna.

Aval a primer requeriment constituït en garantia de les obligacions del constructor. Novació del contracte ampliant el termini de lliurament de l'obra i la quantia de la sanció per retard. No extingeix la fiança perquè no perjudica la via de tornada del fiador contra el deutor. No obstant això, aquell només respondrà en els termes inicialment pactats.

ARRENDAMENT DE SERVEIS

Exoneració de l'administrador de l'empresa condemnada a reparar els danys causats per un assessorament fiscal defectuós

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 251/2014, de 30 de maig (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 79810/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de reclamació d'indemnització per la prestació defectuosa d'un servei d'assessorament fiscal. L'AP València va revocar en part la sentència del Jutjat i va absoldre l'administrador de la societat prestadora del servei. El Tribunal Suprem confirma aquest pronunciament.

Danys ocasionats a conseqüència d'una prestació defectuosa d'un servei d'assessorament fiscal. La distinció que fa la jurisprudència més recent entre responsabilitat contractual i extracontractual, i l'àmbit específic a què es redueix l'aplicació de la teoria de la unitat de la culpa civil, no justifica que s'estengui la responsabilitat de la societat derivada de la prestació defectuosa del servei contractat a l'administrador i soci d'aquesta societat encarregat de realitzar el servei.

ARRENDAMENTS URBANS

El TS fixa doctrina sobre la subrogació en l'arrendament d'habitatge del fill de l'arrendatari en situació de minusvalidesa

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 386/2014, d'11 de juliol (Ponent: José Antonio Seijas i Quintana) LA LEY 84945/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda d'extinció d'arrendament d'habitatge pel transcurs del termini de dos anys des de la subrogació del demandat. El Tribunal Suprem estima el recurs formulat per aquest, cassa la sentència recorreguda i desestima la demanda.

Arrendament d'habitatge. Demanda d'extinció del contracte pel transcurs del termini de dos anys des de la subrogació del demandat, fill minusvàlid de l'arrendatari inicial mort. Desestimació. El Tribunal Suprem fixa com a doctrina jurisprudencial la següent: en la interpretació de la Disposició transitòria 2a B) de la Llei d'arrendaments urbans 29/1994, apartat 4t, paràgraf 3r, en relació amb la Disposició addicional novena de la mateixa Llei, en matèria de subrogació mortis causa, és suficient per reconèixer la subrogació que es produeixi la situació de convivència i el fill es trobi afectat per la minusvalidesa, sense necessitat que aquesta hagués estat declarada en el moment de la mort de l'arrendatari per l'òrgan competent.

El TS fixa el contingut del requeriment de pagament dirigit a l'arrendatari a l'empara de l'art.22.4 LEC

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 302/2014, de 28 de maig (Ponent: Francisco Javier Arroyo i Fiestas) LA LEY 64167/2014

ITER PROCESSAL: Aquesta resolució desestima el recurs interposat contra la sentència de l'AP Madrid, Secció 11a, de 2 feb. 2012 (Rec. 811/2010).

Arrendament d'habitatge. Resolució del contracte per impagament de l'IBI. Està mancada d'efectes enervadors la consignació efectuada per l'arrendatària després de l'emplaçament quan havia estat requerida de pagament amb més d'un mes d'antelació a la presentació de la demanda. No és necessari que en la comunicació dirigida a l'arrendatari requerint-li el pagament se l'informi que el contracte serà resolt o que no procedirà enervació de l'acció de desnonament si no es paga en el termini preceptiu.

Indemnització per lucre cessant derivada de l'ocupació del local arrendat després de la resolució del contracte per expiració del termini: revaloració de la renda pactada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 763/2013, de 22 d'abril de 2014 (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 60531/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de reclamació d'indemnització dels danys i perjudicis derivats de l'ocupació de l'immoble arrendat entre la data d'expiració del termini i la data de desallotjament. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per l'arrendadora, cassa la sentència recorreguda i estima parcialment la demanda condemnant l'arrendatària al pagament d'una indemnització pel lucre cessant derivat de la revaloració de la renda pactada.



Sentències

Arrendament de local de negoci. Resolució del contracte per expiració de termini. Reclamació d'indemnització de danys i perjudicis per l'incompliment de l'arrendatari de l'obligació de desallotjament. Estimació parcial de la demanda. Abast i contingut de la resolució contractual per incompliment. Eficàcia "ex tunc" i "ex nunc" de la resolució. Determinació del contingut indemnitzable per lucre cessant: procedència del mateix pel guany deixat d'obtenir per l'arrendador per la revaloració de la renda pactada durant la prolongació del període d'ocupació del local.

AVAL A PRIMER REQUERIMENT

La renúncia a l'aval pel deutor no suposa que l'avalador quedi alliberat de la garantia prestada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 81/2014, de 4 de març (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 21263/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de reclamació del pagament de l'import cobert per l'aval a primer requeriment emès per la demandada. El Tribunal Suprem desestima els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats per aquesta.

Estès en garantia del pagament del preu ajornat d'una compravenda immobiliària, a instància de la compradora i en benefici de la venedora. Reclamació per part d'aquesta del pagament de l'import cobert per l'aval. Estimació de la demanda. L'entitat avaladora no pot quedar alliberada de la garantia prestada per la simple renúncia a l'aval del deutor fiat, ni tan sols quan vagi unida a la devolució del document en el qual es va instrumentar l'aval. Un cop emès l'aval, el deutor ja no pot disposar-ne, si no és amb el consentiment del beneficiari, que és qui té un dret a satisfer-se amb la garantia si es compleixen les condicions previstes per a això a l'aval. No és necessari estar en possessió del document aval original per poder fer-lo valer, excepte que s'hagi previst així a les condicions de l'aval.

COMPRAVENDA

Ineficàcia de la donació de finca, per mitjà de representant, per manca de poder de disposició del donant en no ser propietari de la finca per haver-la venut abans

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 371/2014, d'1 de juliol (Ponent: Xavier O'Callaghan i Muñoz) LA LEY 77816/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de nul·litat d'escriptura de donació de finca i van declarar que el demandant era l'únic propietari de la finca referida. El Tribunal Suprem declara que no procedeix el recurs de cassació interposat per la demandada.

Compravenda de finca. Falta d'inscripció de l'escriptura al Registre de la Propietat, doncs la finca no hi havia accedit. Posterior donació de la finca per la representant del venedor a si mateixa en virtut del poder general atorgat per aquell, on estava prevista l'autocontractació. Inscripció de la donació al Registre de la Propietat per immatriculació. Ineficàcia de la donació per falta de poder de disposició del donant (mitjançant representació) en no

ser propietari per haver venut la finca abans. Improcedència de la protecció registral de la donatària en tractar-se d'una adquisició a títol gratuït i estar mancada de bona fe.

El TS fixa doctrina en la qual descarta l'aplicació de la normativa sobre consumidors en la compra d'un despatx per exercir una activitat professional de prestació de serveis

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 246/2014, de 28 de maig (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 84936/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de resolució del contracte de compravenda de local interposada pels compradors i va estimar la reconvenició dels venedors condemnant els compradors a atorgar escriptura pública de compravenda. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per una de les venedores, anul·la la sentència d'apel·lació i confirma la de primera instància.

Compravenda de local destinat a despatx d'advocats. Validesa de la clàusula que restringia la facultat resolutòria dels compradors per retard en el lliurament. El Tribunal fixa com a doctrina jurisprudencial que la compravenda d'un despatx per a l'exercici d'una activitat professional de prestació de serveis queda exclosa de l'àmbit d'aplicació de la legislació especial de defensa dels consumidors, sense que resulti subjecta al control de contingut o d'abusivitat, havent-se d'aplicar el règim general del contracte per negociació.

Desestimació de l'acció de compliment contractual exercitada per la part venedora en la demanda principal

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 223/2014, de 28 d'abril (Ponent: Francisco Marín i Castán) LA LEY 53485/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció de compliment contractual exercitada per l'entitat venedora i, estimant la demanda reconvenicional interposada pels compradors, va declarar resolt el contracte de compravenda i va condemnar la reconvinguda a la devolució de les quantitats anticipades. L'AP Màlaga va estimar en part el recurs d'apel·lació interposat per la demandant, va condemnar els demandats a complir les obligacions derivades del contracte i va desestimar l'acció resolutòria. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pels demandats-reconvinents i acorda cassar la sentència recorreguda i confirmar la dictada en primera instància.

Compravenda d'immobles en construcció. Desestimació de l'acció de compliment contractual exercitada per la part venedora en la demanda principal i estimació de la resolució formulada en via reconvenicional per la part compradora per incompliment contractual essencial de la reconvinguda. Falta de lliurament dels immobles per la no obtenció de les llicències de primera ocupació. La promoció incomplia la normativa urbanística. Quan la venedora va requerir els compradors per escripturar, les irregularitats urbanístiques existents eren de prou entitat per impedir la concessió de la llicència. No acredita la reconvinguda que concorregués un simple retard. El temor a la frustració de les seves expectatives legítimes justifica la resolució instada pels compradors.



Dret al cobrament dels dividendes repartits des que la venedora va exercitar l'opció de venda de les accions fins al lliurament efectiu a la compradora

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 208/2014, de 25 d'abril (Ponent: José Ramón Ferrándiz i Gabriel) LA LEY 79816/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda i van condemnar la demandada al lliurament dels fruits de les accions objecte del contracte d'opció de compravenda celebrat amb la demandant. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per aquesta i revoca el pronunciament esmentat.

Opció de venda i compra d'unes accions. Dret de la venedora al cobrament dels dividendes repartits des que va exercitar l'opció de venda fins al lliurament efectiu de les accions a la compradora, la qual s'havia oposat a la compra, causant que l'optant iniciés un procés per tal de forçar-la, que va acabar amb una sentència estimatòria de la demanda. Incompliment del comprador com a excepció al seu dret als fruits de la cosa venuda des de la perfecció del contracte (art. 1468.2 CC).

Compravenda d'accions d'una societat dissolta prèviament en virtut de procés concursal

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 204/2014, de 22 d'abril (Ponent: Antonio Salas i Carceller) LA LEY 50515/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda interposada per la venedora i va declarar l'obligació dels demandats a donar compliment al compromís de compravenda d'accions subscrit entre les parts o, subsidiàriament, en cas d'impossibilitat sobrevinguda, al compliment per equivalència, condemnant els demandats a abonar la quantitat en què es va estimar el preu de les accions. L'AP Badajoz va revocar la sentència del Jutjat i va declarar resolt el contracte per frustració total de la seva finalitat. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Compravenda d'accions d'una societat dissolta prèviament en virtut de procés concursal. Acció de compliment del contracte formulada per la venedora. Estimació. Compromís de compravenda de les accions subscrit entre les parts abans de la declaració concursal. Inexistència d'impossibilitat sobrevinguda de compliment de la prestació per part de la demandant en el moment en què ho va requerir extrajudicialment als compradors i en interposar la demanda, doncs la societat en concurs subsistia en el tràfic, per la qual cosa era perfectament possible el lliurament per part de la demandant de les accions si els compradors s'hi haguessin avingut.

El TS ratifica la condemna del Bank of Ireland al pagament d'una indemnització de 103 milions d'euros per la compra fallida d'un complex comercial a Saragossa

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 190/2014, de 16 d'abril (Ponent: Antonio Salas i Carceller) LA LEY 50513/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar en part la demanda, va declarar resolt el contracte de compravenda d'accions celebrat entre els litigants i va condemnar el com-

prador incomplidor a indemnitzar per un import de 90.871.000 euros. L'AP Madrid va elevar l'import de la indemnització fins als 103.535.250 euros. El Tribunal Suprem desestima els recursos formulats pel comprador.

Compravenda de les accions d'una societat propietat de les venedores que estava construint un complex comercial a Saragossa. Condició suspensiva de l'eficàcia del contracte consistent en l'obtenció de finançament per part del comprador. Comunicació remesa pel comprador a les venedores confirmant el compliment de la condició, fet que fou acceptat per les venedores. Col·laboració entre comprador i venedores durant tot l'any següent pel que fa al centre comercial adoptant decisions conjuntament. Posterior comunicació del comprador informant que finalment no li havien concedit el finançament. Aplicació de la doctrina dels actes propis. Inexistència d'impossibilitat de compliment de l'obligació. Condemna al comprador a indemnitzar les venedores en l'import dels danys i perjudicis causats tant pel dany emergent com pel lucre cessant.

Validesa de la clàusula penal que autoritzava el venedor de l'habitatge a quedar-se amb les quantitats pagades a compte del preu en cas d'incompliment del comprador

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 214/2014, de 15 d'abril (Ponent: Rafael Sarazá i Jimena) LA LEY 71999/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda dels compradors sol·licitant la declaració de nul·litat d'una de les clàusules continguda al contracte de compravenda d'habitatge celebrat amb la demandada. L'AP Múrcia va confirmar la sentència del Jutjat, excepte pel que fa a la imposició de costes. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pels compradors.

Compravenda d'habitatge. Criteris per determinar el caràcter abusiu d'una clàusula que permet al venedor la retenció de quantitats lliurades a compte pel comprador en cas de resolució del contracte per incompliment del comprador. En el cas, la clàusula no resulta abusiva perquè no produeix un desequilibri dels drets i les obligacions de les parts en haver quedat provat que la indemnització establerta a la clàusula era proporcionada a la quantia dels danys i perjudicis soferts pel venedor, doncs la quantia d'aquests superava fins i tot la quantitat que podia retènyer en aplicació de l'estipulació qüestionada. VOT PARTICULAR.

Absolució de la compradora del pagament reclamat per la venedora

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 97/2014, de 12 de març (Ponent: José Ramón Ferrándiz i Gabriel) LA LEY 31479/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va condemnar la compradora a pagar a la venedora l'import de l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana. L'AP Madrid, estimant el recurs d'apel·lació, va desestimar la demanda principal i va estimar la reconvençional, declarant la nul·litat de la clàusula contractual per la qual la reconvinent assumia el pagament d'aquest impost. Declara el Tribunal Suprem que no procedeix el recurs de cassació interposat per l'entitat venedora.

S'absol a la compradora del pagament reclamat per la venedora, consistent en l'import de l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana (plusvàlua) pagat per

aquesta. S'estima la demanda reconvençional i es declara nul·la per abusiva la clàusula del contracte per la qual la compradora n'assumia el pagament. No es va aplicar retroactivament la Llei 44/2006, sinó la Llei 26/1984, de 19 de juliol. La clàusula causa un desequilibri important en perjudici del consumidor. Es transfe- reix a la compradora un deute fiscal que correspon a la venedora com a beneficiària de l'increment del valor de l'immoble venut, incorporat al preu. No es va informar a l'adquirent de l'import de la seva obligació.

COMPRAVENDA D'HABITATGE EN CONSTRUCCIÓ

El TS fixa doctrina sobre l'obligació de l'avalador de tornar al comprador les quantitats pagades a compte del preu de l'habitatge un cop incomplert el termini de lliurament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 218/2014, de 7 de maig (Ponent: Francisco Javier Arroyo i Fiestas) LA LEY 71917/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de reclamació a l'avalador de les quantitats lliurades pel demandant a compte del preu de l'habitatge adquirit. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat pel demandant, cassa la sentència recorreguda i estima la demanda.

El Tribunal Suprem estableix com a doctrina jurisprudencial que quan es demandi exclusivament a l'avalador en judici declaratiu, reclamant l'import de l'aval constituït a l'empara de la Llei 57/1968, l'entitat de crèdit no podrà oposar les excepcions derivades de l'article 1853 CC i haurà d'abonar les quantitats, reclamades degudament i lliurades a compte, un cop incomplert el termini convingut per a l'obligació de lliurament, per qualsevol causa.

CONTRACTE DE MEDIACIÓ

El TS fixa doctrina sobre el dret a la retribució pactada per la mediació en la venda d'un pis

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 228/2014, de 21 de maig (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 74472/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar l'ac- ció de reclamació de la comissió pactada per la mediació en la venda d'un pis. L'AP Barcelona va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que pro- cedeix el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la del Jutjat.

Venda de pis. El TS fixa com a doctrina jurisprudencial que el mediador encarregat de la venda d'un habitatge té dret a la retribució íntegra de la comissió pactada quan la seva gestió si- gui decisiva o determinant per al "bon fi" o "èxit" de l'encàrrec realitzat, amb independència del fet que la venda la porti a terme l'oferent sense el seu coneixement i del preu final que en resulti.

CONTRACTE DE PERMUTA FINANCERA

Nul·litat per error en el consentiment

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 387/2014, de 8 de juliol (Ponent: José Antonio Seijas i Quintana) LA LEY 81186/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda de nul·litat del contracte de permuta financera cele- brat entre els litigants. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per l'entitat financera demandada.

Incompliment del deure d'informació de l'entitat financera sobre el contingut del contracte i l'abast del risc assumit. Contin- gut del deure d'informació que s'imposa a l'entitat financera per la Directiva MiFID. Prestació d'un servei d'assessorament financer perquè el banc va efectuar un oferiment personalitzat del *swap* als demandants, per la qual cosa, d'acord amb la Directiva es- mentada, estava obligat a efectuar el test d'idoneïtat. L'omissió del test permet presumir en el client la manca del coneixement suficient sobre el producte contractat i els riscos associats que vi- cia el consentiment; per això l'absència del test no determina en si mateixa l'existència de l'error, però sí que permet presumir-lo.

CONTRACTE DE PUBLICITAT

El TS fixa doctrina sobre la caracterització i el règim jurí- dic de la clàusula *rebus sic stantibus*

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 333/2014, de 30 de juny (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 84939/2014

ITER PROCESSAL: Acumulades dues demandes, la de l'em- presa adjudicatària de la publicitat, sol·licitant una reducció del cànon a abonar, i la de l'empresa oferent, sol·licitant la resolució del contracte per incompliment de l'adjudicatària i la condemna a aquesta a abonar el deute vençut i una indemnització de danys i perjudicis, el Jutjat de Primera Instància va estimar parcialment la primera i va desestimar la segona. L'AP València va revocar la sentència del Jutjat, va desestimar la demanda de l'adjudicatària i va estimar en part la de l'empresa oferent. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per l'ad- judicatària, cassa la sentència d'apel·lació i confirma la del Jutjat.

Explotació de la publicitat inclosa als autobusos de l'Empresa Municipal de Transports de València. Reducció del cànon que ha d'abonar l'empresa adjudicatària per alteració sobrevinguda de les circumstàncies inicialment previstes. CLÀUSULA REBUS SIC STANTIBUS. Règim d'aplicació. Objectivació progressiva del seu fonament tècnic. Concreció funcional i aplicativa de la figura. Criteris bàsics de delimitació: alteració de la causa del contracte, base del negoci i assignació contractual del risc derivat. Diferen- ciació de la clàusula respecte d'altres figures properes, especial- ment en relació a la impossibilitat sobrevinguda de la prestació i als supòsits de resolució de la relació obligatòria. Canvi de cir- cumstàncies: crisi econòmica i excessiva onerositat de la relació negocial per a una de les parts.

DRET A LA PRÒPIA IMATGE

Fotos d'una persona en llocs públics i en moments de la vida diària aportades a un procés per acreditar que podia comparèixer: no vulneració del dret a la pròpia imatge



Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 146/2014, de 12 de març (Ponent: Francisco Marín i Castán) LA LEY 19185/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda sobre intromissió il·legítima en el dret a la pròpia imatge. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la demandant.

Inexistència d'intromissió il·legítima. Captació inconsistent de fotografies en llocs públics i en moments de la vida diària d'una persona que es van aportar com a prova documental en un judici de faltes per tal d'acreditar que no estava impedita per comparèixer al judici. Prevalença del dret de defensa dels demandats tenint en compte el context en què es van fer les fotografies i la destinació de les mateixes.

DESNONAMENT PER FALTA DE PAGAMENT

El TS fixa doctrina jurisprudencial sobre els requisits del requeriment de pagament dirigit a l'arrendatari a l'empara de l'art. 22.4 LEC

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 335/2014, de 23 de juny (Ponent: José Antonio Seijas i Quintana) LA LEY 74482/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van declarar enervada l'acció de desnonament formulada per l'arrendador. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per aquest, cassa la sentència recorreguda pel que fa a l'enervació de l'acció i estima la demanda.

Improcedència de l'enervació de l'acció. El TS fixa com a doctrina jurisprudencial que el requeriment de pagament que es fa a l'empara de l'art. 22 LEC no exigeix que es comuniqui a l'arrendatari que el contracte va a resoldre's i que no procedirà enervació de l'acció de desnonament si no es paga en el termini preceptiu.

DIVORCI

El TS fixa doctrina respecte de l'obligació dels pares de prestar aliments als fills majors d'edat amb discapacitat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 372/2014, de 7 de juliol (Ponent: José Antonio Seijas i Quintana) LA LEY 78879/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar parcialment la demanda de modificació de mesures i van declarar extingit el deure del demandant d'abonar pensió d'aliments als fills majors d'edat. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació formulat per la mare, anul·la la sentència recorreguda i desestima la demanda pel que fa a la supressió dels aliments a favor d'un dels fills.

Modificació de mesures definitives. Denegació de la sol·licitud d'extinció de la pensió d'aliments acordada a favor d'un fill major d'edat amb discapacitat. El Tribunal Suprem declara com a doctrina jurisprudencial la següent: la situació de discapacitat d'un fill major d'edat no determina per si mateixa l'extinció o la modificació dels aliments que els pares han de prestar-li en judici matrimonial i hauran d'equiparar-se als que es lliuren als menors mentre es mantingui la convivència del fill al domicili familiar i s'estigui mancat de recursos.

El TS estableix doctrina jurisprudencial sobre la modificació o extinció de la pensió compensatòria com a conseqüència de l'herència rebuda pel beneficiari de la pensió

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 133/2014, de 17 de març (Ponent: José Antonio Seijas i Quintana) LA LEY 21266/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda de modificació de mesures acordades en divorci. El Tribunal Suprem declara que procedeixen els recursos extraordinari per infracció processal i de cassació formulats pel demandant.

Modificació de mesures. Extinció de la pensió compensatòria a conseqüència de l'herència rebuda de la seva mare per l'esposa beneficiària de la pensió. El Tribunal Suprem declara com a doctrina jurisprudencial en la interpretació dels articles 100 i 101 del Codi Civil que el fet de rebre una herència és una circumstància en principi no previsible, sinó sobrevinguda, susceptible d'incidir favorablement en la situació econòmica del beneficiari o creditor de la pensió i, com a tal, determinant de la seva modificació o extinció.

EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA

Nul·litat del procediment d'execució hipotecària per infracció de les normes legals que regeixen els actes de comunicació processal

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 144/2014, de 13 de març (Ponent: Rafael Sarazá i Jimena) LA LEY 31486/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció de nul·litat de procediment d'execució hipotecària d'un local propietat de la demandant. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per aquesta i estima la demanda, declarant la nul·litat del procés.

Nul·litat del procediment per infracció de les normes legals que regeixen els actes de comunicació processal. Reiterades deficiències en els actes de comunicació més importants del procés. Malgrat la manca de diligència de la deutora en la designació del seu domicili, no hi ha prova que s'hagués col·locat al marge del procés mitjançant una actitud passiva per tal d'obtenir un avantatge d'aquesta marginació o posseís un coneixement extra-processal de l'existència del litigi en el qual no va ser emplaçada personalment. Consideració de les circumstàncies especials que concorren en el supòsit jutjat. Recurs extraordinari per infracció processal. La infracció de les normes reguladores del procés d'execució hipotecària no encaixa en cap dels quatre motius de l'art. 469.1 LEC atès que són les normes aplicables a les qüestions objecte del procés. Per això han de ser objecte de recurs de cassació.

JUDICI CANVIARI

Nul·litat del pagaré en el qual no s'indica el lloc d'emissió ni un lloc al costat del nom del signatari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 311/2014, de 18 de juny (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 84943/2014



Sentències

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda canviària formulada en reclamació d'un pagaré. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la demandada, cassa la sentència recorreguda i estima la demanda d'oposició.

Nul·litat del pagaré per ometre el lloc d'emissió sense que tampoc consti un domicili o lloc juntament amb el nom del signatari. No cap entendre plenament equivalents el lloc d'emissió del pagaré i el lloc de pagament. L'art. 95 b) LCCh permet considerar el lloc d'emissió com a lloc de pagament, en cas d'omissió d'aquesta última menció, però no a l'inrevés.

El comprador d'un habitatge ha de pagar al banc descomptador les lletres que va acceptar en pagament del preu encara que la compravenda es resolgués per incompliment de la venedora

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 205/2014, de 24 d'abril (Ponent: Sebastián Sastre i Papiol) LA LEY 64170/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar la demanda canviària formulada en reclamació de l'import de diverses lletres de canvi. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat pel demandat.

Compravenda d'habitatge sobre plànol. Lletres de canvi lliurades per la venedora i acceptades pel comprador en pagament del preu ajornat. Descompte de les lletres per part de la venedora que després va ser declarada en concurs de creditors, resolent-se la compravenda en el procediment concursal per incompliment de la venedora. Demanda canviària formulada pel banc descomptador reclamant al comprador acceptador de les lletres que les pagui. Estimació. El comprador no pot oposar al banc, tenidor de les lletres, les excepcions fonamentades en les seves relacions personals amb el lliurador, en virtut del que disposen els arts. 20 i 67.1 LCCh. Tampoc pot declarar-se nul el descompte per incompliment de la venedora de l'obligació, establerta en la Llei 57/1968, de dipositar en un compte especial les quantitats lliurades pel comprador a compte del preu, ja que aquesta obligació no impedeix que, si per al pagament del preu el comprador ha lliurat lletres de canvi, el venciment de les quals està diferit en el temps, puguin descomptar-se per obtenir liquiditat. Seran els diners obtinguts amb el descompte el que haurà d'aplicar-se a aquell compte especial. VOT PARTICULAR.

Pagaré signat per qui estava autoritzat a estendre'l per la titular del compte en el qual estava domiciliat el pagament, sense que en l'antesignatura fes cap menció que el feia per aquesta

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 99/2014, de 10 de març (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 26579/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de judici canviari en estimar la demanda de contradicció. L'AP Biscaia va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda canviària. El Tribunal Suprem desestima els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats per la demandada.

Pagaré signat per qui estava autoritzat a estendre'l per la titular del compte en el qual estava domiciliat el pagament, sense que en l'antesignatura fes cap menció que el feia per aquesta. Estimació de la demanda de reclamació de l'import del pagaré dirigida contra la titular del compte. Ha quedat provat que el prenedor era un

proveïdor del negoci que explotava la demandada, mitjançant el qual va signar el pagaré i també que aquest estava facultat per contractar amb els proveïdors i pagar els subministraments. En aquest context, ha de concloure's que el signatari estava autoritzat per la demandada per emetre el pagaré i que sota aquesta aparença es va signar i lliurar al prenedor, de manera que la demandada no pot negar-se al pagament quan és reclamat pel prenedor.

MITGERIA

Admissió de la renúncia tàcita com a forma d'extinció de la mitgeria: enderroc de l'habitatge i construcció d'un de nou, deixant d'utilitzar la paret mitgera

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 358/2014, de 20 de juny (Ponent: Xavier O'Callaghan i Muñoz) LA LEY 74492/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda, va declarar que la paret antiga divisòria de la casa dels actors i la casa dels demandats és mitgera i va condemnar aquests últims a reparar els danys causats a la propietat dels actors. L'AP Jaén va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda només en el sentit de condemna a reparar els danys. El Tribunal Suprem declara que no procedeix el recurs de cassació interposat pels demandants.

Mitgeria entre dos habitatges. Admissió de la renúncia tàcita com a forma d'extinció de la mitgeria. Enderroc d'un dels habitatges i construcció d'un de nou, deixant d'utilitzar la paret mitgera i construint-hi de manera annexa, però independent, unes noves parets de tancament.

NUL·LITAT TESTAMENTÀRIA

Nul·litat testamentària: restitució per l'hereu del preu obtingut per la venda de la finca heretada

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 778/2013, de 28 d'abril de 2014 (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 60532/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda, va declarar la nul·litat del testament impugnat i va condemnar el demandat a restituir a la massa patrimonial hereditària tots els béns i drets que comprenien el patrimoni relicte de la testadora i el valor fiscal d'aquells dels quals hagués disposat a favor de tercers. L'AP Madrid va revocar en part la sentència del Jutjat en el sentit d'establir que l'import dels béns que no fossin susceptibles de devolució meritarien els interessos legals de l'art. 576 LEC des de la data de primera instància, declarant la validesa del testament precedent atorgat per la testadora. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació i cassa la sentència recorreguda als únics efectes de determinar que l'obligació de restitució per l'equivalent pecuniari, derivada de la transmissió efectuada, es concreta en el preu de venda obtingut.

Ineficàcia estructural de l'escriptura d'acceptació i adjudicació de l'herència. Obligació de restitució per equivalent pecuniari després de l'alienació d'un bé immoble per l'hereu. Aplicació analògica dels arts. 1307 i 1897 CC. Condemna a restituir el preu obtingut per la venda de la finca.



NOTARIS

El Tribunal Suprem confirma la condemna d'un notari que no va informar d'un embargament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 126/2014, de 18 de març (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 35888/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de reclamació d'indemnització formulada per la compradora contra la venedora, però va absoldre el notari codemandat. L'AP Barcelona va revocar en part la sentència del Jutjat i va condemnar també el notari. El Tribunal Suprem desestima els recursos de cassació i extraordinari per infracció processal interposats pel notari.

Responsabilitat civil del notari que va autoritzar una escriptura pública de compravenda sense advertir el comprador de l'existència d'un embargament travat sobre la finca objecte del contracte. Un cop provat que el Registre va remetre la comunicació en la qual informava de l'embargament, que la Notaria va rebre necessàriament, la ignorància del notari sobre l'existència d'aquesta càrrega és inexcusable, als efectes de respondre, d'acord amb a l'art. 146 RN, dels danys i perjudicis ocasionats al comprador.

PAGARÉ

El Tribunal Suprem estableix que per a la iniciació del judici canviari cal presentar amb la demanda el document original de la lletra de canvi, xec o pagaré

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 94/2014, de 5 de març (Ponent: Antonio Salas i Carceller) LA LEY 17632/2014

ITER PROCESSAL: Formulada demanda de judici canviari, les sentències d'instància van acordar despatxar execució un cop que s'aportés a les actuacions, en el termini de cinc dies, el pagaré original exhibit en l'acte del judici però que no va deixar unit a les actuacions. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la demandant d'oposició, anul·la la sentència recorreguda i estima l'oposició formulada.

Judici canviari. Reclamació de l'import del pagaré. Estimació de la demanda d'oposició per inhabilitat del títol presentat en tractar-se d'una còpia i no del pagaré original. El Tribunal Suprem declara amb valor de doctrina jurisprudencial que «per a la iniciació del judici canviari al qual fan referència els articles 819 i següents de la Llei d'enjudiciament civil, cal que es presenti amb la demanda el document original de la lletra de canvi, xec o pagaré, amb compliment dels requisits previstos a la Llei canviària i del xec; sense que, en cas contrari, es pugui entendre aportat el títol canviari als efectes previstos a l'article 821».

PARTICIÓ D'HERÈNCIA

Desestimació de l'acció de nul·litat de quadern particional exercitada per l'hereva fideïcomissària de residu

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 323/2014, de 6 de juny (Ponent: Xavier O'Callaghan i Muñoz) LA LEY 72311/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar l'acció de nul·litat de partició d'herència. L'AP València va estimar parcialment el recurs d'apel·lació i, desestimant l'acció de nul·litat i de rescissió, va condemnar únicament la part demandada a afegir determinats béns fideïcomesos al quadern particional. El Tribunal Suprem declara que no procedeix el recurs de cassació interposat per la part actora.

Qüestiona la liquidació de la societat de guanys del causant. El marit va nomenar la muller hereva fiduciària, amb autonomia i llibertat plenes per disposar de tots els béns, i aquesta va instituir hereu dels seus béns el seu germà, demandat i substituït processalment per les seves filles per morir en el transcurs del procés. La Fundació demandant tenia participació en el quadern particional en produir-se l'adquisició per mort de la fiduciària, podent impugnar el contingut del patrimoni fideïcomès. Va obtenir una còpia del quadern particional sense formular protesta. Es van seguir criteris homogenis per valorar els béns. S'ha respectat el principi de "favor partitionis". No s'han produït infravaloracions. Desestimació de l'acció de rescissió. L'actora no ha provat la lesió al·legada. En tractar-se d'un fideïcomís de residu, no pot quantificar-se. El testador no va voler que l'actora intervingués en la partició de la seva herència.

La sentència recorreguda declara provada l'existència de la lesió per infravaloració dels béns de l'herència. Es respecta en cassació

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 255/2014, de 14 de maig (Ponent: Xavier O'Callaghan i Muñoz) LA LEY 57406/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va acordar rescindir la partició d'herència i l'escriptura d'addició posterior. Els hereus haurien de reintegrar al cabal hereditari tot el que se'ls adjudiqués o l'equivalent econòmic si haguessin disposat dels béns, havent de procedir a una nova partició. L'AP Madrid va desestimar el recurs d'apel·lació interposat pels demandats, declarant el Tribunal Suprem que no procedien els recursos per infracció processal i de cassació interposats.

Estimació de l'acció rescissió de la partició, per lesió en més de la quarta part, que exercita el cònjuge vidu, al qual se li va atribuir la quota usufructuària. La sentència recorreguda declara provada l'existència de la lesió per infravaloració dels béns de l'herència. Es respecta en cassació. No s'ha sol·licitat la quantificació de la lesió referida, ni s'ha reclamat cap indemnització. Ha de procedir-se a una nova partició amb valoració de béns.

PROCEDIMENT CONCURSAL

Compensació de la fiança prestada per l'arrendatària concursada amb les rendes degudes a l'arrendadora

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 188/2014, de 15 d'abril (Ponent: Sebastián Sastre i Papiol) LA LEY 43400/2014

ITER PROCESSAL: Acumulades dues demandes incidentals, una d'impugnació de l'inventari i de la llista de creditors, i una altra de signe contrari promoguda per la concursada i l'administració concursal sol·licitant la nul·litat de la compensació i restitució de fiança, el Jutjat Mercantil va estimar parcialment la primera



Sentències

i íntegrament la segona. L'AP Saragossa va revocar la sentència del Jutjat desestimant l'incident de nul·litat de compensació i restitució de la fiança. El Tribunal Suprem desestima el recurs de cassació interposat per la concursada, així com l'administració concursal.

Impugnació de la llista de creditors. Compensació de la fiança prestada per l'arrendatària concursada amb les rendes degudes a l'arrendadora. No procedeix incloure la fiança en l'inventari de béns i drets quan el contracte locatiu havia estat resolt amb anterioritat a la declaració de concurs. Aplicació de la compensació de l'art. 58 Llei concursal no com a forma d'extinció d'obligacions, sinó com a mecanisme de liquidació del contracte.

El concepte legal d'insolvència, pressupòsit objectiu de la declaració de concurs, és diferent del desbalanç patrimonial

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 122/2014, d'1 d'abril (Ponent: Rafael Sarazá i Jimena) LA LEY 40095/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van qualificar el concurs de culpable i van declarar els administradors socials de la concursada persones afectades per la qualificació. El Tribunal Suprem estima els recursos de cassació interposats per la concursada i els seus administradors, cassa la sentència recorreguda, declara fortuït el concurs i absol els administradors socials.

Secció de qualificació. Càlcul del termini per a l'emissió per part de l'administració concursal del dictamen sobre qualificació del concurs. Congruència de la sentència de l'Audiència Provincial en relació amb les causes de qualificació del concurs com a culpable apreciades a la sentència apel·lada. Concepte legal d'insolvència: és diferent del desbalanç patrimonial i no equival necessàriament a la cessació general dels pagaments. Qualificació del concurs com a fortuït. Les sentències d'instància, que van qualificar el concurs de culpable, van equiparar incorrectament la insolvència amb la concurrència de causa legal de dissolució per pèrdues agreujades que van reduir el patrimoni a menys de la meitat del capital social. Absolució dels administradors socials de les pretensions condemnatòries formulades en contra seu.

PROMESA DE VENDA

Promesa de venda: vàlida de la condició que sotmetia l'eficàcia del contracte a l'aprovació d'un òrgan de la societat dominant del grup al qual pertany la que va prometre alienar

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 109/2014, de 7 de març (Ponent: José Ramón Ferrándiz i Gabriel) LA LEY 31482/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de compliment de contracte de promesa de compra-venda, condemnant la demandada al lliurament del local objecte del mateix. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que no procedeixen els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació interposats per la demandant.

Validesa de la condició que sotmetia l'eficàcia del contracte a l'aprovació d'un òrgan de la societat dominant del grup al qual pertany la que va prometre alienar. El pacte d'establiment d'una condició purament potestativa incorporada a una obligació no

es il·lícit i, per això, la conseqüència de la seva utilització no seria la depuració de la condició, sinó la nul·litat de l'obligació condicionada, és a dir, la nul·litat del contracte (art. 1115 CC).

PROPIETAT HORIZONTAL

El TS fixa doctrina sobre la no aplicació de l'exempció de contribuir a les despeses d'ascensor en els supòsits d'instal·lació d'una plataforma «salva escales»

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 202/2014, de 23 d'abril (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 71955/2014

ITER PROCESSAL: Formulada demanda d'impugnació d'acords comunitaris, el Jutjat de Primera Instància la va estimar parcialment declarant que no procedia la impugnació de l'acord relatiu a la imputació de les despeses d'instal·lació d'una plataforma elevadora. L'AP Madrid va revocar parcialment la sentència del Jutjat i va estimar la nul·litat d'aquest acord. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la comunitat de propietaris, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Validesa de l'acord sobre repartiment proporcional de les despeses ocasionades per la instal·lació a l'edifici d'una plataforma «salva escales», incloent els propietaris dels locals exempts de la contribució a les despeses d'ascensor. El TS fixa com a doctrina jurisprudencial que l'abast de l'exempció relativa a obres d'adaptació o substitució dels ascensors no resulta aplicable als supòsits en els quals la instal·lació de la plataforma elevadora es realitza per garantir l'accessibilitat i millora de l'immoble amb la finalitat de suprimir les barreres arquitectòniques que dificulten l'accés o la mobilitat de les persones en situació de discapacitat; tot això, conforme a la legalitat de l'acord adoptat.

SERVITUDS

La Constitució de les servituds de pas i de llums i vistes no es deriva de la mera existència d'una porta i una finestra obertes en una paret pròpia

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 390/2014, d'11 de juliol (Ponent: Xavier O'Callaghan i Muñoz) LA LEY 84950/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar l'acció negatòria de servituds de pas i llums i vistes exercitada per la comunitat de propietaris demandant. L'AP Múrcia va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la comunitat de propietaris, cassa la sentència recorreguda i confirma la del Jutjat.

Servituds de pas i de llums i vistes. Acció negatòria. Estimació. Característiques d'aquestes servituds. Modes de constitució. És la part demandada la que suporta la càrrega de la prova d'acreditar l'adquisició, pel títol que fos, de la servitud que la part contrària li nega, sense que sigui suficient a aquests efectes la mera existència d'una porta i una finestra obertes en paret pròpia. L'aparença física externa no és títol ni serveix per a la prescripció.



SOCIETAT ANÒNIMA

Impugnació de la sentència i adhesió a l'apel·lació pels codemandats que no van apel·lar inicialment

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 127/2014, de 6 de març (Ponent: Rafael Sarazá i Jimena) LA LEY 17635/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van estimar l'acció de devolució del préstec formulada contra la societat pres-tatària i els seus administradors. El Tribunal Suprem desestima els recursos extraordinaris per infracció processal interposats per aquests últims.

Acció de reclamació de quantitat dirigida contra la societat deutora i els seus administradors. Estimació. Recurs d'apel·lació. Impugnació de la sentència formulada pels administradors code-mandats amb motiu del recurs interposat per la societat deman-dada. Inadmissió. La impugnació ha d'anar dirigida contra l'apel·lant, no contra les parts que no han apel·lat. En aquest cas, els administradors no van pretendre qüestionar els pronunciaments favorables a l'apel·lant (no n'hi havia), sinó els pronunciaments favorables a la demandant, que no havia apel·lat (ni podia fer-ho perquè la sentència li havia estat plenament favorable).

SOCIETAT PROFESSIONAL

Exercici del dret de separació per un soci professional: va-loració de les seves participacions quan aquesta separació determina la dissolució de la societat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 186/2014, de 14 d'abril (Ponent: Ignacio Sancho i Gargallo) LA LEY 50514/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat Mercantil va estimar parcialment la demanda i va declarar que el dret de separació exercitat pel demandant produïa efectes immediats, condemnant la societat demandada a abonar-li l'import proporcional a les seves parti-cipacions segons la valoració a efectuar per un auditor designat pel Registre. L'AP Saragossa va revocar en part la sentència del Jutjat i va condemnar la societat a abonar el preu de les parti-cipacions socials per un import de 44.955,83 euros. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per la societat, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Valoració de les participacions del soci professional que exer-cita el dret de separació i aquesta circumstància provoca que la societat incorri en una causa legal de dissolució que és acordada a continuació per la junta de socis.

SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

Interpretació de l'art. 853.2 CC: el maltractament psicolò-gic com a justa causa de desheretament

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 258/2014, de 3 de juny (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 74491/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar la demanda formulada pels fills del causant sol·licitant que es declarés nul·la la clàusula del testament en virtut de la qual van

ser desheretats. El Tribunal Suprem declara que no procedeix el recurs de cassació interposat pels demandants.

Desheretament. Interpretació de l'art. 853.2 CC. El maltracta-ment psicològic com a justa causa de desheretament. Interpre-tació flexible de les causes de desheretament. Inclusió del mal-tractament psicològic en el concepte de maltractament d'obra. Conducta de menyspreu i d'abandonament familiar dels fills cap al pare, en no interessar-se per ell durant els darrers set anys de vida, ja malalt.

Interpretació de l'art. 9.8, in fine, del CC: determinació de la normativa aplicable als drets successoris del cònjuge supervivent

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 624/2013, de 28 d'abril de 2014 (Ponent: Francisco Javier Orduña i Moreno) LA LEY 64157/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar íntegrament la demanda declarant la nul·litat de l'escriptura de manifestació i adjudicació d'herència i restituint al cabal here-ditari els béns que la van configurar. L'AP Màlaga va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Su-prem declara que procedeix el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la de primera instància.

Acció d'impugnació d'escriptura de manifestació i adjudica-ció d'herència sol·licitant la restitució dels béns per a la realització d'una nova partició. Estimació. Causant de nacionalitat italiana amb residència legal a Espanya, casat amb una espanyola. Dret internacional privat. Interpretació de l'art. 9.8, in fine, CC. Apli-cació del sistema successori espanyol als drets successoris del cònjuge supervivent. Així es desprèn de l'escriptura pública de capitulacions prenupcials en la qual els atorgants van fer constar la seva residència habitual comuna a Màlaga i la determinació del dret comú com a norma aplicable per regular els efectes del matrimoni. Improcedència de l'aplicació de la doctrina dels actes propis pel fet que la demandant, neboda del causant, hagués dis-posat d'alguns drets o béns de l'herència.

Col·lació ordenada pel causant en el testament respecte dels béns que va donar a un dels seus fills

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 125/2014, de 13 de març (Ponent: Antonio Salas i Carceller) LA LEY 29697/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda de compliment de l'obligació assumida per l'hereu demandat al quadern particional de l'herència del causant. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va estimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que no procedeix el recurs de cassa-ció interposat pel demandat.

Disposicions establertes per al seu compliment en el qua-derm particional elaborat pel comptador-partidor testamen-tari, consistents en l'obligació d'aquest fill de constituir un fons en qualsevol entitat bancària pel valor assignat als béns col-lacionables, del qual seria usufructuària vitalícia l'esposa del causant i nus propietaris els fills hereus. Qualsevol d'ells, be-neficiari del fons com a nu propietari de part del mateix, està legitimat a instar el compliment d'aquesta obligació. La resta



Sentències

de cohereus diferents del demandant poden renunciar a fer valer els seus drets hereditaris, però això no vincula ni perjudica la posició del demandant que sí que els fa valer de la manera establerta a la partició, doncs això beneficia conjuntament a ell i a la resta dels cohereus.

TÍTOLS NOBILIARIS

Estimació de l'acció declarativa del millor dret a posseir un títol nobiliari

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 383/2014, de 7 de juliol (Ponent: Francisco Marín i Castán) LA LEY 84960/2014

ITER PROCESSAL: Les sentències d'instància van desestimar l'acció declarativa del millor dret a posseir un títol nobiliari formulada per la demandant. El Tribunal Suprem aprecia els efectes

de cosa jutjada positiva derivats d'una sentència ferma dictada en un judici anterior seguit entre les mateixes parts, anul·la la sentència d'apel·lació i estima la demanda.

Cosa jutjada positiva derivada de la sentència ferma dictada en un judici anterior seguit entre les mateixes parts en la qual es va reconèixer el millor dret de la demandant al títol principal de la casa. En la distribució de títols efectuada per la mare dels litigants, l'atribució del títol litigiós no distribuït de manera expressa es va fer a qui hagués de posseir el títol principal. La distribució de títols nobiliaris és un negoci jurídic unitari que comprèn tots els títols del distribuïdor, inclosos els que no es mencionen i els adquirits amb posterioritat a la distribució, si consta de manera indubtable la voluntat de l'últim posseïdor de distribuir els seus títols. La Llei 33/2006, de 30 d'octubre, sobre igualtat de l'home i la dona en l'ordre de successió dels títols nobiliaris no és aplicable als supòsits de distribució de títols.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Datades des de gener fins a maig de 2014

Redacció Wolters Kluwer

ARBITRATGE PRIVAT

Acció d'anul·lació de laude arbitral. Notificació de la designació de l'àrbitre o de les actuacions arbitral a les parts. Inexistència d'incongruència omissiva

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 30/2014, de 5 de maig (Ponent: Juan Manuel Abril i Campoy) LA LEY 59686/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ de Catalunya desestima la demanda d'anul·lació de laude arbitral i no aprecia cap vulneració de l'ordre públic processal per falta de motivació o incongruència del laude impugnada.

Resolució per l'àrbitre de totes les pretensions deduïdes per les parts, no essent necessari el complement del laude sol·licitat per la impugnant. Vulneració de l'ordre públic com a causa d'impugnació del laude. Concepte d'ordre públic conformat com a concepte jurídic indeterminat que pot ser vulnerat tant en sentit material com processal, quan en el procediment arbitral no s'han respectat els principis de contradicció, defensa i igualtat d'oportunitats entre les parts litigants. Valoració de la prova practicada sobre el compliment de les obligacions contractuals de les parts, concloent sobre les raons per les quals ha d'emparar la pretensió de resolució contractual, per la qual cosa no pot apreciar-se l'existència de falta de motivació.

Acció d'anul·lació del laude arbitral dictat en procediment sobre impugnació d'acords socials contra societat anònima. Desestimació

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 9/2014, de 6 de febrer (Ponent: Maria Eugènia Alegret i Burgués) LA LEY 38173/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ Catalunya desestima la demanda per la qual se sol·licita l'anul·lació del laude arbitral dictat.

No cap invocar una infracció comesa en el procediment com a motiu d'anul·lació, sense haver donat abans oportunitat als àrbitres per esmenar-la. El motiu de nul·litat invocat és extempore, atès el deixament voluntari del seu dret realitzat pels avui actors durant el procediment arbitral, per més que la institució arbitral s'hagués pronunciat sobre la qüestió en acceptar l'arbitratge. No és necessària la reiteració de la clàusula de submissió a arbitratge en els pactes parasocials quan es troba en vigor als estatuts de la societat i, a més, no ha estat exclòs expressament d'aquests pactes.

DIVORCI

Atribució de l'ús de l'habitatge familiar

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 21/2014, de 7 d'abril (Ponent: Maria Eugènia Alegret i Burgués) LA LEY 62258/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ Catalunya estima el recurs extraordinari per infracció processal interposat contra la sentència de l'AP de Barcelona dictada en procés de divorci, i aprecia la infracció de les garanties del procediment que donen lloc a la nul·litat de l'actuat.



Sentències

Mesures relatives als cònjuges. Atribució de l'ús de l'habitatge familiar. Compensació econòmica del Dret de Família de Catalunya. Prova de l'existència d'un treball per a la casa familiar, per al negoci d'explotació ramadera, en la qual els dos cònjuges han col·laborat de manera activa, independentment de qui fos el titular de l'explotació. Quantificació del desequilibri patrimonial i el percentatge ordinari de la compensació. Recurs extraordinari per infracció processal. Prova documental, valoració. Valoració probatòria errònia sobre l'existència d'un immoble com de propietat del marit a efectes de valorar-ne les necessitats habitacionals. Motivació de les sentències. El dret a la tutela judicial efectiva se satisfà amb una resolució fonamentada en dret que aparegui prou motivada, operant com a garantia o element preventiu de l'arbitrarietat. Conseqüències de l'estimació del recurs extraordinari per infracció processal. Nul·litat d'actuacions.

Pensió compensatòria

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 13/2014, de 24 de febrer (Ponent: Carlos Ramos i Rubio) LA LEY 38175/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ Catalunya estima parcialment el recurs de cassació i revoca parcialment la sentència impugnada, condemnant el demandat a abonar a la seva exmuller una pensió compensatòria durant un període de temps limitat.

Supòsit de renúncia vàlidament formulada pel cònjuge que té dret a la pensió compensatòria, ja sigui de manera expressa o tàcita. Únicament procedeix l'establiment d'una prestació respecte del temps de durada de la nova convivència dels cònjuges separats, atès que aquest dret no pot veure's afectat per una renúncia anterior. Considerant que després de la represa de la convivència el demandat ha donat la meitat de l'habitatge a la seva exmuller, així com la situació econòmica dels dos cònjuges i la durada d'aquesta nova situació, procedeix l'establiment d'una pensió compensatòria per temps limitat.

Recurs extraordinari per infracció processal

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 7/2014, de 30 de gener (Ponent: José Francisco Valls i Gombau) LA LEY 2922/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ Catalunya, estimant el recurs extraordinari per infracció processal, anul·la la sentència i ordena reposar les actuacions al moment processal en el qual es va denegar indegudament en segona instància la pràctica de la prova.

Falta de pràctica de mitjans de proves admesos a la instància. Exhibició de documents d'entitats públiques. Petició subsidiària a l'incompliment del requeriment remès al marit per a l'aclariment dels seus ingressos. Documental interessada que fou admesa en l'acte de la vista i es va resoldre mitjançant diligència d'ordenació que havia d'observar el que es va acordar en judici oral, sense assenyalar ni decidir oportunament si la prova havia estat o no omplerta degudament pel demandat. La falta de pràctica va ser imputable a la falta de diligència de l'òrgan judicial de primera instància. Indefensió. Falta de motivació de la denegació de la prova. La desestimació per imperinent, sense més raó, resultava inadequada. Incongruència pel que fa a la prestació compensatòria per raó del treball en calcular-se la quantia en un 50% de l'increment patrimonial no

justificat del demandat. Anul·lació de la resolució recorreguda amb retroacció de les actuacions al moment de comissió de la infracció.

MENORS

Denegació de la guarda compartida per haver comès el pare actes de violència psicològica sobre la mare dels quals la filla d'11 mesos ha estat víctima indirecta

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 27/2014, de 14 d'abril (Ponent: José Francisco Valls i Gombau) LA LEY 70511/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ Catalunya estima el recurs de cassació i casa la sentència recorreguda atribuint a la mare la guarda i custòdia de la filla menor amb un règim de visites a favor del pare.

Improcedència de la guarda i custòdia compartida per haver comès el pare actes de violència psicològica sobre la mare dels quals la filla ha estat víctima indirecta. La consideració de víctima indirecta no pot quedar enervada per tractar-se d'una nena de curta edat (11 mesos) que aparentment no té coneixement o consciència d'aquests actes, doncs dependrà de les circumstàncies de cada cas concret, si bé pot considerar-se que el sofriment de la mare, per aquests actes, té incidència en la menor produint irritabilitat, trastorns del son i d'alimentació, així com dificultats en l'establiment dels vincles familiars. La consideració dels nens com a víctimes indirectes de la situació de violència de gènere que viuen a la llar va més enllà de l'agressió física del pare sobre la mare, atès que aquesta exposició a la violència té impacte sobre el seu desenvolupament i sobre les conseqüències que comporta per a les relacions futures, si es tracta d'una violència estructural.

PROPIETAT HORITZONTAL

El TSJ Catalunya fixa doctrina jurisprudencial respecte de la responsabilitat dels elements privatis dels copropietaris per deutes de la comunitat

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 12/2014, de 24 de febrer (Ponent: José Francisco Valls i Gombau) LA LEY 38174/2014

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de reclamació de quantitat dirigida contra els copropietaris per deutes de la comunitat. L'AP Barcelona va revocar la sentència del Jutjat i va absoldre els demandats. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya desestima el recurs de cassació presentat per la demandant.

Responsabilitat dels elements privatis dels copropietaris per deutes de la comunitat. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya fixa com a doctrina jurisprudencial que un creditor de la comunitat de propietaris sotmesa al règim de propietat horitzontal no pot procedir directament contra un comú sense tenir reconegut el dret de crèdit davant d'aquesta, i sense haver estat requerit prèviament de pagament, essent la responsabilitat del copropietari subsidiària respecte de la comunitat i mancomunada en relació a la pluralitat de copropietaris.



SUCCESSIÓ HEREDITÀRIA

Nul·litat de testament: procedència

Sentència TSJ de Catalunya, Sala Civil i Penal, núm. 25/2014, de 7 d'abril (Ponent: José Francisco Valls i Gombau) LA LEY 70510/2014

ITER PROCESSAL: El TSJ Catalunya estima el recurs extraordinari d'infracció processal i de cassació per interès cassacional interposat contra la sentència de l'AP Barcelona, que va desestimar el recurs d'apel·lació interposat sobre nul·litat de testament.

Aplicació del dret civil català. Recurs de cassació. Recurs extraordinari d'infracció processal i de cassació per interès cassaci-

onal. La valoració de la sala sobre la prova practicada ha estat il·lògica i contrària a les regles de l'experiència comuna i s'ha donat una clara desviació del resultat probatori natural que condueix a l'apreciació de la falta de capacitat natural al moment d'atorgament del testament pel testador, atenent a tot el cabal probatori que consta a les interlocutòries i del qual es dedueix que ha estat enervada la presumpció *iuris tantum* de capacitat realitzada pel Notari autoritzant. D'acord amb la norma d'aplicació, quan una persona es trobi incapacitada judicialment, pot atorgar testament notarial en un interval lúcid si dos facultatius acceptats pel notari certifiquen que el testador té en el moment de testar prou capacitat i lucidesa per fer-ho.

El President de la Unió Internacional del Notariat, Daniel-Sédar Senghor, va posar èmfasi en els reptes als quals fa front el Notariat *«en un món en el qual predomina la lectura economicista i tot es mesura en funció d'aquest criteri»*

Inauguració de les Jornades espanyoles de l'Associació Henri Capitant

El passat 28 de maig va tenir lloc al Col·legi l'acte de benvinguda d'un grup de 200 dels juristes, especialitzats en Dret civil, membres de la prestigiosa Associació Henri Capitant. Procedents de 25 països, els membres d'aquesta associació es van reunir per celebrar les Jornades Espanyoles, que van tenir com a tema central «L'immaterial».

L'acte, presidit pel Degà del Col·legi, es va iniciar amb el discurs del President de la Unió Internacional del Notariat, Daniel-Sédar Senghor, que presideix la màxima institució notarial des del passat mes de gener i ho farà durant el període 2014-2016, essent el primer Notari africà en assolir la Presidència de la Unió Internacional del Notariat (vegeu l'entrevista en aquest mateix número). Al seu discurs, Senghor va destacar *«el dinamisme i la cooperació existent entre l'Associació Henri Capitant i la Unió Internacional del Notariat»*, i va recordar la figura de Rafael Núñez Lagos i de Juan Vallet de Goytisolo, notaris espanyols predecessors seus en el càrrec en els períodes 1956-1958 i 1977-1979, respectivament. El President de la Unió Internacional del Notariat va posar èmfasi en els reptes als quals fa front el Notariat *«en un món en el qual predomina la lectura economicista i tot es mesura en funció d'aquest criteri»*, criticant el fet que *«moltes de les institucions financeres internacionals que impulsen les polítiques econòmiques són, sovint, altament permeables a influències que són molt hostils al Notariat i desenvolupen instruments de mesura aliens a la cultura d'autenticitat»*.

Va defensar fermament la vigència i importància del document públic com a prova d'autenticitat per *«permetre aconseguir la pau social i allunyar-se de la cultura del conflicte»*. En aquest sentit, va apostar per l'elaboració d'uns paràmetres de qualificació allunyats dels criteris de l'índex utilitzat per *Doing Business* per tal de comptar amb *«paràmetres que permetin l'avaluació objectiva del nostre acompliment econòmic i social»*. Malgrat l'intent d'imposició del model anomenat *Common Law*, oposat al del Notariat llatí defensat des de la Unió Internacional, Senghor va afirmar la necessitat de *«desenvolupar, a través d'un estudi rigorós, un indicador científic i objectiu per mesurar el valor econòmic en termes de competitivitat de l'autenticitat, determinant-lo en relació amb el producte interior brut de cada país, així com avaluar l'estalvi si s'eviten litigis. Tot això per demostrar el valor afegit del document autèntic»*. D'aquesta manera, va concloure: *«El fet de demostrar-ho científicament permetrà posar de manifest que la seguretat jurídica comporta inversió, creació de riquesa i llocs de treball»*.

Al seu torn, Denis Mazeud, President de l'Associació Henri Capitant, va destacar *«la participació de professionals de les diferents branques del Dret i, especialment, del Notariat, una pluralitat que comporta una gran riquesa i que permet establir un debat, reflexions i un diàleg constructiu que s'allunya de posicions dogmàtiques i s'estableix en el marc del respecte a totes les opinions»*.



D'esquerra a dreta: Xavier Roca, Notari; Encarna Roca, Magistrada del Tribunal Constitucional; Daniel-Sédar Senghor, President de la UINL; Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi; Denis Mazeud, President de l'Associació Henri Capitant; Silvia Díaz Alabart, Presidenta de la Secció Espanyola de l'Associació, i José Alberto Marín, Vicedegà del Col·legi

L'acte va comptar també amb les intervencions del Notari de Barcelona Xavier Roca Ferrer i de la Magistrada del Tribunal Constitucional Encarna Roca Trias, que van dissertar sobre «Creació, Dret, Justícia» i «La influència del Dret francès en la codificació espanyola», respectivament. Xavier Roca va analitzar a fons el concepte d'*immaterial*, tema central de les Jornades, en el qual va incloure «molts dels conceptes vinculats a l'empresa, com les marques o patents, els vinculats a Internet i a les noves tecnologies i la propietat intel·lectual», equiparant aquest concepte al de creació i basant-se en el concepte «de la transformació d'una idea en quelcom concret». Així, va exposar el concepte des del punt de vista filosòfic, partint del Dret romà i passant per conceptes desenvolupats per Locke i Hegel fins als nostres dies. Va afirmar que «del concepte d'immaterial s'arriba al de material, i es reconeix la necessitat de comptar amb una protecció jurídica justa i igualitària per evitar la indefensió de l'autor», i va finalitzar el seu discurs afirmant que «finalment, el sentit comú està per sobre de tots els drets i tots els jutges del món, fins i tot els drets morals de l'autor».

Al seu torn, Encarna Roca Trias va afirmar que «el segle XIX és el segle de les codificacions i, encara avui, més de dos-cents anys després de la publicació del Codi francès, aquest constitueix el referent de la cultura jurídica occidental». Roca va afirmar que «la codificació civil espanyola comença més tard i es desenvolupa en un entorn difícil, i va donar com a fruit una llei civil molt plural, que fa possible diferents codis a Espanya, com és el cas del Codi civil de Catalunya, reconeixent el Dret com a part de la cultura d'una societat». Va definir el Codi civil com «la racionalització de les normes, atesa la necessitat d'evitar tant la inseguretat jurídica com l'arbitrarietat dels poders públics», i va assegurar que «la consolidació del Codi espanyol es basa en el Codi civil francès, mentre que a Catalunya es pren com a referència el Codi civil alemany, diferenciant-se



Vida corporativa

el Dret civil com a element identitari». En definitiva, va afirmar que «Espanya és un estat plurilegislatiu i la consolidació del Codi civil té dues lectures principals: és una forma d'expressió d'una cultura jurídica particular i, alhora, un instrument per assolir alguns objectius polítics», i va afirmar que «el Codi és, per si mateix, un instrument i no una meta, i amb Codi es poden implementar certes polítiques legals». Com a conclusió, va assegurar que «ara els temps han canviat i cal veure l'evolució que prendrà la consolidació europea».

Finalment, després d'un breu agraïment de Sílvia Díaz Alabart, Presidenta de la secció espanyola de l'Associació Henri Capitant, va concloure l'acte el Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya, Joan Carles Ollé, que va recordar que aquest any, a Catalunya, culminarà el procés de codificació del Codi civil català, i va recordar també que *«els notaris, tant a Catalunya com a la resta d'Espanya, tenim una gran tradició civilista i hem col·laborat des de sempre per mantenir, conservar i actualitzar el nostre Codi civil, adaptant-lo a les necessitats dels ciutadans»*. També va recordar que *«la realitat d'avui dia ve marcada pel fenomen de la globalització, la mundialització dels mercats i la internacionalització de les relacions jurídiques, que suposen la superació de les legislacions nacionals i que constantment entren en joc els ordenaments jurídics de diversos països i, per tant, la matèria del Dret Internacional Privat. Per això —va continuar—, el paper del Notari resulta cada cop més decisiu per garantir la seguretat jurídica en els actes i contractes i l'aplicació conforme a Dret de les diferents normatives, acomodant la voluntat de les parts a l'imperi de la llei aplicable en cada cas»*. D'altra banda, va remarcar la vocació internacional del Notariat al nostre país, i va recordar la recent elecció de Barcelona com a seu de l'Acadèmia del Notariat, *«el Centre de Formació dels Notaris d'Europa i fòrum d'estudi»*, i com a seu de la Comissió d'Afers Europeus de la Unió Internacional del Notariat, *«que suposa un reconeixement al Notariat del nostre país, com a model i referent internacional, per la seva àmplia trajectòria i el compromís en el desenvolupament de les relacions notariales internacionals»*. Va assegurar també que *«la Unió Europea ha comprès que el seu futur resideix en l'enfortiment de l'Europa dels ciutadans, és a dir, de l'Europa que té per objecte les relacions que s'estableixen entre els seus ciutadans i, en conseqüència, del Dret que regula les seves relacions, que és el Dret Privat»*. Finalment, va concloure afirmant que *«en una societat globalitzada, en el marc del procés de construcció europeu, en canvi continu, davant de l'avanç imparable de la tecnologia, amb el consumidor com a eix prioritari i la creixent complexitat tècnica derivada de la internacionalització de les relacions jurídiques i de la pròpia evolució de la societat, se situa la figura del Notari en una nova centralitat jurídica i la dels juristes, en una posició immillorable i irrenunciable per detectar les necessitats reals dels ciutadans i ajustar el marc legal i la seva aplicació a aquestes»*, i va assegurar que *«els juristes ens hem adaptat, i hem de continuar fent-ho, a les noves realitats econòmiques, polítiques i socials per donar resposta a les necessitats dels ciutadans»*.

Joan Carles Ollé va recordar que aquest any, a Catalunya, es culminarà el procés de codificació del Codi civil català, i va recordar també que *«els notaris, tant a Catalunya com a la resta d'Espanya, tenim una gran tradició civilista i hem col·laborat des de sempre a mantenir, conservar i actualitzar el nostre Codi civil, adaptant-lo a les necessitats dels ciutadans»*

L'Associació Henri Capitant

L'Associació Henri Capitant va ser fundada a París l'any 1935, sota l'autoritat d'Henri Capitant, Professor de la Facultat de Dret de París, per un grup de juristes de diferents països de llengua francesa —procedents de Bèlgica, Luxemburg, Quebec i Suïssa—, tot i que posteriorment es va obrir a totes les nacionalitats. Reuneix a professionals molt diversos de l'àmbit jurídic —com notaris, advocats, magistrats i acadèmics— amb l'objectiu d'establir relacions entre juristes vinculats a la cultura jurídica romanista en general, i especialment de tradició francesa, i organitzar periòdicament congressos, seminaris o col·loquis, nacionals o internacionals, consagrats a l'estudi de temes jurídics que permetin posar en relleu els valors de la cultura jurídica llatina.

Es reuneix tant a França com a qualsevol altre país del món, compta amb representació a 55 països i constitueix la primera i més important associació internacional en l'àmbit del Dret Civil actualment.



Jornada sobre el Reglament Successori Europeu

Els passats 25 i 26 de juny, el Col·legi va celebrar les Jornades sobre el Reglament Successori Europeu, en les quals van participar notaris, catedràtics i professors de Dret Internacional per fer un repàs al nou Reglament que entrarà en vigor l'agost de 2015.



D'esquerra a dreta: Josep M. Fontanellas, Professor de Dret Internacional Privat; José Alberto Marín, Vicedegà del Col·legi; Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi; Àngel Serrano, coordinador de la Jornada, i Jesús Gómez Taboada, Notari

Joan Carles Ollé, Degà del Col·legi, va destacar la importància de «la progressiva creació d'un espai de llibertat, justícia i seguretat a Europa», així com «la importància de la lliure circulació del document públic amb el repte de mantenir la seguretat jurídica». També va remarcar el fet que «la internacionalització de les relacions jurídiques atorga al Notari un paper clau, ja que és en la seva presència que es consuma el negoci jurídic».

Pel que fa a les ponències, Àngel Serrano, Notari coordinador de les Jornades, va exposar «El Reglament Successori Europeu en relació amb els drets reals i de família», fent un repàs a les matèries excloses del Reglament i, posteriorment, als trusts i als drets reals, i va concloure que «el principal problema serà d'adaptació, cercar aquelles



Vida corporativa

Ángel Serrano va concloure que «*el principal problema serà d'adaptació, cercar aquelles figures jurídiques que es corresponguin amb les finalitats i els interessos que reflecteixin la voluntat del causant*»

figures jurídiques que es corresponguin amb les finalitats i els interessos que reflecteixin la voluntat del causant». Josep M. Fontanellas, Professor de Dret Internacional Privat de la Universitat de Lleida, va centrar la seva intervenció en la *professio iuris*, definint tres pilars bàsics: la unitat de la successió —en el sentit d'aplicar una única llei a totes les lleis i a tota la successió, havent-hi, de tota manera, regles especials—; l'aplicació com a llei bàsica de la llei corresponent a l'última residència habitual del causant —existent la possibilitat d'elecció de llei i amb una clàusula d'excepció—, i la *professio iuris*, que determina que el causant pot escollir la llei aplicable a la successió. D'altra banda, Jesús Gómez Taboada, Notari de Tordera, va exposar algunes qüestions pràctiques sobre el nou Reglament.

En la segona jornada van participar Javier Carrascosa, Catedràtic de Dret Internacional Privat de la Universitat de Múrcia, que va parlar del «Reglament Successori Europeu i activitat notarial»; Albert Domingo, Notari de Vilassar de Mar, que va exposar «L'hereu davant l'elecció expressa, la tàcita, o la no elecció pel causant de la llei aplicable a la successió», i Albert Font, Professor Titular de Dret Internacional Privat de la Universitat Pompeu Fabra, que es va centrar en la «Llei rectora dels pactes successoris en el Reglament Successori Europeu».

El Col·legi, *partner* del CEDR per preparar formadors en mediació

El Col·legi va iniciar, el passat 20 de setembre, el curs de Mediació civil i mercantil que imparteix en col·laboració amb el *Centre for Effective Dispute Resolutions* (CEDR), la fundació britànica líder mundial en formació i administració de processos de mediació. El curs, coordinat per José Alberto Marín, vicedegà del Col·legi, és fruit d'haver estat seleccionat, dos anys enrere, per aquesta institució, per impartir cursos de formació amb un professorat del qual formen part grans especialistes en la matèria, i als quals assisteixen notaris, advocats, magistrats i catedràtics universitaris. Entre ells, James South, director de Formació del CEDR, reconegut com un dels mediadors de més prestigi d'Europa.

El curs s'emmarca en la ferma voluntat de la Unió Europea d'impulsar la mediació, en aquest cas, en l'àmbit empresarial, fonamentalment, com a via de solució alternativa a la via judicial que ha de permetre descol·lapsar en gran mesura els jutjats i que suposa un important estalvi econòmic tant per als ciutadans com per a l'Administració.

El curs ha estat dissenyat per habilitar els assistents com a mediadors i per a la seva inscripció en el Registre de Mediadors que va crear el Decret 980/2013, de 13 de desembre, a l'empara del previst a la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació civil i mercantil. El programa, elaborat pel CEDR en col·laboració amb el Col·legi, consta de 100 hores lectives, tal com exigeix la legislació vigent per a la formació de mediadors. Les sessions es duen a terme els caps de setmana per facilitar-hi l'assistència, que es limita a divuit participants. El curs consta d'onze sessions i finalitzarà el proper 15 de novembre.

El Col·legi va ser elegit *partner*, en l'àmbit nacional, per acollir aquests cursos pel fet de considerar-se que, com a experts juristes i per la seva posició de neutralitat, els notaris són una peça clau per crear una cultura de mediació empresarial, en aquests moments pràcticament inexistent al nostre país.

El curs ha estat dissenyat per habilitar els assistents com a mediadors i per a la seva inscripció en el Registre de Mediadors



El curs de Mediació civil i mercantil impartit pel CEDR compta entre el professorat amb els millors especialistes europeus

El CEDR és la institució de més prestigi mundial en l'àmbit de la mediació, l'objectiu de la qual és culminar un acord que, posteriorment, es formalitza contractualment.

Ollé va exposar que en breu s'iniciarà la tramitació parlamentària del Llibre VIè del Codi Civil català

25è Aniversari del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

El passat 28 de maig, al Palau de Justícia de Barcelona, va tenir lloc l'acte acadèmic de commemoració del 25è Aniversari del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. En el transcurs de l'acte, presidit pel President del Tribunal, Miquel Àngel Gimeno, i al qual van assistir nombrosos representants de l'àmbit jurídic, van intervenir Josep Delfí Guàrdia Canela, President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya —que va parlar sobre «El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i la "creació judicial" del Dret civil català en la història»— i Eugènia Alegret Burgués, Magistrada de la Sala civil i penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que va exposar «La doctrina actual del Tribunal Superior: el seu impacte en la realitat social». D'altra banda, Joan Carles Ollé Favaró. La ponència central va córrer a càrrec de Joan Carles Ollé Favaró, Degà del Col·legi, hi va intervenir com a Director de la Comissió de



Vida corporativa



El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya també va organitzar una exposició sobre la història de la institució

Codificació del Codi civil de Catalunya i va exposar àmpliament el tema «El Dret civil català després de la Constitució de 1978 i els estatuts de 1979 i 2006. Cap a un Codi civil per al segle XXI». En la seva intervenció, Ollé va fer un repàs a la història de les codificacions, des dels tímids inicis a finals de l'Edat Mitjana, passant pel canvi d'enfocament que van suposar les idees de la Il·lustració i l'aprovació del Codi civil francès el 1804, fins a arribar al segle XX, caracteritzat per «la progressiva extensió de la codificació per tot el món», i finals del XX i principis del XXI, «marcats per l'aparició d'un moviment codificador europeu, que va avançant però que encara no ha fructificat».

Pel que fa a la codificació a Catalunya, va repassar-ne l'evolució històrica des dels Usatges de Barcelona, considerats l'origen del Dret civil català, l'any 1064, fins al segle XX, del qual va destacar la Compilació de l'any 1960, d'«extraordinària qualitat jurídica i que va marcar un abans i un després», i el qual va qualificar de «precedent imprescindible, sense

el qual seria impensable la magnífica realitat del nostre Codi civil actual». Posteriorment, va exposar com, arran de la Constitució espanyola de 1978, Catalunya va recuperar la facultat legislativa en matèria civil, i va destacar la Llei 29/2002, de 30 de desembre, aprovativa de la Primera Llei del Codi civil de Catalunya, i «l'ús sistemàticament dinàmic de la competència de modificació i desenvolupament del Dret civil que s'ha fet a Catalunya, i que li ha permès un creixement i una evolució molt remarcables qualitativament i quantitativa». A partir d'aquell moment, Ollé va establir el que considera tres etapes legislatives ben diferenciades: una primera, l'inici de la qual va situar «fins i tot abans del Text refós de la Compilació de 1984», en la qual l'instrument utilitzat van ser les lleis especials; una segona, en la qual s'inicia la tècnica dels codis sectorials, i una tercera fase de l'exercici de la competència, que s'inicia amb l'aprovació del Llibre I del Codi civil català l'any 2002.

Després d'analitzar l'avanç que va suposar l'Estatut de 2006 i la Sentència de 28 de juny de 2010, que, va concloure, «va deixar la situació competencial de la Generalitat en matèria de Dret civil més o menys com abans de l'Estatut de 2006», va repassar la funció i estructura de l'Observatori de Dret privat i la Comissió de Codificació i, finalment, es va centrar en el procés de codificació actual, del qual va comentar que «l'opció va ser la d'elaborar un Codi obert, de manera que els diferents llibres es vagin aprovant i incorporant en moments diferents sense distorsionar el conjunt». Així, va comentar, s'han anat aprovant els llibres I, II, III, IV i V, i en aquests moments només queda pendent el Llibre VI, del qual la Comissió de Codificació —i, en concret, la Secció d'Obligacions i Contractes— ha presentat ja una proposta que es preveu que sigui aprovada properament per a iniciar-ne la tramitació. Finalment, va recordar que, un cop s'aprovi el Llibre VI, s'haurà de promulgar una Llei d'harmonització final del Codi que culmini «un Codi que seguirà creixent per donar resposta a l'evolució i les necessitats de la societat catalana».

José Félix Belloch Julbe (1945-2014)^(*)

Líder notarial

Per Joan Carles Ollé i Favaró
Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya

Membre d'una rellevant família de juristes i polítics d'origen valencià, amb forts vincles a Catalunya i l'Aragó, José Félix Belloch Julbe era fill de José María Belloch, que fou Governador Civil de Barcelona a la Transició (1977-1980) i, abans, de Huelva i Guipúscoa. El seu germà petit, Juan Alberto Belloch, és l'actual Alcalde de Saragossa i fou Ministre de Justícia, primer (1993-1994), i de Justícia i Interior, després (1994-1996), en el govern de Felipe González.

Orador i escriptor brillant, dotat d'una aguda intel·ligència analítica, ha estat el millor i més profund especialista del vigent sistema espanyol de seguretat jurídica preventiva des del vessant polític institucional

Nascut a Barcelona, va finalitzar brillantment la carrera de Dret a la Universitat de Saragossa amb premi extraordinari. Es va inclinar per opositar a notaries, que va aprovar sent molt jove, a l'igual de les posteriors oposicions restringides. Després d'exercir uns anys a Andalusia, l'any 1984 es va traslladar a Barcelona, on durant tres dècades ha destacat al seu prestigiós i reeixit despatx com un professional exemplar i expert. José Félix Belloch ha estat un dels grans notaris barcelonins dels darrers temps.

Fou col·laborador en diferents àmbits universitaris, però aviat se li va desvetllar



una forta vocació per la política corporativa. Belloch ha estat un dels principals líders de l'associacionisme notarial espanyol, que



^(*) Obituari publicat a *La Vanguardia* el 4 de setembre de 2014, amb el títol "Gran Notari de Barcelona".



In Memoriam

ha tingut una forta implantació a Catalunya en els darrers vint-i-cinc anys. Fundador i President del Foro Notarial, ha estat un dels referents corporatius del Notariat durant aquest període, abanderat radical de la modernització i d'una plena obertura i democratització de la professió.

Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya i Vicepresident del Consell General del Notariat durant dos mandats (1999-2004), el seu llegat és molt remarcable i perdurà. En l'àmbit de Catalunya, les seves juntes directives van prioritzar la potenciació de l'estructura del Col·legi tot creant els serveis jurídics i d'informació i defensa de l'usuari, la Fundació o el Consell Consultiu. Tingué amb la Generalitat i el Departament de Justícia unes relacions de bona cooperació i entesa.

Sempre fou defensor de descentralitzar les competències que no posessin en qüestió el caràcter de cos únic estatal del Notariat.

En l'àmbit estatal del Consell General del Notariat, el seu caràcter emprendedor i pioner, i en certa mesura visionari, el va dur a liderar un conjunt de mesures de modernització del servei públic notarial, per tal de situar la professió en les millors condicions per competir en el segle XXI. Fou el principal impulsor de la històrica fusió amb el Cos de Corredors de Comerç l'any 2000. La Presidenta d'aquests a Catalunya, Maria Àngels Vallvé, en fou també un artífex destacat. En aquell moment, va ser una decisió controvertida, però el pas del temps li ha donat la raó al Degà Belloch, com en tantes altres coses. A mig termini,

la decisió s'ha revelat encertada i positiva per a la societat.

Juntament amb altres dirigents corporatius de l'època, com ara el President Juan Bolás, tingué l'encert d'iniciar en el Consell General del Notariat, des de Catalunya, l'etapa de modernització tecnològica i d'incorporació de les noves tecnologies a la funció notarial, la qual cosa ha resultat clau per al futur de la professió. Orador i escriptor brillant, dotat d'una aguda intel·ligència analítica, ha estat el millor i més profund especialista del vigent sistema espanyol de seguretat jurídica preventiva des del vessant polític institucional. Adversari dialècticament temible, conreava amb passió valors com són la voluntat de servei, l'ètica i la lleialtat. Deixa un gran buit.

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primer pàgina ha d'incloure *necessàriament* el títol, el nom complet de l'autor, les dades de contacte, una direcció de correu electrònic i, lliurement, altres circumstàncies identificadores en un màxim de tres mitges línia (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles doctrinals han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles pràctics no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els *articles doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles pràctics o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se *negreta* (excepte en el epígrafs o subepígrafs) ni subratllat en cap cas.

— *Notes a peu de pàgina.* Les notes s'han de numerar mitjançant caràcters aràbics, en format superíndex i ordre ascendent.

— *Cites.* Les cites estan subjectes a les regles habituals, segons es tracti d'un llibre, un article de revista, un article en una obra col·lectiva, Internet o revistes electròniques. Cal indicar els cognoms en majúscules i no és necessari el nom tret que pugui haver-hi confusió. Els possibles canvis o comentaris de la cites literals s'han d'indicar entre claudàtors.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line.**

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones.**

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

