

LaNotaria

Número 3 | 2011

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858



**Seguretat Jurídica Preventiva,
eficaç i imprescindible**

**«Necessitem menys lleis,
més clares i més breus»**

Entrevista a NÚRIA DE GISPERT,
Presidenta del Parlament de Catalunya

**«Cal afrontar canvis estructurals
per guanyar en eficiència»**

Entrevista a JUAN M. NIN,
Vicepresident i Conseller Delegat de CaixaBank

TRIBUNA

Santiago Ballester i Muñoz
César Belda Casanova
Antonio Giner Gargallo
José Javier Cuevas Castaño

DOCTRINA

La unificació europea de la competència judicial
internacional en matèria contractual
El fòrum dels contractes internacionals: Comentari
de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I

PRÀCTICA

La renúncia implícita a l'exempció de l'IVA
en transmissions immobiliàries
El termini per impugnar davant els tribunals
la desestimació per silenci del recurs governatiu



AUTORES

LÍDERES

TECNOLOGÍA



SERVICIOS



INNOVACIÓN

Un paso por delante

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas (MADRID)

902 250 500 tel
902 420 012 fax
clientes@laley.es

www.laley.es



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

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 Àngel Longo Martínez (*Pràctica*), Patricia Olivencia Cerezo (*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

Diseny i producció: LA LEY

ISSN: 2172-3028

D.L.: BI-2450-2010

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 Il·lustre Col·legi de Notaris de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edició online disponible www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

El Notariat, garant de la seguretat jurídica

La seguretat jurídica no és només un principi rector en qualsevol Estat de Dret, i singularment en una societat democràticament avançada, tal com proclama el Preàmbul de la nostra Constitució de 1978, sinó que, a més a més, en aquesta forma part del seu Títol Preliminar, art. 9.3 CE/78. Però ara no és a les principals emanacions constitucionals que convé referir-se, sinó que, en estar ja en vigílies de complir-se el cent cinquantè aniversari de la Llei del Notariat, el que convé, o es pretén, és reclamar la rellevant posició que per garantir la seguretat jurídica en una economia de mercat, que no de mercaders ni espavilats, correspon al Notariat.

Són pocs, molt pocs, els que dubten de les bondats de l'economia del mercat; però són més els que ja dubten de la seva *deregulation*, i som molts, així ho crec, els que dubtem que el mercat, sense una clara regulació, amb poques però categòriques normes imperatives, i sobretot amb una clara aplicació judicial d'aquestes, pugui no ja funcionar, sinó legitimar un (presumpte, ja que això seria si no s'apliquen) Estat de Dret.

La funció del Notariat és essencial no únicament per la seva funció equilibradora en el moment transcendental de formalització del negoci, sinó per altres missions a les quals està cridat legislativament, juntament amb les que reiteradament (per la confiança que en la institució notarial dipositen l'Estat i, sobretot, els ciutadans) li exigeixen, en l'àmbit de la responsabilitat, els tribunals.

En efecte, per ser el Notari el funcionari públic i professional del Dret davant del qual es perfecciona el negoci, tant si és consensual com real (amb el lliurament de la cosa o dels diners en el préstec), com quan és formal, és a ell a qui escau controlar la legalitat, certament de manera preventiva, ja que en un Estat de Dret democràtic, el control de legalitat, que causa estat, únicament pot correspondre a l'Autoritat Judicial.

Ara bé, el que és rellevant no és només el control de legalitat, que ho és; el que és transcendent és la seguretat jurídica, i ho és no únicament en el clàssic àmbit del Dret Civil, o fins i tot, si es vol ser més omnicomprensiu, en l'àmbit del Dret Privat, sinó que si parlem del mercat, la funció notarial és transcendent en allò que des de ja fa un segle es coneix com a Dret Econòmic, amb incidència rellevant del Dret Administratiu o Públic. És evident que pot ser compartit en alguns assumptes, però allò decisiu i transcendental (si es tracta de controlar la legalitat) és la posició d'independència del Notariat, aquella inescindibilitat entre funcionari i professional del Dret. A la qual cosa tampoc no és aliena la llibertat d'elecció, davant de la pretesa acusació que aquesta elecció pot minvar la seva imparcialitat; i atès que no és ell el

darrer garant del control de legalitat sinó els tribunals, el cert és que és la competència (en igualtat de condicions i oportunitats) la que més contribueix a una acurada autorització conforme a la legalitat, que no s'ha de confondre amb el legalisme estèril, sinó innovant d'acord amb la realitat social (i econòmica, caldria afegir) del temps i de les circumstàncies en què cal aplicar la norma.

Per això, i quan han caigut amb estrèpit creacions (si bé no fraudulentos en si, però sí en les seves últimes conseqüències o en la manera en què s'han formalitzat) d'aquest mercat, emergeix novament la rellevant funció del Notariat, no ja en els negocis formals, i menys en els pretesos constitutius, si és que en puresa n'hi ha, sinó en la intervenció notarial com a garant que arriba a les parts, singularment al contractant o part dèbil, la informació adequada, és a dir, la cada cop més rellevant forma informativa.

Per tant, i atès que, tal com s'ha escrit recentment, la funció de la seguretat jurídica no és legitimar el Dret, sinó que la seva funció és dotar d'eficàcia el sistema jurídic, actua no com un valor moral, sinó merament instrumental, i en aquesta actuació de la seguretat jurídica és on en aquest segle XXI adquireix, per la major complexitat de les relacions jurídiques, de l'economia i fins i tot en les relacions familiars o successòries, més rellevància la presència del Notari, segurament sabent apreciar la seva funció, però, sens dubte, conservant la seva essència equilibradora.

El que és obvi és que caldrà legislar, i a part de refaccionar la Llei del Notariat (i ja no diguem el malmès Reglament notarial), caldrà promulgar la Llei de Jurisdicció Voluntària i una Llei de Seguretat Jurídica Preventiva, o si més no, que els seus principis informants es reconeixin en l'actuació i les atribucions del Notariat. I si del que es tracta és de protegir el consumidor i el ciutadà en general, tampoc no hem d'oblidar el transcendental contingut que a la bona fe li atorga el nostre article 1258 CC, respecte a d'altres ordenaments, com ara el francès o fins i tot l'alemany, com també (i, singularment, allà on no ha intervingut el Notari en la seva funció informativa i equilibradora) la capacitat de reconèixer l'error, especialment quan una de les parts contractants és l'oferent, i fins i tot la informant, i el client, en la lògica del mercat (o inclús en els seus limitats sabers), ha de reputar que no només se l'està informant amb lleialtat, sinó que fins i tot se li està oferint allò més adequat a les seves necessitats o pretensions.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- El Notariat, garant de la seguretat jurídica
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- La Comissió de Codificació de Catalunya, una referència autonòmica i europea en matèria de Dret Privat
Santiago Ballester i Muñoz 6
- Una reflexió sobre l'Agència Notarial de Certificació
César Belda Casanova 8
- La seguretat jurídica preventiva en la contractació immobiliària i mercantil: ombres i reptes
Antonio Giner Gargallo 14
- Adequació a la legalitat (de nou sobre la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008)
José Javier Cuevas Castaño 17
- Canvis i reformes a Espanya. El sistema de seguretat jurídica preventiva i el seu futur
Joan Carles Ollé Favaro 20



Entrevistes

- «Necessitem menys lleis, més clares i més breus»
Núria de Gispert, Presidenta del Parlament de Catalunya 23
- «Cal afrontar canvis estructurals per guanyar en eficiència»
Juan M.ª Nin, Vicepresident i Conseller Delegat de CaixaBank 29



Doctrina

- La unificació europea de la competència judicial internacional en matèria contractual. Introducció a Franco Ferrari i Francesca Ragno
Joaquim J. Forner Delaygua 32
- El fòrum dels contractes internacionals
Franco Ferrari y Francesca Ragno 37



Pràctica

- La renúncia implícita a l'exempció de l'IVA en transmissions immobiliàries
Jorge de Juan Casadevall i Laia Colomé Barba 68
- El termini per impugnar davant els tribunals la desestimació per silenci del recurs governatiu
Benjamín Górriz Gómez 80



Internacional

- Recomanacions sobre la concessió de préstecs en moneda estrangera
Elisabeth García Cueto 86
- Ressenyes de normativa 88



Sentències

- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem
Redacció de LA LEY 89
- Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Victor Esquirol Jiménez 94



Resolucions

- Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils
Fernando Agustín Bonaga 97
- Ressenya de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat
Victor Esquirol Jiménez 108



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 116

La Comissió de Codificació de Catalunya, una referència autonòmica i europea en matèria de Dret Privat



Santiago Ballester i Muñoz

Director General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya

En primer lloc, cal remarcar la important tasca en l'àmbit del Dret Civil que ha desenvolupat el Parlament de Catalunya des que la Generalitat va recuperar la competència legislativa en matèria de Dret Privat. Aquesta fita va tenir el seu punt més àlgid l'any 2002, amb l'aprovació de la **Llei 29/2002, primera llei del Codi civil de Catalunya, amb la qual es va iniciar l'etapa de culminació del Codi civil de Catalunya, del qual ja s'ha dut a terme la major part**, amb l'aprovació del llibre II («De la persona i la família»), del llibre III («De les persones jurídiques»), del llibre IV («De les successions») i del llibre V («Dels drets reals»). En aquesta conjuntura, només queda pendent l'aprovació del llibre VI, relatiu a les obligacions i els contractes.

L'objectiu cabdal del **Decret 395/2011, de 27 de setembre**, de

regulació de la Comissió de Codificació i de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, és **sistematitzar la composició, l'organització i el funcionament de la Comissió de Codificació i de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya**. La perspectiva temporal d'ençà que l'Observatori va encetar les seves tasques, així com la reflexió sobre la necessitat d'introduir canvis que dotin d'una major operativitat aquest organisme, aconsellava introduir una sèrie de modificacions. Aquestes afecten majoritàriament la regulació dels seus òrgans i en modifiquen la forma d'organització i la composició, amb l'objectiu de fer-lo més àgil i eficient en el seu funcionament i, en conseqüència, doten la Comissió de Codificació d'entitat pròpia i independent de l'Observatori, que passa a ser el seu òrgan consultiu.

Catalunya, model en matèria de Dret Civil

En aquest context i per tal d'encarar aquesta nova etapa legislativa pendent en matèria de Dret Civil, es considera primordial una modificació de l'organització, fins ara vigent, pel que fa als òrgans que han de dur a terme les actuacions preparatòries dels nous projectes legislatius, per tal d'unificar totes les actuacions fetes i per harmonitzar la matèria legislativa vigent amb la qual encara queda pendent. En conseqüència, **amb la creació de la Comissió de Codificació, es pretén que Catalunya s'erigeixi com un referent en l'àmbit del Dret Privat, tant en l'àmbit de les altres comunitats autònomes de l'Estat com en l'àmbit europeu**. Així mateix, la creació de la Comissió de Codificació ajudarà a consolidar el respecte envers les nostres institucions



de Dret Civil, un respecte que, des de la primera llei, l'any 1984, fins a l'última, l'any 2011, han provocat en la comunitat jurídica d'arreu de l'Estat, així com també en l'àmbit acadèmic. D'aquesta manera, a través de la implantació d'aquest òrgan, es pretén mantenir i enriquir el Dret Civil català perquè continuï sent un referent per a tots els àmbits del món jurídic, judicial, administratiu i de la societat civil.

La norma esmentada regula l'organització de **la Comissió de Codificació, que serà l'encarregada de l'elaboració de la normativa de desplegament de l'ordenament català en matèria de Dret Civil**, i, per dur a terme aquesta important tasca, comptarà amb l'Observatori de Dret Privat, que passa a tenir un caràcter assessor. Ambdós òrgans inclouen, en la seva estructura i composició, els juristes dels diferents àmbits jurídics i judicials que siguin adients i que es considerin necessaris segons la matèria objecte d'estudi en cada moment. L'impacte normatiu tindrà un important reflex en els diferents projectes que sorgeixen en el si de la Comissió de Codificació, en la mesura que siguin assumits pel Departament de Justícia i aquest els presenti al Govern de la Generalitat i, posteriorment, al Parlament de Catalunya.

Per tal de donar una millor estructura i coherència al funcionament de la Comissió de Codificació i a l'Observatori de Dret Privat, s'ha dotat l'organització d'una **Secretaria Tècnica, encarregada d'assistir i emetre certificacions de les reunions celebrades per tots els òrgans**, les quals

tenen efectes envers totes les parts implicades, tenint en compte la peculiaritat dels esmentats òrgans, formats per juristes de reconegut prestigi i aliens a les institucions de la Generalitat de Catalunya.

L'estructura de la Comissió de Codificació suposa un pas endavant com a model organitzatiu i d'eficiència

En aquest mateix sentit, resulta important el fet de remarcar que l'anterior organització comptava amb una Direcció i un lloc de responsable de suport, dedicats en exclusiva a tasques específiques: les pròpies de l'Observatori de Dret Privat. Amb la nova organització, aquests dos òrgans es fonen en un de sol, el qual es configura com una Secretaria Tècnica que té una dedicació especial i exclusiva envers els diferents òrgans i membres que conformen la Comissió de Codificació i l'Observatori de Dret Privat. Aquest fet té conseqüències pel que fa a l'impacte pressupostari de la reforma, ja que la nova estructura no incrementa les despeses de personal, ans al contrari, les disminueix, perquè se suprimeixen dues places i es crea la corresponent a la de titular de la Secretaria Tècnica i, a més, els dos òrgans (la Comissió de Codificació i l'Observatori de Dret Privat) es gestionen amb els mateixos recursos personals, que estan previstos en les partides pressupostàries actualment existents al Departament de Justícia de la Generalitat.

La Comissió de Codificació s'organitza, per al seu funcionament, entorn

del Ple, la Comissió Permanent i les seccions, sota el govern i la coordinació de la persona titular de la Direcció.

El Ple té, entre les seves funcions més rellevants, les d'informar sobre la necessitat de reformes legislatives encaminades a adequar la legislació catalana a la realitat del moment, informar sobre la conveniència de regular noves institucions i aprovar el pla d'actuacions i activitats anuals proposades per la Comissió Permanent.

Per la seva banda, la Comissió Permanent s'encarrega d'assegurar l'activitat de la Comissió de Codificació entre cada ple, revisar i debatre els treballs realitzats per les seccions i proposar la incorporació a les reunions de les seccions de persones expertes en una determinada matèria, quan l'objecte d'estudi així ho requereixi. Aquestes seccions són: Harmonització; Obligacions i Contractes; Drets Reals; Persona i Família; Dret de Successions, i Persones Jurídiques, tot i que, mitjançant una resolució de la persona titular del Departament de Justícia, es poden constituir altres seccions especials per a la preparació de lleis especials o comeses concretes.

Actualment està en funcionament la Secció d'Obligacions i Contractes, que té l'encàrrec de preparar tots els textos prelegislatius que condueixin a l'elaboració del contingut del llibre VI del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i contractes; també està en funcionament la Secció de Drets Reals, que té l'encàrrec de revisar la institució de la propietat horitzontal regulada en el llibre V, relatiu als drets reals, en compliment de la Resolució del Parlament que insta el Departament de Justícia a revisar expressament l'esmentada figura jurídica, i, finalment, està en funcionament la Secció d'Harmonització, que té l'encàrrec de fer una revisió conjunta de tots els textos legislatius en vigor per tal d'harmonitzar-los.

L'Observatori de Dret Privat de Catalunya té, entre les seves funcions més rellevants, les de **fomentar i impulsar els projectes destinats a actualitzar, modificar i desenvolupar el Dret Civil, promoure estudis i iniciatives de divulgació i difusió del Dret Civil català i informar i deliberar sobre les línies generals del pla d'activitats i ratificar els plans d'actuació anuals de la Comissió de Codificació.**

Una reflexió sobre l'Agència Notarial de Certificació



César Belda Casanova

Degà del Col·legi Notarial de València i Conseller Delegat de l'Agència Notarial de Certificació

El dia 26 de juliol de l'any 2002, l'aleshores President del Consell General del Notariat, el senyor Juan Bolás Alfonso, constituïa, davant del també Notari de Madrid Isidoro Lora-Tamayo, l'**Agència Notarial de Certificació** (d'ara endavant, ANCERT), el membre únic de la qual era (i continua sent) l'òrgan que presidia.

Va ser una decisió que havia costat prendre i a la qual es va arribar per la concurrència de diferents fets que van acabar fent-la inexcusable. No va ser el menys important l'afany dels aleshores President i Vicepresident, el senyor José Felix Belloch, d'assimilar per al Notariat espanyol els avenços que ja havíem començat a percebre entre altres notariats propers, especialment el francès, en matèria d'informàtica. Però, sens cap mena de dubte, **el fet determinant el va constituir la publicació de la Llei**

24/2001, que ens atorgava als notaris el fins aquell moment desconegut privilegi de poder remetre amb valor de document públic les escriptures o actes, si l'enviament es realitzava entre autoritats notariales, administratives o judicials, i l'ús de la signatura electrònica reconeguda notarial⁽¹⁾. L'Entitat de Certificació que ens va llogar la tecnologia per engegar el gener de 2002 amb les primeres signatures digitals va ser la Fàbrica Nacional de Moneda i Timbre. I gairebé des del primer moment es va posar de manifest la necessitat de **disposar de mitjans propis que ens permetessin emetre les nostres pròpies signatures electròniques i definir les nostres polítiques de certificació en funció de les nostres necessitats.**

Així doncs, a finals de l'any 2002, al local que constituïa la seu de l'antiga

fundació FESTE⁽²⁾, al carrer de Tuset de Barcelona, va començar la seva activitat mercantil que tant ens hauria d'ocupar i de preocupar.

Serà difícil trobar en la història del Notariat espanyol una institució que, gairebé des del primer moment, hagi generat tal nivell de **crítica, rebuig i desconfiança** per part dels seus usuaris com el que l'ANCERT ha concitat entre gran part dels notaris del nostre territori patri.

Vist amb la perspectiva que donen els anys i els errors, potser sigui el moment de parar-nos a reflexionar sobre les causes que en qualsevol àpat de districte o xerrada de cafè entre notaris, gairebé invariablement, s'hagi acabat (o començat) deixant com un drap brut la mercantil objecte d'aquesta tribuna.



Entre aquestes causes esmentaria, en primer lloc, **el caràcter imperatiu del naixement de la institució**. Els notaris no estudiem per ser tècnics en signatura electrònica. Ni tan sols ens agrada, en la majoria dels casos, haver de remenar els ordinadors. I ja no diguem quan aquest enteniment deriva en l'obligatorietat de conservar el secret del pin i, per tant, l'autoria directa per a la remissió de les còpies electròniques. Pot ser molt mal entesa una relació quan una de les parts està, senzillament, obligada a iniciar-la.

La qüestió empitjora quan, a més a més, és aquesta mateixa part la que l'ha de costejar. Un cost del qual, a més a més, qui l'aporta només en rep progressivament més i més obligacions per atendre els requeriments d'una diàspora d'administracions públiques la imaginació de les quals, pel que fa a polítiques econòmiques, es limita a la demagògia de baixar més i més un aranzel amb el qual (paradoxalment) hem de finançar les eines informàtiques que ens permetin obtenir més i més informació. Una administració, independentment que sigui estatal o autonòmica, en què en el seu repertori terminològic la paraula *gràcies* només brilla per la seva absència.

Però si pretenem que la reflexió sigui seriosa, també caldrà examinar si la mateixa ANCERT no ha comès errors que hagin justificat, en més o menys mesura, aquestes crítiques. No podem pensar que les causes d'aquest rebuig s'hagin de trobar únicament en el codi genètic dels fedataris.

I potser el principal error comès s'hagi produït per una comunicació defectuosa.

En primer lloc, una **informació defectuosa puntual**. L'ANCERT és una empresa de serveis per al Notariat i, per tant, l'element pel qual es va haver de vetllar més, des del primer moment, va ser la qualitat de l'atenció als notaris que truquessin reclamant assistència per a les aplicacions. D'això, no sempre se n'ha tingut cura tal com calia.

I, en segon lloc, una **informació institucional insuficient**. La necessitat d'executar els projectes en els terminis marcats, les demandes dels notaris o els requeriments de les administracions han fet que potser

no s'hagi prestat atenció a rebre en assemblees, i de viva veu, les percepcions directes dels qui, en definitiva, som els únics interessats en la nostra mercantil. No és menys cert que en els casos en què s'han convocat jornades informatives l'assistència dels notaris ha estat mínima, però aquesta potser no ha de ser l'excusa per continuar buscant les vies d'un coneixement directe dels notaris i de les seves inquietuds.

Serà difícil trobar en la història del Notariat espanyol una institució que, gairebé des del primer moment, hagi generat tal nivell de crítica, rebuig i desconfiança per part dels seus usuaris com el que l'ANCERT ha concitat entre gran part dels notaris del nostre territori patri

Però, abans d'examinar quina és la situació actual de l'ANCERT i quines haurien de ser les claus del que ha de ser el futur immediat de la nostra mercantil informàtica, hauríem de començar per una reflexió prèvia.

L'error més gran que pot cometre una corporació és no ser conscient d'allò que la societat n'espera.

En aquest sentit, sí que disposem de suficients elements de judici sobre l'esdevenir dels darrers anys del segle anterior i dels primers d'aquest per poder partir de determinats apriorismes prou contrastats:

- a) **Una corporació és més forta com més redueix els temps de comunicació entre els seus components.** Un dels valors afegits de les grans entitats financeres respecte de les petites és que les seves dades poden ser comunicades immediatament entre totes les seves oficines. Les petites, quan s'han de relacionar amb les altres, requereixen processos afegits. En aquest sentit, la possibilitat de comunicació dels documents públics entre totes les notaries va marcar un abans i un després per a la imatge de modernitat del Notariat espanyol.
- b) **Per a qualsevol corporació la funció de la qual depèn d'un tracte directe amb els ciutadans, es requerirà que tots els processos d'informació si-**

guin homogenis, ja que, si no és així, es generaran discriminacions locals i, per tant, una pèrdua local del prestigi de la corporació en qüestió. La capillaritat del Notariat (les nostres tres mil notaries) requereix que els serveis informàtics estiguin implementats de la mateixa manera tant a la primera notaria de València com a l'última notaria de Cantàbria.

- c) **En l'actual situació de globalització, la necessitat per als estats de rebre i administrar la informació (tot tipus d'informació) condiciona l'existència del mateix Estat.** Durant la primera meitat del segle passat, l'exigència d'informació derivava essencialment d'imperatius tributaris. Avui dia, l'esperit recaptatori continua sent una de les raons importants, però ja s'han obert pas altres necessitats tan o més prioritàries: els moviments migratoris, les estadístiques necessàries per als dissenys de les polítiques econòmiques, la prevenció del terrorisme, la lluita contra el blanqueig de capitals i tot l'etcètera que qualsevol alt funcionari de qualsevol administració ens podria explicar.

Aquesta voracitat/necessitat no és innòcua per als organismes dependents de l'Administració. Per contra, en la capacitat per tractar les dades es xifra gran part de la fiabilitat i la utilitat que aquests organismes representen per al mateix Estat.

- d) **El creixement de qualsevol corporació de serveis s'ha de realitzar prioritàriament amb desenvolupaments propis, si bé amb un percentatge representatiu, tot i que minoritari, de serveis externalitzats.** Així s'aconsegueix la doble finalitat de qualsevol empresa:
 - Dotar-se de valor/coneixement en els desenvolupaments que li són propis i que, en qualsevol cas, han de constituir i consumir la majoria dels recursos de la mateixa empresa.
 - D'altra banda, l'externalització d'una part del negoci/servei permet dotar de més flexibilitat el negoci principal, en poder desprendre's de part de les obligacions contractades davant d'una situació de crisi o, sim-



plement, davant d'una nova línia de negoci per a la qual l'empresa contractada en primer lloc no estigui preparada.

e) Reforçament internacional. No hi ha dubte que, si una solució qualsevol adoptada per una corporació per a un país és posteriorment reproduïda en un altre país, s'aconsegueixen dos objectius: en el país que la crea, es guanya confiança en la corporació creadora ja que la bondat de la creació està corroborada per la seva acceptació en altres àmbits; en el país que la rep, es reforça una situació de dependència de la qual al final en resulten enfortides totes dues corporacions. La posició de la corporació serà més forta com més gran sigui el nombre de països en què s'adopti la mateixa solució. Però, per tal que això es pugui produir, cal que es doni una actitud proactiva. D'una banda, cal donar a conèixer les solucions i els desenvolupaments pels quals la corporació ha optat i que, en més o menys mesura, ja hagin tingut èxit en l'àmbit nacional, i, de l'altra (i això és més difícil), s'exigeix un acte que podríem anomenar «de generositat egoista»: els desenvolupa-

ments propis, que, en general, es troben finançats, han de poder ser participats per altres corporacions d'altres països amb el mínim cost possible. El rendiment polític, quan suposi l'enfortiment de corporacions semblants a la pròpia, ha de prevaler sobre l'econòmic.

f) Aquestes són consideracions que crec que són extrapolables tant a la nostra funció com a la de qualsevol corporació semblant a la nostra. No obstant això, vull acabar exposant-ne una que és específicament notarial.

Pensem que la nostra funció és especialment sensible a allò que Sun Tzu denomina «l'estratègia de l'aigua»⁽³⁾. **La pèrdua de la qualitat sembla ser constant en l'actual escenari mundial.** I l'escriptura pública constitueix, en canvi, l'epítom jurídic d'aquesta qualitat. Existeixen vectors coneguts per tothom que pretenen suplir la qualitat no només amb el preu més baix, sinó amb altres compensacions (menys rigor formal, més comoditat, etc.). Tensions a les quals no són aliens, en absolut, els grans despatxos d'advocats de *common law*. La qual cosa al final pretén representar un canvi de model en el siste-

ma de la seguretat jurídica, tot substituint la preventiva per la pal·liativa.

La crisi ha provocat seriosos dubtes sobre la conveniència de permetre aquest canvi de model, però amb això no n'hi haurà prou. **L'única manera d'evitar que la moneda dolenta desplaci la bona és afegint valor a la bona.**

Fins ara, la funció notarial s'havia basat gairebé exclusivament en el concepte del nostre producte principal: el document públic. De cara a aquest segle, considero necessari revisar l'eix central de la funció col·locant el productor (el Notari) com a centre de tot l'escenari. O el que és el mateix: l'oficina notarial

Fins ara, la funció notarial s'havia basat gairebé exclusivament en el concepte del nostre producte principal: el document públic. **De cara a aquest segle, considero**





necessari revisar l'eix central de la funció. Ja no podem centrar-nos en el producte, sinó que hem de col·locar el productor (el Notari) com a centre de tot l'escenari. O el que és el mateix: l'oficina notarial. **El Notari ha d'aparèixer, necessàriament, com la finestra única extrajudicial.**

No n'hi haurà prou amb redactar el document en la forma jurídicament correcta per tal que faci efecte. Hem de prevenir la depuració fiscal i jurídica d'allò que es transmet, poder coordinar diferents voluntats i permetre, amb els desenvolupaments informàtics, la contractació entre no presents, verificar la regularitat dels mitjans de pagament, assegurar els drets transmesos (fins i tot la seva identitat física), extreure dels documents públics les dades econòmiques generals el contingut de les quals col·labori en el disseny de les polítiques econòmiques del país i, per acabar, i no menys important, informatitzar el contingut del document públic, tot respectant el secret de protocol, per tal que només qui hi tingui dret, dins dels límits constitucionals, es pugui servir d'aquesta informació fidedigna.

Si som capaços de complir tot això, difícilment serem substituïbles. Però, com és fàcilment comprensible, **per fer tot això necessitem desenvolupaments informàtics.**

I, a més a més, caldrà adaptar els processos a una sèrie de requisits:

- 1) Han de ser **processos informàtics barats**. Si el cost és excessiu, la càrrega econòmica, que ha de ser costejada exclusivament pels notaris, provocarà l'abandonament dels desenvolupaments.
- 2) **Les aplicacions de comunicació han d'estar centralitzades**. És impensable un sistema de missatgeria informàtica que hagi de fer compatibles aplicacions diverses.
- 3) **L'organisme de gestió informàtica ha de definir els seus desenvolupaments únicament i exclusivament per satisfer les necessitats de la funció notarial i segons les directrius d'aquesta**. Un servei que el Notariat definirà, segons els casos, per atendre necessitats de les seves relacions amb altres administracions o corporacions o per a simples necessitats de la mateixa oficina.

Doncs bé, és tot això el que l'ANCERT ha estat atenent des del seu naixement i el que pretén seguir atenent en un futur.

El propòsit d'aquest article no és una enumeració avorrida dels diferents serveis que ja està prestant l'ANCERT. Ni tampoc dels projectes que esperem posar en marxa. Tanmateix, sí que crec que cal establir quines seran **les línies que des del Consell d'Administració de l'ANCERT volem que determinin l'activitat de la mercantil durant l'any vinent**. Unes línies que podríem concretar en els punts següents:

- a) **Des de la primera versió de l'Índex Únic Informatitzat fins ara han passat set anys.** Si mirem enrere, hem de destacar tres moments crítics: la posada en marxa inicial, el doctor Índex i la posada en funcionament del Nou Índex Únic. Els tres moments, molt especialment el darrer, han estat realment traumàtics per al funcionament diari dels nostres despatxos. Intentar descompondre un producte literari com és l'escriptura pública en un arxiu informàtic causalitzat ha exigut un esforç que crec que poques vegades se li haurà exigut a una corporació. El Notariat va assumir el repte que li va imposar l'Administració, especialment pel que fa a esforç personal, i va complir posant en marxa un projecte sense precedent, fins i tot amb tots els defectes que tant per a la planificació, el temps d'implantació i el disseny es van posar de manifest en un primer moment i que, a poc a poc, s'han intentat pal·liar en les versions posteriors.

Això no obstant, el principal defecte que crec que se li pot atribuir a l'Índex és que **l'esforç que suposa dia a dia per a tots els notaris no es veu reflectit en un resultat, en una resposta per part de l'Administració, que es correspongui, ni de bon tros, amb la càrrega de treball que ens imposa**. O almenys això és el que sembla.

Potser podem trobar una tímida mostra de reconeixement a l'Oficina Virtual del Cadastre, ja que ens permet obtenir els certificats cadastrals descriptius

i gràfics en correspondència amb els enviaments per canvis de titularitat. O una parca gratitud en el tractament de l'Agència Tributària, ja que no ens exigeix enviar el 198, atès que aquestes dades ja estan en el seu poder amb els enviaments mensuals. Alguns notaris especialment ben pensants poden arribar a trobar una relació causa-efecte entre la remissió informatitzada dels actes subjectes a l'ITP i l'obertura de les oficines liquidadores a la signatura electrònica notarial. Però això és més dubtós i no se li hauria de donar gaire crèdit.

I, tanmateix, encara que els notaris no arribem a percebre'n la importància, **ha estat precisament l'Índex el que ha transformat la percepció de l'activitat notarial davant de l'Administració, davant dels clients i, sobretot, davant del nostre futur.**

Cal que establím quines seran les línies que des del Consell d'Administració de l'ANCERT volem que determinin l'activitat de la mercantil durant l'any vinent

L'Índex constitueix, en aquest moment, la segona base de dades de l'Estat espanyol, després de la d'Hisenda, i possiblement arribi a ser la primera en un parell d'anys. No puc ni he d'explicar aquí el conjunt d'utilitats i requeriments que tots els dies s'han d'atendre tant des de l'ANCERT com des de l'OCP: la dependència de la major part de les entitats locals, dels òrgans judicials, fiscals i fins i tot estadístics. Però sí que crec necessari posar de manifest que **el principal mèrit de l'Índex ha estat permetre que el Notariat sigui vist per tots, sobretot per nosaltres mateixos, com una corporació no només constituïda, sinó cohesionada per tres mil punts no solament de generació d'escriptures, sinó d'informació i de serveis**. No hi ha cap institució com aquesta al nostre país i, segons el que sé dels altres notariats, tampoc en altres països.



Per això, **l'aposta essencial de l'ANCERT és (i ho continuarà sent almenys durant l'any vinent) per la cohesió i la qualitat de les dades que recollim.** D'això, a aquestes alçades, ni nosaltres, ni l'Administració, ni els nostres clients, ni la societat en general, ja no en podem prescindir.

Hi ha una idea que tots hem de rebre: l'ANCERT és nostre. Som nosaltres. Dissenyarà i actuarà en funció del que constitueixin les necessitats del Notariat

b) Especial atenció al Centre d'Atenció a l'Usuari (CAU) i a la comunicació directa amb els notaris. Segons totes les comprovacions de qualitat que habitualment es duen a terme, **el CAU ha estat, al llarg del darrer any, el servei que presta l'ANCERT que més ha millorat en la consideració dels notaris.** No obstant això, entenem que encara queda recorregut per a la millora.

Tanmateix, creiem que la verdadera millora no s'aconsegueix amb una consulta puntual. Això només reflecteix la patologia d'un problema concret. En canvi, **hem d'aspirar, precisament, a minimitzar el servei de consultes amb una major freqüència dels cursos de formació per a empleats.** Uns cursos que, en general, repercuteixen, a més a més, en una millor entesa per part dels oficials de les mateixes institucions jurídiques amb les quals es treballa.

Així mateix, pretenem **establir un sistema de formació itinerant de professors especialitzats que acudeixin personalment als col·legis** a fi d'incidir, presencialment, en aquells aspectes per als quals haguem detectat més dificultat o una comprensió defectuosa.

c) Rebaixa pressupostària. Tots coneixem la situació en què es troben les notaries. També semblava necessari per part de l'ANCERT realitzar un esforç de moderació dels ingressos que impliqués una correspondència en la moderació de la despesa.

El primer dels aspectes s'ha aconseguit **suprimint, a partir de l'any de gener de l'any vinent, el cobrament de l'euro per la presentació de les còpies telemàtiques**, fet que representarà un estalvi molt considerable precisament per a aquelles notaries que han estat complint més i millor amb la seva obligació de presentació telemàtica. Aquesta reducció dels ingressos ha implicat necessàriament una reducció de les despeses. La conseqüència inevitable suposa necessàriament **l'ajornament de projectes l'execució dels quals no es considera prioritària.** Però també cal posar en valor l'esforç que per part del personal de l'ANCERT s'està disposat a realitzar, autoimposant-se un esforç laboral més gran que permeti, així, atendre més projectes amb menys persones.

La conclusió de tot això s'ha plasmat en el fet que el darrer Consell General del Notariat **va aprovar el pressupost de l'ANCERT per a l'any següent amb una rebaixa del 10% del pressupost global.**

Crec, però, que és de justícia posar de manifest en aquest moment dues dades de coneixement necessari per jutjar el que està sent la marxa de l'empresa. El primer és que **el pressupost, fins i tot sense la rebaixa aprovada (amb la rebaixa, la diferència, lògicament, és encara més gran), és inferior en aquest moment al pressupost de l'any 2005**, amb aproximadament el mateix nombre d'empleats. Només cal pensar en el nombre d'aplicacions i de serveis que hi havia el 2005 i en els que hi ha ara per entendre l'esforç que ja s'ha realitzat durant aquests anys per optimitzar resultats i serveis.

El segon és que, d'aquest pressupost, **l'any 2005 els notaris n'aportàvem el 91%, mentre que en aquest moment l'aportació purament notarial no arriba al 68%.**

Ometo igualment qualsevol referència a les utilitats que cada Notari obté amb els serveis de l'ANCERT i que col·locarien les quantitats realment aportades en una xifra propera als números negatius.

d) Replantejament estratègic de projectes. En els principis de qualsevol activitat, especialment una de tan complexa com la que suposa l'entesa (en més o menys mesura) de tres mil usuaris amb gran part de la diàspora administrativa nacional, es va intentar atendre totes les demandes possibles. Calia atendre totes les demandes de qualsevol administració, sense importar la seva dimensió ni la seva incidència pràctica. Ens havíem de fer presents perquè ens havíem de fer creïbles.

Però, nou anys després de la seva creació, el projecte ha guanyat maduresa. Tant la perspectiva notarial com l'experiència de la mercantil ens permeten **discriminar aquells projectes de verdadera utilitat per a la Corporació notarial d'aquells que no la tenen.** Per posar un exemple, si una administració d'una comunitat autònoma determinada ens sol·licita una aplicació per a la inscripció telemàtica de les fundacions que s'hi constitueixen i aquest desenvolupament exigeix un pressupost anual de 10.000 euros, per a cent fundacions anuals, el projecte, encara que sigui viable, no l'hem de considerar.

e) Increment de serveis. Fins l'any passat, els serveis de l'ANCERT havien estat gairebé exclusivament encaminats a atendre la funció notarial. Els pocs serveis enfocats pròpiament als notaris (la Central de Compres, bàsicament) no han acabat de quallar, bàsicament perquè els elements que es podien comprar a preus molt més barats que a les botigues convencionals després solen requerir un procés d'instal·lació que depèn de tècnics locals.

Però **la tarifa plana de Movistar està constituint un autèntic èxit, amb un estalvi important** no solament per al mateix Notari i la seva família, sinó també per al personal dels despatxos. En aquesta mateixa línia, **estem treballant en un sistema de còpia de seguretat remota** que va ser aprovat pel Consell General del Notariat i que representarà un abaratiment important en aquest tipus de garanties a les quals ens obliga la Llei de Protecció de Dades. **També s'està estudiant reduir els costos en telefonia fixa i en sistemes de vigilància i seguretat per a les notaries.**



Esperem poder arribar, en el decurs de 2012, a tots aquests desenvolupaments.

f) Desenvolupaments informàtics. Fa vint-i-cinc anys començaven a sorgir els desenvolupaments informàtics. En aquell moment, el Notari veia la informàtica com un mal menor, com una cosa per la qual calia passar perquè estava clar que constituïa el futur. Però seria un futur que ens escriurién els altres. I van ser els altres els que ens van ajudar en la nostra funció. La competència entre els diferents agents que van començar a prestar-nos serveis va fer que la qualitat anés millorant i que la seva assistència i professionalitat acabés sent essencial per al nostre exercici.

Seguim pensant que la competència ha de continuar existint, ja que no ens pot aportar res de dolent. **Però també pensem que la Corporació notarial, i especialment l'ANCERT, ja està preparada**

per poder desenvolupar programes a fi que aquells notaris que ho necessitin es puguin aprofitar del nostre desenvolupament tecnològic. D'això també ens n'haurem d'ocupar.

I res més. Tal com veieu, he volgut aprofitar aquesta tribuna per intentar donar una visió de cap on anem, que sempre és més imprecís i vague que intentar explicar amb què s'hi va (aplicacions concretes), molt més descriptiu i precís.

Però, sobretot, hi ha una idea que tots hem de rebre: **l'ANCERT és nostre. Som nosaltres. Dissenyarà i actuarà en funció del que constitueixin les necessitats del Notariat.** La responsabilitat dels degans serà la de ser capaços de rebre suggeriments i de canalitzar les crítiques. Aquesta és l'única manera per tal que no ens resulti estrany i perquè arribem a percebre el servei que ens presta i les necessitats que ens satisfà.

- (1) La menció de la «signatura electrònica reconeguda» va ser introduïda per la Llei de Signatura Electrònica el 2005. Fins aleshores, la Llei 24 parlava de «signatura avançada».
- (2) Fundació per a l'Estudi de la Seguretat en les Telecomunicacions. En formaven part el Consell General del Notariat, l'antic Col·legi Nacional de Corredors de Comerç, el Consell General de l'Advocacia Espanyol i la Universitat de Saragossa.
- (3) SUN Tzu, *L'art de la guerra*: «Ara, un exèrcit pot ser semblant a l'aigua, ja que, a l'igual que l'aigua que flueix evita les alçades i es dirigeix al pla, un exèrcit ha d'evitar la força i atacar sobre la debilitat. I, a l'igual que l'aigua flueix i pren forma d'acord amb el terreny, un exèrcit es dirigeix a la victòria d'acord amb la situació de l'enemic. A l'igual que l'aigua no té una forma constant, no hi ha condicions constants en la guerra. A aquell que és capaç d'aconseguir la victòria modificant les seves tàctiques d'acord amb la situació de l'enemic, bé se'l pot anomenar *diví*».



La seguretat jurídica preventiva en la contractació immobiliària i mercantil: ombres i reptes



Antonio Giner Gargallo
Degà del Col·legi de Registradors de Catalunya

Un dels principis rectors bàsics del nostre ordenament constitucional és el de la seguretat jurídica (article 9 de la Constitució espanyola). En virtut d'aquest principi, l'Estat està obligat a proporcionar una resposta certa als comportaments dels ciutadans. **En l'àmbit concret de la contractació immobiliària i del tràfic mercantil, l'exigència de seguretat jurídica es tradueix en la necessitat d'establir mecanismes que resolguin les incerteses pròpies d'aquests mercats, a fi de permetre una determinació clara i ràpida dels drets de propietat.**

El nostre ordenament assoleix aquest objectiu mitjançant un **doblet mecanisme**:

a) D'una banda, estableix un **sistema de prova privilegiat, la fe pública**, que

permet donar certesa de l'existència i de la data dels contractes, del seu contingut i de la identitat i la capacitat dels atorgants. Aquesta funció està encomanada als **notaris**.

b) D'altra banda, s'estableix un **sistema públic d'informació jurídica, a través d'uns registres públics**, i es protegeix jurídicament a qui ha contractat confiant en aquesta informació. S'encomana la gestió d'aquests registres als **registradors de la propietat, mercantils i de béns mobles**.

Les funcions que tenim encomanades a notaris i registradors van adreçades a establir i aclarir els drets de propietat, la qual cosa, segons reconeix el Banc Mundial en el seu informe *Doing business 2012*¹, «implica una reducció en el cost de resolució

de disputes, fa que les interaccions econòmiques siguin més predictibles i proporciona a les parts contractants transparència i protecció contra els abusos». **Per tant, la fe pública i els registres públics jurídics són institucions fonamentals per al desenvolupament de l'activitat econòmica.** Per això, quan institucions internacionals com ara el Banc Mundial valoren les bones pràctiques dels països per assolir un creixement econòmic, inclouen la necessitat d'una correcta regulació d'aquestes institucions.

A més de formar part de la mateixa estructura de seguretat jurídica preventiva, notaris i registradors **tenim en comú la nostra manera d'organitzar-nos**. Tots dos som funcionaris públics enquadrats en el Ministeri de Justícia, que hem estat nomenats



nats per l'Estat a través d'una oposició, que ens hem d'ajustar als procediments legals en el nostre exercici i que estem sotmesos a un control disciplinari públic. **No obstant això, gaudim de certa llibertat en l'organització de la nostra funció pública**, ja que també concorre en nosaltres la condició de petits empresaris que ens hem de dotar, a costa nostra, dels mitjans personals i materials necessaris per exercir la nostra funció; que no rebem retribució a càrrec dels Pressupostos Generals de l'Estat, sinó dels usuaris del sistema de seguretat, a través d'uns preus o aranzels fixats per l'Estat, i que assumim personalment la responsabilitat civil pròpia de la nostra funció. **Aquest caràcter empresarial ens ha permès adaptar-nos a les situacions canviants del mercat**, des de la bombolla immobiliària a l'actual estancament produït per la crisi. La situació ha estat molt diferent quan es tracta de matèries de competència de l'Administració. Així, el Ministeri de Justícia va dissenyar unes demarcacions notariales i registrals en l'època de creixement i ha acabat executant-les en l'època de crisi. Una cosa semblant va passar amb la Llei 41/2007, de 7 de desembre, amb la qual es van introduir mesures de liberalització del mercat hipotecari que mai no es van arribar a utilitzar.

Aquest sistema, que ha permès dotar Espanya d'un excel·lent sistema de seguretat jurídica, **ha estat objecte de discussió en la darrera dècada** des de diferents posicions. Així doncs, des d'una posició que podríem denominar **ultraliberal**, s'ha considerat notaris i registradors com a traves burocràtiques que cal suprimir. Altres, **des de l'altre extrem, han discutit la introducció de mecanismes d'eficiència privada en l'organització de la fe pública i dels registres públics**. Però ni els uns ni els altres s'han atrevit a fer una formulació oberta de les seves posicions. Si fossin conseqüents, els que defensen que som traves burocràtiques que cal suprimir haurien de proposar la substitució del sistema de seguretat jurídica per un de seguretat econòmica o assegurança de títol, que no només és menys eficient i més costós², sinó que és contrari al mandat constitucional de seguretat jurídica i als criteris fixats pels organismes internacionals per assolir un creixement econòmic. D'altra banda, tampoc no hi ha hagut una formulació clara de modificació de l'estatus de notaris

i registradors per convertir-los, juntament amb el personal auxiliar, en funcionaris retribuïts a càrrec dels Pressupostos Generals de l'Estat, la qual cosa, en l'actual context de crisi i d'aflluïment (si no desmantellament) de les administracions públiques, sembla cada cop menys possible. **No obstant això, uns i altres s'han aliat per proposar i obtenir modificacions aranzelàries que, en fixar honoraris per sota del cost del servei, el van deteriorant i n'impossibiliten la correcta prestació**. Tot això sota la falsa premissa d'estar reduint els costos de transacció, quan, **actualment, els costos notariales i registrals només suposen l'1,41% dels costos de transacció immobiliària, mentre que el 98,59% restant l'ocupen els costos fiscals**, segons l'informe *Doing business 2012* esmentat anteriorment.

Davant d'aquests atacs, no podem dir que la reacció dels nostres col·lectius hagi estat intel·ligent. Els ridículs debats de la darrera dècada sobre qui qualifica els poders, qui controla la legalitat, la duplictat de funcions, la lliure elecció, la inscripció de documents no autèntics, etc., no només han omplert de satisfacció els qui propugnen la supressió de l'actual model, sinó que no han aportat cap millora al nostre servei públic.

De tot això, entenc que cal extreure'n una doble conseqüència:

- a) En primer lloc, que **la seguretat jurídica és fruit d'un treball conjunt de notaris i registradors: és el nostre producte**. La societat ens valora conjuntament i la nostra preocupació ha de ser una millora constant de la qualitat del producte.
- b) En segon lloc, que **és necessari que, com a operadors principals del sistema de seguretat jurídica, assumim el lideratge en la formulació de les reformes a efectuar, que millorin el resultat final de la nostra actuació**. Si la nostra comesa principal consisteix a aclarir i determinar els drets de propietat, hem d'estudiar aquells aspectes de la nostra feina que siguin millorables i aplicar en tot moment els mitjans de treball més eficaços amb la normativa vigent i, si cal, proposar als poders públics les reformes normatives que escaiguin.

Un cop arribats a aquestes conclusions, ens quedaria fer una breu enumeració de quins aspectes de la nostra funció es poden millorar. Per a això, hem de tenir en compte les noves oportunitats que ofereixen els avenços tecnològics, que ens donen instruments per millorar el servei públic que exercim. L'informe *Doing business 2012* que hem esmentat assenyala que «les tecnologies brinden noves oportunitats per millorar la transparència, facilitar l'accés a la informació i complir les regulacions». Per això, dins les bones pràctiques que té en compte, en l'àrea de facilitar el registre de propietats s'hi inclou l'existència de bases de dades electròniques, informació en línia, procediments accelerats, terminis eficients, etc. **Notaris i registradors som els qui hem de portar la iniciativa de les reformes del sistema, perquè som els qui millor el coneixem**. Ja tenim l'experiència de reformes sorgides d'altres àmbits on no sol prevaler l'interès del servei públic, sinó els interessos particulars d'algunes entitats importants. Moltes d'aquestes reformes les podem dur a terme per simple acord dels nostres col·legis professionals, com a corporacions de Dret Públic que són. En aquesta línia, algunes de les reformes a propugnar són:

En l'àmbit de la contractació immobiliària i del tràfic mercantil, l'exigència de seguretat jurídica es tradueix en la necessitat d'establir mecanismes que resolguin les incerteses pròpies d'aquests mercats

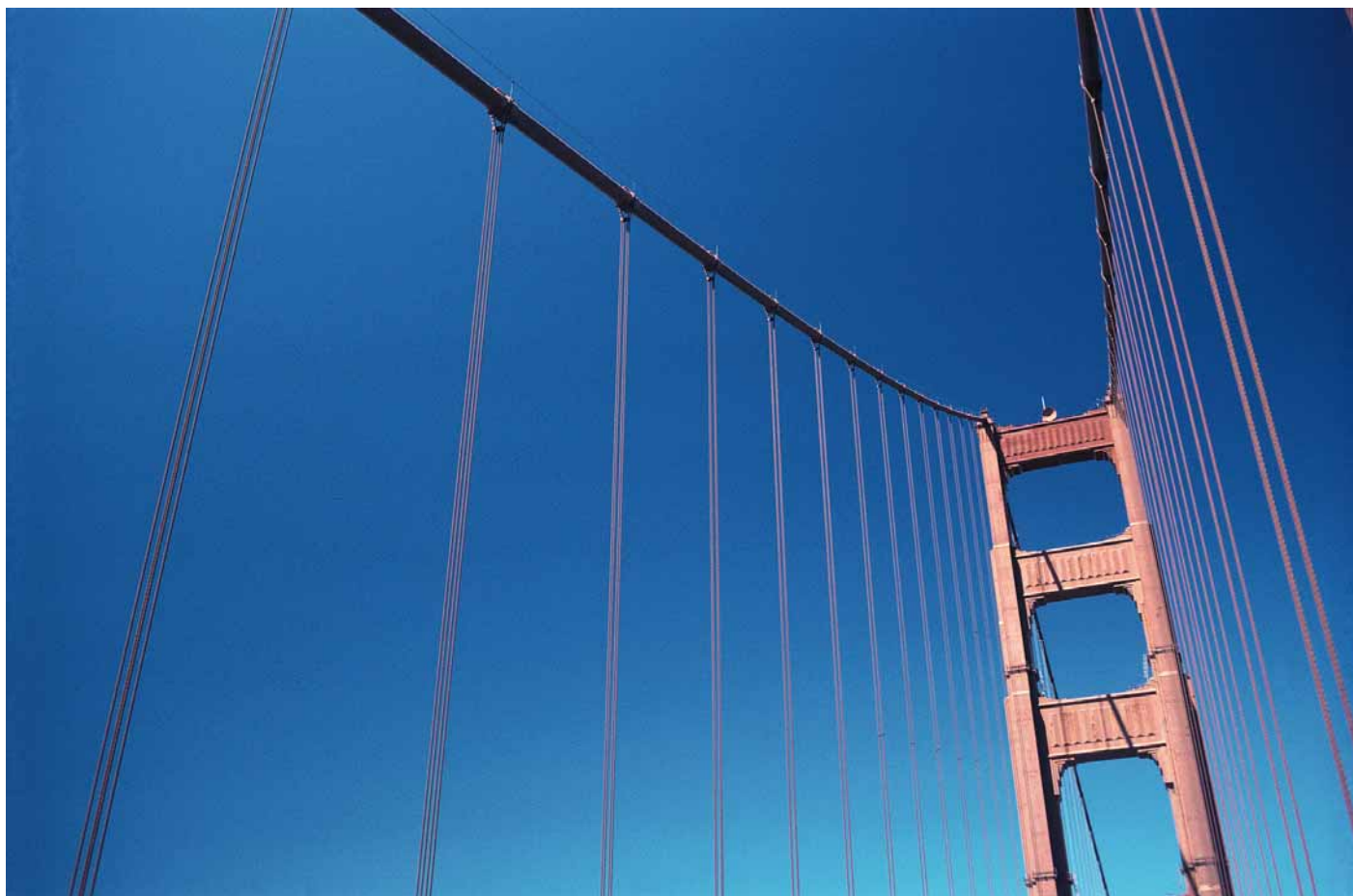
- Establir un **mecanisme que permeti als notaris accedir a la informació registral en temps real** en el moment de la signatura del document i **obtenir la seva presentació al Registre immediatament** després de la signatura del contracte.
- **Deslligar la qualificació i la inscripció de la necessitat de pagar els impostos**, tot reduint enormement el termini entre l'autorització i la inscripció, però fixant mecanismes d'afeccions o garanties que permetin assegurar-se del seu pagament.



- Avançar cap a **un registre i un protocol notarial electrònic i perfectament interoperables**.
 - Donar forma gràfica a la descripció de l'immoble i establir un procés de convergència amb la descripció cadastral.
 - Associar a la finca informació urbanística i ambiental, per evitar l'existència de càrregues ocultes que afectin la valoració dels immobles.
 - **Adaptar les actuals demarcacions notarial i registrals a l'actual situació econòmica.**
 - **Dotar el Notariat d'àmplies funcions en matèria de jurisdicció voluntària**, utilitzant aquest procediment fins i tot com el mitjà ordinari de cancel·lar les hipoteques.
 - Establir **mecanismes interns de resolució de conflictes**.
- Aquestes i altres reformes han d'anar sempre adreçades a aconseguir que la

nostra funció es compleixi millor i més ràpidament, a fi d'efectuar cada cop de manera més eficient el servei públic que l'Estat ens ha encomanat.

- (1) L'informe Doing business 2012 es pot descarregar a <http://doingbusiness.org>.
- (2) Es pot obtenir un pressupost d'assegurança de títol a <http://ratecalculator.fnf.com> i informació general sobre assegurances de títol a http://homebuying.about.com/od/homeshopping/qt/Title_insurance.htm o http://mtgprofessor.com/title_insurance.htm.



Adequació a la legalitat (de nou sobre la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008)



José Javier Cuevas Castaño

Notari de Barcelona i Exvicedegà del Col·legi de Notaris de Catalunya

Parlar o escriure a aquestes alçades sobre el **control notarial de legalitat**, després de tot el que s'ha escrit i parlat a propòsit de la **Sentència del Tribunal Suprem de 20 de maig de 2008**, pot resultar un exercici inútil o una manera de perdre el temps i d'avorrir el personal amb lamentacions i arguments que *uns* tenim sobradament assumits i *d'altres* mai no assumiran.

No obstant això, és necessari aquest recordatori, encara que només serveixi com a desfogament i com a prova que **els notaris no hem passat pàgina** i no oblidem el despropòsit que va suposar la Sentència (sigui dit amb tant respecte com discrepància) en situar-se a esquenes de la realitat social, utilitzant febles arguments merament formalistes, per donar la raó a qui, com una batalla més en aquesta guerra suïcida que hem estat mantenint, van pretendre alterar

l'**equilibri del sistema espanyol de seguretat jurídica preventiva** i arrabassar-nos una cosa consubstancial al nostre ofici. Malgrat que la seva hagi estat una **victòria pírrica**, que no ha alterat en res el paper que hem estat exercint ni la percepció social del Notari com a controlador de la legalitat (*guardabarreres* o *gatekeepers*, en terminologia moderna), no hem de renunciar a exigir que la nostra funció, en totes les seves dimensions, tingui exprés reconeixement al més alt i inqüestionable nivell normatiu, ni ens hem de conformar, encara que els valorem tant com es mereixen, amb reconeixements clars però incidentals del nostre **deure genèric de control de legalitat**, en disposicions com la Llei 2/2009 (article 18) o la més recent Ordre Ministerial EHA/2899/2011 (article 30), la impugnació de la qual es va afanyar a anunciar l'Associació de Registradors Bienvenido Oliver

(ARBO), donant així una prova més del seu reconegut «*apego*» (de *pegar*) pel Notariat.

L'argument fonamental del Col·legi Nacional de Registradors, en la seva legítima, exitosa i infructuosa pretensió d'engegar en orri l'**article 145 del Reglament Notarial** (no només en allò redactat de nou pel RD 45/2007, sinó també en part del text que s'arrossegava des del Reglament de 1935), va ser la **falta de cobertura normativa** per regular per via reglamentària matèries respecte a les quals existeix **reserva de llei**. Davant d'aquest argument (que, sorprenentment, havia passat *inadvertit* en el seu obligat periple pel Consell d'Estat, la Comissió Delegada d'Afers Econòmics, la Comissió de Secretaris d'Estat i de Subsecretaris, el Ministeri d'Administracions Públiques, el Ministeri de Justícia i el Consell de Ministres), no van valer invocacions de normes



dotades del rang de llei requerit, ja que el Tribunal Suprem **va infravalorar o minimitzar** preceptes de la Llei del Notariat com ara el seu **article 1** (concretament, la seva expressió «conforme a les lleis», de plural clar i eloqüent) o l'**article 17 bis** (del qual en parlarem tot seguit) o el **24.2** (que imposa l'obligació de *vetllar per la regularitat no només formal, sinó també material dels actes o negocis jurídics*). Tampoc no va donar validesa a l'**habilitació legal** de l'**article 47**, que, sense el límit temporal i el caràcter transitori amb què la Sentència li va tallar les ales, facultava el Govern per *dictar les instruccions i els reglaments* necessaris per al compliment de la mateixa Llei. El Tribunal ni tan sols es va avenir a extreure les conseqüències que es podrien i s'haurien d'haver extret de la **Llei 14/2000**, en què es tipifica com a infracció molt greu l'**autorització o intervenció de documents contraris al que es disposa a les lleis o als seus reglaments**, i com a falta greu, les **conductes que impedeixin prestar amb imparcialitat, dedicació i objectivitat... el control de legalitat**.

És necessari aquest recordatori, encara que només serveixi com a desfogament i com a prova que els notaris no hem passat pàgina i no oblidem el despropòsit que va suposar la Sentència (sigui dit amb tant respecte com discrepància) en situar-se a esquenes de la realitat social

En cap cas els il·lustres magistrats van prendre en consideració, ni tan sols com a element interpretatiu útil a l'hora d'adoptar una decisió d'*importància històrica*, la ubicació del Notariat espanyol dins del sistema del **Notariat llatí**, que porta en el seu propi ADN el control de la legalitat d'actes i negocis jurídics, segons es pot veure, per exemple, en l'emblemàtica Llei italiana de 1913, l'article 28.1 de la qual disposava que «Il Notaro non può ricevere atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».

Ja han passat els temps en què la **visió judicial de la funció notarial era altament positiva** no només en tantes i tan valuoses

sentències que van donar suport, reforçar i potenciar el paper exercit pel Notari, sinó fins i tot en pàgines tan memorables com el conegut discurs que José Castan ens va dedicar en una solemne obertura de l'Any Judicial. Les coses i les actituds han canviat i, ara com ara, **és perceptible en seus judicials una certa devaluació del nostre ofici**, basada quasi sempre en interpretacions normatives rigorosíssimes i, en la majoria de casos, formalistes, com si el nostre fos un cos de disseny i implantació recent, amb suports normatius rabiosament actualitzats, inqüestionables, minuciosos i moderníssims, en lloc de tractar-se del resultat d'una decantació històrica secular que compta amb el suport tant de les normes com dels hàbits, percepcions i consensos acumulats en segles de bon fer, durant els quals van tenir la seva importància consideracions ètiques més exigents que les estrictament jurídiques. A dia d'avui, les coses han canviat, i això és evident en alguns dels pronunciaments del Tribunal Suprem sobre l'última reforma del nostre Reglament, com el que avui ens ocupa, o en sentències de la mateixa Sala Tercera tan doloroses com la del 21 de gener de 2009 i la del 14 d'octubre de 2011, en què **queden impunes (per floritures jurídiques, tècnicament perfectes i substancialment mortals de necessitat) comportaments tan detestables com la captació irregular de clientela per part de notaris liberals**.

Tornant a la qüestió capital del control de legalitat per part del Notari, diguem, per al nostre consol i per poder continuar amb l'exercici diari del nostre ofici, que, tot i haver prosperat la impugnació del Col·legi Nacional de Registradors, **en res no ha canviat la manera de prestar-se la funció notarial ni la percepció social existent respecte al Notari**. Encara que l'article 145 del Reglament Notarial se'ns hagi ensorrat, res no ha impedit que els notaris (a més de fer ús de les reserves i advertències legals, a la qual cosa ens ha pretès reduir el Tribunal Suprem, tret de quan existeixi norma específica i de rang suficient que imposi la denegació de funcions) seguim tenint en la Llei del Notariat el suport necessari per continuar controlant la legalitat dels actes i negocis que autoritzem o intervenim. M'estic referint a l'**article 17 bis**, segons el qual, **com a requisit per poder autoritzar el**

document, el Notari ha de donar fe que «l'atorgament s'adequa a la legalitat», exigència que es reitera en el poc tros que s'ha salvat de la crema del malmès article 145 del Reglament.

Deixant de banda la imprecisió tècnica que representa exigir **dació de fe**, quan el més idoni hauria estat exigir simplement el **judici positiu del Notari** (tal com s'exigeix respecte a capacitat i legitimació), discrepo de l'actitud del Tribunal Suprem quan afirma que l'adequació està referida únicament «a la **legalitat de l'atorgament**, és a dir, la dació de fe pel Notari que l'atorgament ha tingut lloc en circumstàncies que expressa l'art. 193, un cop fetes les reserves i les advertències legals a què es refereix l'art. 194 i signada l'escriptura en la forma que es disposa a l'art. 195, després de la qual cosa el Notari autoritza el document». Davant d'aquesta visió reduccionista (que, com que no està residenciada en la *decisió*, no passa de ser una simple opinió o un argument discutible), entenc que l'exigència d'adequació fa referència a la **legalitat en tota la seva extensió, a l'ordenament jurídic en la seva globalitat**. Per justificar aquesta opinió, n'hi ha prou amb dir que l'**article 147** del Reglament Notarial (en la part que ha superat el sedàs immisericordiós del Tribunal Suprem) imposa al Notari l'obligació d'indagar la **voluntat comuna dels atorgants i d'adequar-la a l'ordenament jurídic**. Així doncs, queda clar que **l'adequació exigible és la de la voluntat dels atorgants amb l'ordenament jurídic** i no només, tal com ha afirmat el Tribunal Suprem, amb les **formalitats i els requisits de l'acte d'atorgament**.

La interpretació que preconitzo no és extensiva ni restrictiva, sinó simplement ajustada a les regles hermenèutiques de l'article 3 i dels articles 1281 i següents del Codi Civil (susceptibles de transposició des de l'àmbit de la interpretació dels contractes al de la interpretació de les normes). Només es tracta del vell aforisme que «allà on la Llei no distingeixi, no hem de distingir nosaltres». Sobre la base d'aquesta visió del terme **legalitat**, sembla evident que el Notari, quan consideri que **no existeix adequació de la voluntat dels atorgants amb la total legalitat vigent** (no només amb l'estricta **legalitat constituïda pel conjunt de requisits legals de l'acte de l'atorgament**), haurà



de denegar necessàriament l'autorització en no poder complir amb l'obligació que l'article 17 bis li imposa o, si es vol, podrà oferir la possibilitat d'autoritzar, però donant fe (o consignant el seu judici) que el contingut del document no s'adequa a la legalitat vigent, la qual cosa seria com una bomba adossada adherida al document o una fórmula segura per tal que s'avortés l'atorgament pel desistiment dels suposats atorgants.

Tot i haver prosperat la impugnació del Col·legi Nacional de Registradors, en res no ha canviat la manera de prestar-se la funció notarial ni la percepció social existent respecte al Notari

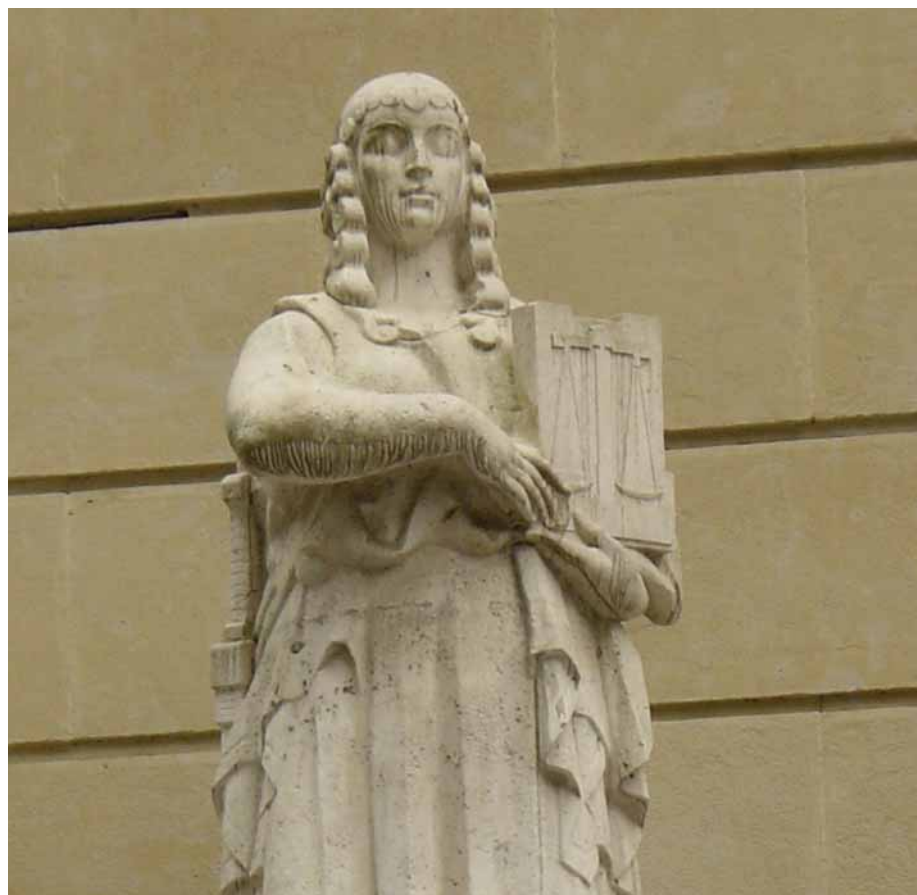
L'actitud que estic esbossant, en situar en primeríssim pla l'adequació de voluntats (i, per tant, de la seva plas-

mació documental) a l'ordenament jurídic, enllaça perfectament amb una de les concepcions més fecundes de la funció notarial, sostinguda per D'Orazi Flavoni i importada per Rodríguez Adrados, per a qui precisament és «la **funció d'adequació** la que marca la diferència específica entre el Notari i els altres documentadors».

Certament, hem de seguir reivindicant que de manera **clara i explícita**, en norma **congruent** i del **rang necessari**, es reconegui la realitat del que som i del que fem, però, mentrestant, podem seguir exercint el control de legalitat necessari per la via d'exigir **l'adequació de la voluntat dels atorgants a l'ordenament jurídic**, sense escudar-nos en la gastada proliferació de reserves i advertències legals o en el fet d'haver redactat «segons minuta». Aquestes coartades, excuses o justificacions, quan transcendeixin de ser informació exigible o mecanismes destinats a evitar perjudicis a tercers causats per aparences de validesa i eficàcia, es

poden convertir, tal com deia l'inefable i sempre contundent González Palomino, en **protestes d'irresponsabilitat** que **representen quasi sempre una deslleialtat i una covardia**. A situacions tan poc dignes ens abocaria l'estricta compliment de la Sentència del Tribunal Suprem, ja que, davant del **control-rebuig**, ens insta a refugiar-nos en aquest burlador immunitzant de les reserves i advertències com a manera de poder engeixar impunement el protocol, tot i el risc de convertir la vida jurídica en un camp minat d'actes i negocis claudicants per invàlids, anul·lables, viciats o incomplets. Obrar així seria aplicar, amb flagrant irresponsabilitat, la cínica recepta que fa anys apuntava Febrero, quan escrivia que, «encara que el contracte s'anul·li per algun pacte il·legal dels contraents, [...] no serà càrrec contra ell —*contra l'escrivà*—, ja que en donar fe que **així ho atorguen**, compleix».

No se m'acut una manera millor ni més ràpida d'acabar amb el Notariat.



Canvis i reformes a Espanya.

El sistema de seguretat jurídica preventiva i el seu futur



Joan Carles Ollé Favaró

Notari de Barcelona, Degà del Col·legi Notarial de Catalunya
i Vicepresident del Consell General del Notariat

Un dels grans **reptes** de l'Estat modern en el segle XXI és fer compatible, d'una banda, **l'impuls a les reformes i la modernització legislativa i econòmica** que exigeix una societat canviant en prolongat estat de crisi sistèmica, en el context d'un mercat que ja és mundial, i, de l'altra, el **manteniment de la inexcusable seguretat jurídica**. Un repte molt semblant a la clàssica disjuntiva entre *llibertat* i *seguretat*, conceptes antagònics l'equilibri ideal dels quals, en una coneguda definició de Sigmund Freud, és l'equivalent de *civilització*, com a estadi avançat i superior d'organització de la humanitat.

Els governs tenen avui la necessitat de **promoure aquells canvis que permetin modernitzar, simplificar i agilitar la legislació i els procediments per als ciutadans i les empreses**, amb la finalitat de fomentar i facilitar la contractació i atraure els emprenedors i les inversions en general, de manera que la nostra societat pugui assolir quotes de competitivitat més altes i excel·lència legislativa i jurídica en les transaccions i els negocis, nacionals i internacionals, en un escenari plenament interdependent i global. Tal com ha dit Zygmunt Bauman: «Ens trobem amb la paradoxa d'un poder que ja és global i d'una política que continua sent local o nacional».

El procés de canvis legislatius té, però, un límit molt clar: **l'Estat de Dret social i democràtic no pot assumir la pèrdua de seguretat jurídica**, ja que això suposaria un retrocés enorme, de segles. La seguretat jurídica és a l'economia de mercat el que la llibertat és a la democràcia, és a

dir, el seu pressupost imprescindible. Juan José López Burniol ha pogut afirmar amb fonament que «hi ha progrés econòmic perquè hi ha mercat i hi ha mercat perquè hi ha seguretat jurídica». No podem oblidar que l'actual crisi econòmica i financera internacional té el seu origen i desencadenant en el problema de les hipoteques *subprime* als EUA (fenomen impensable al nostre país), és a dir, en una fallida enorme del sistema de seguretat jurídica anglosaxó, provocada per unes carències molt greus de regulació i de control i que ara està en procés de profunda revisió.

Les reformes, si es fan adequadament, poden comportar fins i tot més seguretat jurídica, en la mesura que encertin a introduir més racionalitat, certesa i rigor en la norma. Però s'han de fer correctament



i amb tota prudència. Com a principi general, es pot afirmar que **es poden i s'han de reduir o relaxar els controls que siguin redundants o superflus, però de cap manera resulta encertat alterar les característiques essencials dels controls de l'Estat que constitueixen la columna vertebral del nostre sistema**, que són, indiscutiblement, **el poder judicial i l'anomenat sistema de seguretat jurídica preventiva**, integrat al nostre país pel Notari i, a més a més, en els àmbits immobiliari i mercantil, pel Registrador.

La intervenció del Notari, amb el valor afegit de l'assessorament reequilibrador, el consentiment informat i el control de legalitat que realitza, entre altres aspectes de la seva funció pública, **confeix a l'escriptura pública**, per decisió de l'Estat, unes enèrgiques presumpcions de capacitat i representatives i uns decisius efectes probatoris i executius que la doten **d'una posició jurídica privilegiada i central en tot l'iter negocial**. Al mateix temps, en els drets occidentals moderns (i el nostre és un dels més depurats), **els adquirents de drets troben la seva plena protecció** en els efectes dràstics davant de tercers que l'ordenament jurídic deriva de la inscripció al Registre.

La Justícia preventiva té una importància creixent en el si de les societats democràtiques com la nostra, en què el recurs constant a la tutela judicial efectiva exigeix l'activació de tot l'entrellat jurídic que permeti moderar l'imparable fenomen de la sobresaturació dels tribunals. La Justícia preventiva **garanteix la normalitat de les relacions jurídiques i genera confiança i seguretat en el tràfic jurídic**, ja que només són discutides de manera molt excepcional, raó per la qual no té la visibilitat que sí que tenen les patologies del Dret i l'alarmisme social que provoca la inseguretat jurídica. Per això, s'ha pogut afirmar que la millor Justícia és la preventiva, en la mesura que **evita el conflicte i redueix a mínims la litigiositat**.

El sistema de seguretat jurídica preventiva espanyol, tal com ha afirmat José Félix Belloch Julve, «és tècnicament depurat, jurídicament eficaç, socialment útil i econòmicament eficient». En termes semblants, a les Jornades Notarials de Saragossa de l'abril de 2008, es va proclamar

que «no és cert que sigui un sistema car i, sobretot, és fiable, eficaç i gelosament garant dels drets del ciutadà». No és casualitat, per tant, que **el nostre sistema de seguretat jurídica preventiva, que es basa en l'hipergarantista binomi Notaria-Registre, sigui qualificat per la majoria dels especialistes més acreditats com un dels millors i més avançats del món occidental**.

L'excel·lència general del sistema no és un obstacle per a la conveniència **d'impulsar, des del si de les mateixes corporacions, els canvis i les reformes que es considerin convenients** per a la millora de la prestació de serveis públics notarial i registral i per aprofundir en la seguretat i l'agilitat de totes dues funcions, en benefici del superior interès general dels ciutadans. L'adaptació als constants i vertiginosos canvis socials, econòmics i jurídics exigeix a totes les professions públiques un esforç permanent de modernització, revisió i optimització. **El que no tindria cap sentit és adoptar un altre model**, canviar un sistema que ha estat tan útil i beneficiós per a la pau social i la confiança dels mercats.

En el futur caldrà superar alguns plantejaments del passat que van generar controvèrsia perquè, probablement, partien d'enfocaments poc encertats i realistes i que, pel motiu que sigui, no van generar prou consensos per prosperar. La clau està en entendre que es tracta d'un sistema únic amb dues funcions i, per tant, que no hi ha duplictat, solapament ni exclusió entre elles, sinó complementarietat i cooperació en la fe pública notarial i registral. Aquesta va ser la idea motriu de les Bases de Barcelona, subscrites el desembre de 2008, un text en què es deia expressament que «es tracta d'un recorregut únic compartit per dos operadors jurídics diferents, amb àmbits competencials diferents, successius i complementaris». La Plataforma Concòrdia, integrada per notaris i registradors de tot Espanya, defensa actualment postulats similars.

Una Llei de Seguretat Jurídica Preventiva és sens dubte el marc idoni per assentar les bases del nostre sistema de cara a les properes dècades. És una clàssica reivindicació del sector i una proposta de diversos ministres de Justícia que reiteradament ha quedat ajornada. En tot cas, ja

sigui en el marc òptim d'una llei d'aquesta naturalesa, o bé en un altre format legislatiu, únic o divers, sí que hi ha una sèrie de qüestions que cal abordar amb certa urgència per part del Govern a fi de dotar el sistema de la màxima potencialitat. En qualsevol cas, apostar per la via de la complementarietat, la cooperació i la col·laboració exigeix un canvi de perspectiva: les disfuncions d'una de les dues funcions afecten negativament el conjunt del sistema de seguretat jurídica preventiva i, per tant, l'interès comú de les dues corporacions demanarà impulsar les propostes raonables que pretenguin corregir-les en benefici del mateix sistema i de l'interès general.

No hi ha duplictat sinó complementarietat i cooperació en la fe pública notarial i registral

Una de les qüestions que cal resoldre és la plasmació legal del control de legalitat notarial en la mateixa Llei del Notariat. La Sentència del TS de 20 de maig de 2008, si bé es va limitar a anul·lar en aquest punt l'article 145 del Reglament Notarial pel principi de reserva de llei, el cert és que va sembrar dubtes sobre una fet que hauria de ser inqüestionable: que el Notari controla la legalitat del negoci que autoritza i que, si aquest no s'ajusta a la legalitat, té el deure de denegar l'autorització, amb la possibilitat de recurs del particular davant la Direcció General dels Registres i del Notariat. **Ha representat un avenç l'aprovació de l'article 18.2 de la Llei 2/2009 i de l'article 30 de l'Ordre Ministerial EHA 2899/2011, però no n'hi ha prou**. Autoritzar una escriptura pública que contingui un negoci nul i il·legal afecta la credibilitat i la solvència de tot el sistema i la del mateix Estat. A més a més, el control de legalitat notarial és perfectament compatible amb la qualificació del Registrador en tota la seva extensió, a la qual no limita en res.

Un pronunciament clar i terminant de l'exclusivitat d'accés de l'escriptura pública al Registre de la Propietat (a part d'altres documents públics idonis), suprimint fins i tot excepcions actuals, **afavoriria la plena solidesa del conjunt**, ja que la seva superioritat sobre el document privat no es pot discutir sota pena de perjudicar



la seguretat en les transaccions i els negocis. En els darrers temps, han proliferat algunes propostes legislatives, finalment desestimades, que pretenien l'accés del document privat al Registre en determinats àmbits. Des de sectors economicistes i neoliberals, s'ha argüït que el Notari no pot tenir el monopoli de l'accés al Registre. Però, tal com ha explicat José María Gómez Oliveros, el Notari exerceix un funció pública i, «per tant, la seva funció és un monopoli com qualsevol altre bé de l'Estat, com el jurisdiccional o l'Exèrcit». Sorprenen aquest tipus d'iniciatives en aquest moment, les quals miren d'importar per la porta del darrere un sistema, l'anglosaxó, que ha fallat estrepitosament i que està en procés de profunda reforma. Cal evitar costis el que costis l'existència d'esquerdes que posin en perill la seguretat del sistema.

La Justícia preventiva garanteix la normalitat de les relacions jurídiques i genera confiança i seguretat en el tràfic jurídic

Són moltes les propostes que es poden formular per a la modernització i la millora del sistema de seguretat jurídica preventiva, en benefici de l'interès general de la societat. Aquestes reflexions generals no són el lloc adequat per entrar a analitzar-les detalladament, però tanmateix es poden apuntar algunes **línies d'actuació**

que semblen prioritàries: la reforma del recurs governatiu, per dotar-lo de més agilitat i operativitat, és un instrument indispensable per evitar les disfuncions del sistema; **l'aprofundiment en la comunicació telemàtica, o fins i tot la interconnexió entre la Notaria i el Registre**, és un altre element clau en la millora del sistema. Això últim, sens dubte, permetria seguir avançant en la reducció de terminis i guanyar agilitat. Ja és inajornable **facilitar l'accés directe del Notari a la informació registral en temps real**, als efectes d'incrementar al màxim les garanties del circuit negocial i de tancar definitivament qualsevol «forat» de seguretat que eventualment pogués existir. La **millor coordinació de la informació del Cadastre i dels llibres registrals** és primordial per evitar les pertorbacions en el tràfic que provoquen les disparitats actuals.

En l'àmbit de l'urbanisme, cal aportar al més aviat possible una solució a les denominades «càrregues ocultes» que provoquen gran inseguretat en el tràfic jurídic i que passen per incrementar les funcions de tots dos operadors en aquest àmbit, sobretot de fiscalització, per al moment de la intervenció, de la informació urbanística que té l'Administració; **la jurisdicció voluntària es revela una institució essencial** en el futur proper per tal de coadjuvar en l'objectiu de descongestionar els tribunals, i en aquest sentit els notaris hauríem de tenir un rol rellevant, ja que la nostra independència i imparcialitat, juntament amb el caràcter de funcionaris públics, semblen aconsellar

que puguem **assumir noves funcions amb plena garantia i seguretat**.

Un tema decisiu és una **revisió de l'aranzel que permeti garantir l'òptima prestació del servei i l'adequada sostenibilitat econòmica de les notaries i els registres**, que en aquests moments no està garantida, amb seixanta-cinc rebaixes i cap pujada o actualització des del 1989, l'any de la seva aprovació; també cal **dur a terme la revisió de la demarcació**, prevista legalment per al 2012, als efectes d'ajustar-la a les realitats econòmiques i d'activitat actuals, que no tenen res a veure amb la situació del 2007, l'any de la seva aprovació. Seria de gran utilitat **regular sistemes arbitralis ràpids de solució interna de conflictes**, que podrien evitar la majoria dels recursos, la qual cosa permetria guanyar una quantitat enorme de temps i evitar perjudicis als ciutadans. La **cooperació a nivell internacional**, especialment a la Unió Europea, facilitaria la defensa conjunta del nostre sistema de seguretat jurídica preventiva, fet que multiplicaria la seva força, el seu prestigi i la seva influència. **En matèria hipotecària**, en seu d'execucions hipotecàries, de clàusules abusives, **l'opinió autoritzada de notaris i registradors podria i hauria d'oferir solucions** ponderades per a aquest greu problema social.

En definitiva, el Govern central hauria d'abordar en els propers temps reformes i canvis legislatius molt importants, als efectes de fer més competitiva la nostra economia a nivell internacional. **El sistema de seguretat jurídica preventiva, integrat per notaris i registradors, s'ha revelat plenament eficaç tant en l'etapa de bonança econòmica com en l'actual de crisi aguda. No obstant això, queda recorregut per seguir millorant** en excel·lència per mitjà de la modernització i la plena interconnexió funcional entre ambdues corporacions. **Una legislació innovadora** (fins i tot audaç en les reformes) en els àmbits laboral, administratiu, civil i mercantil, **juntament amb un sistema judicial i un sistema de seguretat jurídica preventiva com els nostres**, amb totes les seves potencialitats activades, que garanteixin la màxima seguretat jurídica, **són el millor pol d'atracció per als inversors i els negocis**, nacionals i internacionals, i la millor base per a la reactivació econòmica.



A portrait of Núria de Gispert, a woman with shoulder-length brown hair, smiling. She is wearing a dark grey textured blazer over a light-colored top, with a necklace and hoop earrings. The background is a light-colored wall with vertical lines.

«Necessitem menys lleis, més clares i més breus»

Núria de Gispert

Presidenta del Parlament de Catalunya

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOGRAFIES: Monserrat Fontich

Nascuda a Barcelona el 1949, llicenciada en Dret per la Universitat de Barcelona i procedent d'una saga de juristes, va exercir d'advocada (1971-1973), fou funcionària de la Diputació de Barcelona (1974-1980) i Secretària General de Justícia i també de Governació (1984-1993), abans de ser nomenada Consellera de Justícia l'any 1992 i, en una segona etapa, del 1995 al 2003. Des del 16 de desembre de 2010, és Presidenta del Parlament de Catalunya, tot essent la primera dona que ostenta aquest càrrec.

Com a advocada, ha rebut la Creu d'Honor de Sant Raimon de Penyafort (1998), entre d'altres, i és membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya des del 2006.



Entrevistes

P: Ara fa un any que vostè va iniciar-se en aquesta nova responsabilitat. Quin balanç en fa?

R: El balanç és positiu. Per a mi és un honor presidir la Cambra catalana i em sento molt honorada de ser la primera dona a fer-ho. És cert que el 2011 ha estat un any molt difícil i complex des de tots els punts de vista. La crisi econòmica que ens afecta ho fa localment, territorialment i globalment, i també en molts altres àmbits, com el social, el nacional, el dels valors... Hi ha una crisi de valors important que ara es nota encara més, perquè, quan et trobes en una situació en la qual la majoria de les famílies catalanes està patint una difícil situació econòmica, això va pujant a tots els estaments i arriba al Govern i al Parlament. No hi ha plenari en el qual no es parli de la situació en salut, en educació, de les empreses i de l'atur, que està gairebé al 19 % i que ha pujat d'una manera exagerada, si tenim en compte que l'any 2006 estàvem en un 6 %. Per tant, algun problema estructural tenim... I és lògic que el Govern actual intenti buscar-hi remei, però no és fàcil i, per tant, es viu una certa tensió.

Jo, que he estat diputada en les dues legislatures anteriors, veig grans diferències en l'ambient. L'una és aquesta crisi i l'altra, més conjuntural, és que hem tingut en un any tres processos electorals (elec-

cions al Parlament, municipals i generals), i això es nota, i més en l'àmbit polític. Això també crea tensions entre els partits i en els grups parlamentaris. I si, a més, aquests processos electorals han provocat canvis importants en la interioritat dels partits, la tensió es nota encara més.

M'agradaria que aquesta legislatura pogués acabar-se amb una Llei Electoral catalana

En aquesta legislatura s'ha produït un canvi: hem governat durant dues legislatures amb un govern format per tres partits; abans, havia governat una coalició, Convergència i Unió, durant vint-i-tres anys, i ara torna aquesta coalició amb nom, persones i projectes actualitzats i diferents. Això ha creat una certa incomoditat i tothom s'ha hagut de resituar en el seu lloc. Confio que, a partir de l'any vinent (pel 2012), amb aquests processos electorals acabats, les circumstàncies canviaran. No ho veig tan clar en el tema de la crisi econòmica, perquè crec que realment s'està fent tot el que es pot fer, però hem fet tard, en l'àmbit de l'Estat. Altres països de la Unió Europea van començar abans a establir mesures anti-crisi, mentre que nosaltres vam estar dos anys fent veure que no passava res, que era una petita desacceleració... i ara ho estem

pagant. A Catalunya potser hem començat abans que en altres llocs, però, un cop passades les eleccions generals, totes les comunitats autònomes i el nou Govern de l'Estat espanyol han de prendre mesures que faran mal, però que s'han de prendre. Perquè, si volem sortir-nos-en, i jo crec que ens en sortirem, ho hem de fer prenent mesures dures.

P: Quin és el valor afegit que té el fet de ser la primera Presidenta del Parlament de Catalunya?

R: És molt important per a la normalització democràtica i per a les dones el fet que el Parlament de Catalunya (segons Pau Casals, el més antic del món, que ell vinculava al segle XIII) sigui presidit per una dona. Però també és molt important el fet que aquesta legislatura és la més paritària de la nostra història: al 1980 hi va haver set diputades, el 4 % sobre cent trenta-cinc, i ara són el 41 %: cinquanta-sis diputades. S'ha fet un canvi radical, en el qual segur que ha ajudat la Llei de Paritat. Arreu del món hi ha trenta-vuit països, en els darrers deu anys, que, encara que sigui criticable (perquè ho és), encara que sembli una imposició (que també ho és), han vist que potser és l'única manera de fer un pas endavant que, a la llarga, es veurà com a positiu.

Jo vaig criticar la Llei, creia que s'hauria d'haver guanyat pas a pas, però em vaig equivocar, perquè ha estat la manera més clara perquè la dona s'atreveixi a fer el pas. I no perquè no estigui formada, que ja ho estava, sinó per dir-se: «Agafo una mica més de responsabilitat; no deixaré la feina, no deixaré la família, però em vull dedicar un temps a la política, i ho puc fer perquè estic formada i vull dedicar-li uns anys». I la Llei ha servit per a això. I és important, perquè ajuda a visualitzar que la igualtat és molt més clara en l'àmbit polític que en l'àmbit privat. Per tant, segurament això ajudarà al fet que, en l'àmbit del sector privat i en altres sectors empresarials i econòmics, la presència de la dona, que encara és minoritària en els llocs de decisió, pugui ser més clara.





P: I quines creu que han de ser les qualitats més importants que ha de tenir qui ostenta aquest càrrec?

R: Cal ser, d'una banda, bastant flexible. Cal tenir en compte que el Parlament de Catalunya és molt plural, no té res a veure amb qualsevol dels parlaments de les altres comunitats autònomes, on, normalment, hi ha dos partits i, com a molt, n'hi ha un de minoritari, molt petit, que aglutina dos o tres diputats. Aquí és absolutament al revés: el Parlament és molt plural, sempre hi ha hagut cinc grups i ara en tenim sis, i en el sisè, el grup mixt, en tenim tres de petits (dos subgrups i un de solt). Per tant, cal tenir mà esquerra i mà dreta, estar molt atent, molt amatent a la situació. I la situació política, aquest any, ha estat molt més complicada.

Per tant, el paper de la Presidenta i de la Mesa, que és l'òrgan de govern, ha estat intentar ser flexible però amatent al fet que aquesta flexibilitat no comportés problemes interns de funcionament entre els partits. Ho hem anat superant, ha anat bé, però això ens obliga a anar fent replantejaments contínuament, a vigilar que les coses vagin funcionant.

El debat parlamentari de les propostes, que realment és el punt principal del Parlament, s'ha de poder fer amb una certa tranquil·litat. I també és important que el funcionament de la casa vagi bé. I crec que ha anat bé.

P: Quins són els seus objectius com a Presidenta a curt, mitjà i llarg termini?

R: A curt termini, el pla d'austeritat, endegat als vint dies d'entrar en aquesta casa, aprovat per la Mesa i assumit per tots els parlamentaris, en el qual donàvem un toc d'atenció, com a institució i atesa la situació en la qual es trobava i es troba el poble de Catalunya. Vam fer un pas endavant no només dient que hem de ser austers, sinó també restringint molt el pressupost d'aquest Parlament, i hem donat missatges que estem al costat de les persones. Es va fer un pla d'austeritat molt dur però que s'ha acomplert, i en aquest moment ja estem amb el segon pla, amb el qual seguim el mateix criteri de prendre mesures dures,

perquè es toquen sous de diputats, retribucions dels grups parlamentaris, funcionament intern de la casa... L'any 2008 teníem un pressupost de 72 milions d'euros i ara, per al 2012, el tenim de 52 milions d'euros. Era un pas que s'havia de fer i, en aquest sentit, em sento satisfeta d'haver aconseguit que tothom, majoritàriament, hi estigui d'acord, i que s'aboni al fet que és el moment de fer-lo i que s'hagi fet.

A mitjà termini, m'agradaria que aquesta legislatura pogués acabar-se amb una Llei Electoral catalana. És important no perquè la Llei pugui modificar molt el que ja està en vigor, sinó per donar, d'entrada, la sensació de normalitat. No hem de tenir, després de trenta anys, la Llei Electoral que hi ha ara. Crec que es poden introduir aspectes que avui dia són criticables, que tenim una democràcia que és millorable i que la Llei Electoral pot millorar alguns aspectes de transparència, de llibertat d'actuació per part dels ciutadans, de buscar una manera perquè el ciutadà se senti més protagonista directe de l'elecció del seu candidat... En aquest moment hi ha les premisses perquè això es pugui fer. Ho dic perquè, quan ningú no en parla, és que hi ha converses que no cal que se sentin, però que van pel bon camí. I és un projecte a mitjà termini perquè una Llei Electoral o s'aprova dos anys abans d'acabar la legislatura o ja no la pots fer, ja no està a temps. Per tant, penso que ara és el moment.

A llarg termini, parlant de la legislatura completa, un projecte que hi ha en aquesta casa, i del qual ja s'ha fet una part important de la feina, és la ponència per a l'estudi del pacte fiscal basat en el concert econòmic. És un projecte molt important i és molt important que s'hagi gestionat des del Parlament de Catalunya, perquè s'ha volgut que fos al més unitari possible. En el moment en el qual estem, seria molt important que totes les forces polítiques hi estiguessin al costat.

De moment, la feina s'està fent bé: les conclusions són bones, correctes i estan ben elaborades des del punt de vista jurídic i polític. És un tema més polític que jurídic, però, tot i així, és bo que el Parlament de Catalunya hagi tingut la possibilitat i hagi buscat l'opinió d'experts perquè ningú no pugui dir que això és anticons-

titucional o antiestatutari. Per tant, està ben travat i és un projecte que realment ajudaria moltíssim a regenerar la situació econòmica de Catalunya i a tirar endavant molts projectes que avui estan aturats perquè no hi ha recursos econòmics.

Si aconseguíssim que el nou sistema definitiu de Catalunya fos un pacte fiscal a l'estil del concert basc; o quan veiem les xifres de dèficit fiscal, que signifiquen 16.000 milions d'euros que se'n van i no tornen; o quan a Alemanya hi ha un límit del 4 % i aquí se'n va el 8 % o al 9 %; o quan als Estats Units d'Amèrica és d'un 2,5 %, penses: «Quantes coses podríem fer en aquest moment? Quina seria la xifra d'atur a Catalunya si la comparem, per exemple, amb el País Basc, on no arriba al 10 %?».

Hi ha qui diu que un moment de crisi no és el millor moment per fer-ho. Jo crec que sí, que potser és el moment en el qual hem aconseguit que la gent, la ciutadania, hi estigui més d'acord. Passa una cosa estranya: fas una enquesta i més del 75 % et diu: «Endavant amb el pacte fiscal». Però, després, aquest 75 % no hi és en l'àmbit parlamentari. I, per tant, és molt important traslladar a l'àmbit parlamentari la possibilitat que en un tema com aquest, un tema de país, hi pugui haver la màxima unitat.

El pacte fiscal ajudaria moltíssim a regenerar la situació econòmica de Catalunya

I parlo a llarg termini perquè una cosa és la feina que fem aquí; una altra, la del Govern; una altra, la que s'haurà de fer amb el Govern de l'Estat... Hi ha tot un seguit de passos i en cap cas no pots dir que això al 2012 estarà fet. Si en trenta anys no s'ha fet, no estarà fet al 2012, però hem d'anar fent aquells passos que siguin necessaris per arribar al final del camí i dir: «Ho hem aconseguit».

P: Per què creu que els ciutadans se senten tan allunyats de la política?

R: Crec que hi ha desafecció política. Precisament fa uns dies es va pre-



Entrevistes

sentar una enquesta dels catalans sobre els valors, que es fa cada deu anys. En el tema de la desafecció, coincidint amb altres sondejos que s'han fet, diu que els catalans són desafectes des del punt de vista de la política, però, sobretot, dels polítics. I aquesta desafecció ha sorgit en els darrers deu anys, si comparem el 2001 (en el qual als polítics els valoraven amb un 6,4) i el 2011 (en el qual no arribem al 4,5 de promig). Hi ha una gran responsabilitat dels que han portat la política en els darrers deu anys, tant pel bo com pel dolent.

Els notaris han estat uns grans defensors del fet que Catalunya tingués un Codi civil

L'enquesta també parla dels valors, de recuperar l'autoritat a l'escola, a la família, el respecte, la cultura de l'esforç, del treball... I crec que hi ha moltes maneres de donar-li la volta: si en deu anys ha canviat, intentem donar-li la volta. Podem generar confiança, que vol dir «dir les coses pel seu nom», ben dites, no només allò políticament correcte o incorrecte. Si estem en el moment en el qual estem (en el qual no hi ha família a Espanya ni a Catalunya que no ho estigui passant malament), entendran el teu llenguatge quan els diguis que també el Govern o el Parlament han de retallar, perquè, si no, no ens en sortirem. Hem de dir que és un gran avantatge el fet d'estar a Europa, però que també és un desavantatge, perquè no pots fer de casa teva el teu territori, sinó que tens una gran dependència i, per tant, has de complir amb tots els requisits i els compromisos que tens. I si durant uns anys no has fet els deures, ara els has de fer. I això avui fa mal, però demà serà una solució. Per tant, hem de generar confiança, fer un discurs ben clar, explicar les coses pel seu nom i fer gestos.

I per això crec que la Llei Electoral que abans comentava és un gest. Les llistes tancades no agraden a ningú. Quan parles amb la gent, et diu que li agradaria agafar la llista i ratllar-hi noms. Potser no arribarem a això, però ho hem de tenir en compte, i els partits polítics estan per poder copsar el que vol la ciutadania, per escoltar. Després, evidentment, tu ets el responsable i has de decidir, però has de decidir sabent el que hi ha i què

és el que la gent pensa. Per tant, crec que un gest important que pot modificar una mica aquesta desafecció és que es pugui presentar una primera Llei Electoral catalana que segur que pot tocar alguns aspectes com la transparència, millores, menys despesa, proporcionalitat, participació de la ciutadania, etcètera. Aquest seria un exemple, però segur que n'hi ha molts d'altres.

P: Vostè també ha proposat millorar la tècnica legislativa. Quins serien els objectius d'aquesta millora i en quin punt es troba?

R: Necessitem lleis clares, més breus i no tantes. Ara estem una mica parats, perquè aquest any hem fet molta feina interna i molta feina que ha sorgit sense tenir-la gaire prevista. Hem treballat internament en la confecció i l'elaboració d'una mena de consell obert que permeti sentir la veu de les entitats, de les institucions, dels col·legis professionals, dels ciutadans... de cara a la millora de les lleis.

La meua voluntat seria poder crear un Consell Assessor que permetés treballar en diferents àmbits. I en la línia del que són els tres projectes de la Llei Omnibus, la voluntat de la qual és simplificar i agilitzar l'Administració, buscar àmbits que puguin ser complementaris i, per tant, donar eines tant al grups parlamentaris com al Govern per tal que en un àmbit del sector públic (en el sector mediambiental, per exemple) s'estudiïn les diferents lleis que han estat aprovades durant trenta anys en aquesta casa, que continuen vigents i que, probablement, estan desfasades o eren massa intervencionistes. O potser no s'ha tocat un tema que ara és vigent i no ho era fa deu anys. Escoltant i tenint una tribuna oberta, tant el Govern com els grups parlamentaris no només podem fer una proposta de futur per millorar la tècnica legislativa, sinó que també podem fer entendre que com menys lleis, millor. El cost normatiu que té el Parlament és prou important i no se'n requereixen tantes; hauríem d'intentar tenir-ne menys.

Els parlamentaris i el Govern han de saber que, en aquest sentit, s'ha de fer una feina no de gabinet ni d'estudi, sinó basada en propostes externes. Espero que, a partir del gener de 2012, un cop tinguem

el nou pressupost aprovat i algunes de les lleis que ara s'estan fent també estiguin aprovades o a punt de ser-ho, ja es pugui posar en marxa aquest Consell Assessor. La feina interna la tenim molt feta, però ara és qüestió de posar-nos a treballar, escoltar i fer propostes que puguin arribar (unes quantes) al final del 2012.

P: En aquest context de creació de fòrums d'experts, què pot aportar la visió notarial?

R: El Notari pot ajudar tant en l'àmbit privat com en l'àmbit públic. La funció notarial és important, en primer lloc, per la seva funció no només pública, sinó també assessora. En les meves responsabilitats anteriors, sempre he comptat amb els notaris de Catalunya en ambdós àmbits: poden ajudar amb la seva visió, ja que tenen clients a les notaries, i escolten i copsen el que passa al país en l'àmbit econòmic, empresarial, en circulació de capitals... en tot. Són molt importants tant per la seva funció com pel seu assessorament. Ja ens hem reunit i hi compto per a aquest projecte.

P: Pel que fa a legislació, com estem, comparativament amb la resta d'Europa?

R: Per posar un exemple, fa poc va estar aquí el Primer Ministre del Quebec i no hi ha color, en molts aspectes. I el mateix passa amb molts altres ministres. És cert que totes les administracions arriben un moment que tendeixen, sense voler-ho, a intervenir més del compte. Llavors el que has de tenir és un rellotge que t'avisï quan superis els cinc tràmits i arribis al sisè, per tal que t'adonis de si realment és important o no.

Estem a anys llum d'alguns països (com els països nòrdics, Holanda, Suècia...) que, per les seves dimensions, es podrien assimilar a Catalunya. En moltes coses, ens hem emmirallat en ells, però en aquest tema no ha estat així. En aquest moment s'estan fent els deures en aquest sentit; em consta que la majoria dels grups parlamentaris està treballant a fons en aquests projectes de llei.



Espero que, si no tenim prou recursos econòmics per tirar endavant el país o per ajudar a generar llocs de treball, sí que puguem ajudar a generar més confiança en els emprenedors, que es pugui treballar amb molta més facilitat que no pas ara i que realment se simplifiquin molt els tràmits administratius i s'agilitzi l'Administració.

P: Un dels principals projectes en l'àmbit de Justícia a Catalunya és la finalització del llibre VI del Codi civil català i l'harmonització de la resta dels llibres. Quina creu que ha estat i és l'aportació del Notariat en l'àmbit del Dret Civil a Catalunya?

R: El notariat hi fa la seva aportació des de fa molts anys, des de molt abans de la democràcia. Jo sempre dic el que va dir el Notari Figa Faura en una intervenció fa més de vint anys: que els notaris han estat els grans dipositaris del Dret Civil de Catalunya i els qui l'havien mantingut. I en parlava quan teníem una Compilació que no es podia reformar ni modificar, perquè no hi havia les institucions parlamentàries ni polítiques per poder-ho fer. En canvi, hi ha hagut una voluntat molt clara per part de la comunitat jurídica catalana i, dins d'ella, dels notaris, per la seva funció i els seus protocols, de defensa, pràctica i aplicació del Dret Civil català.

Des de les primeres eleccions democràtiques, en les quals es va crear la Conselleria de Justícia, fins a les actuals, tothom ha tingut en compte l'assessorament notarial. I sempre amb personalitats molt conegudes i importants, com en Puig Salellas, el factòtum d'una gran part de la reforma que el Dret Civil català ha experimentat en els darrers trenta anys. Recordo que, acabada de constituir la Conselleria de Justícia, jo estava de rellogada al Col·legi d'Advocats durant sis mesos i en Puig Salellas ja es movia per aquells passadissos i ja treballava en Dret Civil. I com ell, molts notaris que ara són també a l'Observatori de Dret Privat i a la nova i recentment estrenada Comissió de Codificació. El seu paper ha estat molt important i seguirà sent-ho. Han estat uns grans defensors que Catalunya tingués definitivament un Codi civil.

Els primers governs de la Generalitat, els primers consellers i els primers parlamentaris de l'any 1980 eren molt optimistes i deien que el Codi civil es podia fer en quatre anys. N'han passat trenta-un i s'ha treballat moltíssim, perquè s'ha fet una gran feina, ingent, amb una gran col·laboració de la comunitat jurídica. Però donar-li la volta i adaptar-lo a la realitat catalana que tenim avui, respectant la tradició jurídica catalana i els principis informadors... això no es fa en quatre dies. Ara ja s'han fet algunes lleis lligades al llibre VI, que és molt important, però falta el sentit general que ha de tenir el seu contingut. I, després, cal seguir harmonitzant els altres llibres i mantenir una coherència amb tot el que ha de ser el Codi civil. I aquí la funció del Col·legi de Notaris sempre ha estat important i és bàsic l'assessorament dels notaris.

P: I quina aportació poden fer els notaris al marc jurídic català?

R: És important aconseguir obrir la porta d'aquesta tribuna oberta que comentava, entre altres coses, perquè al Parlament no només hem de donar la imatge de ser oberts, sinó que realment hem d'obrir les portes a la societat.

Tal com deia, el marc normatiu del Parlament de Catalunya, amb sis-cents lleis vigents, és extremament exagerat i requereix una revisió. I aquesta l'han de fer experts en lleis i en les matèries (entre els quals hi ha els notaris, l'opinió dels quals, per l'experiència del seu dia a dia, pot servir molt) i també experts en diferents àmbits. He convidat també a participar-hi les catorze cambres de comerç de Catalunya, perquè elles tenen relació amb el món de la gran i petita empresa, una visió que resulta molt important.

L'àmbit notarial, en aquesta doble funció (l'assessora, que sempre ha tingut, i la d'escoltar la societat en els despatxos), és molt important. Si volem fer créixer la situació econòmica a Catalunya, potser hem de fer un toc d'atenció en el tema de la fiscalitat, per exemple. No tot ha d'acabar en lleis; el que vull és que acabin en propostes que permetin al Govern i als grups parlamentaris fer projectes de llei que modifiquin, deroguin i actualitzin el que hauria ser un marc normatiu del segle XXI.

P: Quines mesures creu que poden ajudar a fer una Justícia més eficaç i àgil?

R: La lentitud de la Justícia és un mal endèmic. Primer, es va creure que faltaven mitjans humans i materials, però ara ningú no pot dir que no es tinguin, perquè la despesa que hi han fet les comunitats autònomes en els darrers trenta anys ha estat espectacular.

Ara bé, no hi ha un cap, sinó que n'hi ha tres, i això no funciona. No pot ser que a Catalunya, per exemple, cada dos anys hi hagi oposicions i, durant uns mesos, a les oficines judicials de deu o dotze funcionaris, en canviïn el 30 % o el 40 % i en vinguin de nous. Aquella oficina és impossible que funcioni. Però això no ho decideix la Generalitat de Catalunya (que té competències plenes i que paga als funcionaris), sinó que ho decideix el Ministeri de Justícia, que ja no té competències, però que no ha volgut acabar de transferir aquesta funció. O ho decideix el Consell General del Poder Judicial, de qui depenen els jutges. O ho decideix el Secretari Judicial, que té una dependència que, de moment, tampoc no és de la Generalitat de Catalunya.

Per tant, ara ja no és només un problema de recursos econòmics. Es requereixen una actuació informàtica i un programa general perquè tots els jutges de Catalunya i d'Espanya es puguin connectar per a qualsevol cosa. I això avui és possible, tot i que no s'ha volgut fer. El Ministeri podria tenir una funció de coordinació, però res més.

Hem de posar sobre la taula la Llei de Jurisdicció Voluntària

D'altra banda, cal complir amb l'Estatut d'Autonomia. Quan interessa, la Generalitat no compleix; quan no interessa, qui no compleix és l'Estat, i en aquest cas, no està complint. Si realment hi hagués competències plenes en aquesta matèria, estic convençuda que milloràriem molt l'agilitat de la Justícia. Aquest tema el conec molt bé, l'he viscut molt i sé que manca realment una composició diferent de l'organització judicial que, a més, és possible. I tot això sense entrar de cap manera en la independència



Entrevistes

del Jutge. En canvi, l'oficina del Jutge és com qualsevol oficina administrativa, i això es pot canviar, si hi ha la voluntat de fer-ho.

P: Pel que fa a les execucions hipotecàries, un problema que en els darrers anys s'ha vist greument incrementat per la crisi, quines possibles solucions legals plantejaria?

R: El Parlament s'ha fet ressò d'aquest problema social tan gran i ha creat una comissió per treballar la possibilitat de modificacions legislatives en l'àmbit de l'Estat, d'una banda, i de la Generalitat, de l'altra, per buscar solucions de futur. I dic «de futur» perquè amb segons quines coses no hi pot haver efectes retroactius (això els juristes ho saben molt bé), però sí que es poden plantejar solucions perquè no puguin tornar a repetir-se situacions com aquesta.

Pel que fa al present, crec molt en la línia de la mediació i, per tant, de la desjudicialització, en alguns casos, de determinats aspectes. Si al Jutge li plantejes una execució, no té més remei que arribar a l'execució, però li pots plantejar el següent: «Estem d'acord a intentar una mediació entre

la caixa o el banc i la persona afectada per tal de buscar-hi solucions». Em consta que també la Generalitat ho està treballant, des del Departament d'Habitatge i des del Departament de Justícia. Al Parlament també ho treballem després d'haver escoltat les experiències d'altres països que s'han trobat amb problemes com aquest, per tal de buscar la manera de proposar solucions de desjudicialització d'aquest tema o de fre o aturament del procés d'execucions hipotecàries, per trobar solucions als casos reals que ara estem vivint.

Hem de posar sobre la taula més coses com la Llei de Jurisdicció Voluntària i d'altres que realment treguin feina als jutjats, una feina que la puguin fer els notaris, els advocats o altres operadors jurídics i que no necessàriament sigui obligatori que passi pel Jutjat. Amb això segur que modificariem el nombre de litigis.

A Catalunya, l'any 2011, hi ha hagut un milió quatre-cents mil litigis oberts, i així no funcionarem. Quan avui, en un procediment de divorci, es demanen mesures cautelars i abans les tenies en quinze dies i ara trigues quatre mesos a tenir-les, vol dir que no anem bé. I no és per manca de jutjats (perquè s'han creat molts jutjats de família: en quinze anys, hem doblat la planta judicial), sinó perquè alguna cosa falla en el sistema.

És cert que tothom té dret a litigar, però potser perquè la Justícia és gratuïta (aquest és un altre tema que potser s'hauria de parlar) tothom s'atreveix a anar al Jutjat. Ara tot arriba al Jutjat i potser no cal. Als divorcis amistosos, per exemple, si les persones es posen d'acord, per què han d'anar al Jutjat? Hi ha determinats assumptes i litigis que podrien escapar de l'àmbit judicial i podrien anar a l'àmbit notarial, al jurídic o a qualsevol altre.

P: Vostè va ser Consellera de Justícia del 1995 al 2003. Com recorda aquella etapa?

R: En faig un balanç molt positiu. Vaig gaudir molt, perquè l'àmbit jurídic sempre ha estat el meu món, el familiar, i el coneixia molt. Vam fer projectes importants, vaig tenir un equip boníssim i vaig poder fer molta feina.

Sempre em vaig quedar amb les ganes d'acabar amb el problema en l'àmbit judicial; tinc el convenciment que, si tens totes les competències, pots treballar molt millor. Em consta que l'actual Consellera de Justícia està treballant en això.

Determinats temes haurien de sortir de l'àmbit judicial i anar al notarial o al jurídic

També vaig treballar en l'àmbit del Dret Privat, del Codi de Família o en la primera Llei de Parelles de Fet de tot l'Estat, que es va fer a Catalunya impulsada per la Conselleria de Justícia i de la qual em sento molt orgullosa, perquè crec que era una assignatura pendent i es va fer amb el concurs de la majoria dels grups parlamentaris.

Vaig aprendre'n moltíssim, van ser els anys centrals de la meua carrera política i és on vaig tenir més experiències positives, perquè és on més temps he estat.

P: Finalment, com i quan creu que sortirem d'aquesta crisi?

R: El 2011 l'acabem molt malament, però crec que per al 2012 la gent espera dels polítics missatges positius, però, sobretot, projectes que, encara que no es puguin posar en marxa al 2012, permetin començar a veure la llum al final del túnel.

Jo confio en Catalunya i confio en els catalans, que sempre ens n'hem sortit de tot. Hem tingut moltes guerres, capitulacions... de tot, i al final ens n'hem sortit i hem estat un país que ha esdevingut el motor econòmic de la resta de les comunitats autònomes, un país que sempre ha mirat a Europa i que l'ha mirat en positiu.

Crec que hem de tenir confiança i hem de generar-ne amb aquests missatges, però, a més, parlant clar. Tots sabem que la situació és molt dura, però crec que molts, molts catalans saben que aquest país se n'ha sortit de coses pitjors i que també ens en sortirem.



A portrait of Juan M.ª Nin, a middle-aged man with grey hair and glasses, wearing a dark suit and a purple tie. He is looking directly at the camera with a slight smile. The background is blurred, showing what appears to be an office or a modern building interior.

«Cal afrontar canvis estructurals per guanyar en eficiència»

Juan M.ª Nin

Vicepresident i Conseller Delegat de CaixaBank

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOS: CaixaBank

Nascut a Barcelona (1953), es va llicenciar en Economia i Dret per la Universitat de Deusto i és Master in Laws per la London School of Economics and Political Sciences. Va iniciar la seva carrera professional en el sector financer a l'antic Banco Hispano Americano, dirigint l'àrea Internacional (1980). El 1992, després que es constituís el Banco Central Hispano, va anar ocupant diferents direccions fins que aquest es va fusionar amb el Banco Santander, moment en què va passar a ocupar el càrrec de Director General de Banca Comercial i, posteriorment, d'Empreses del Santander Central Hispano. El 2002 es va incorporar a Banc Sabadell com a Conseller Delegat. El juny de 2007 va ser nomenat Director General de "la Caixa" i actualment és Vicepresident Executiu i Conseller Delegat de CaixaBank.

A aquesta dilatada carrera professional en l'àmbit de la banca cal afegir-hi diversos càrrecs com el de conseller a diverses empreses industrials i de serveis, com ara Repsol YPF o Gas Natural. Entre les seves nombroses implicacions en el món universitari, financer i econòmic, destacar que és patró de la Fundació ESADE Business School i de la Fundació CEDE (Confederació Espanyola de Directius i Executius), com també membre del Consell de la Universitat de Deusto, de la Deusto Business School, de la Junta Directiva del Cercle Eqüestre i del Consell Acadèmic de l'APD (Associació per al Progrés de la Direcció).



Entrevistes

P: Quins són els principals objectius a curt, mitjà i llarg termini de CaixaBank?

R: CaixaBank és, actualment, l'entitat de referència en banca minorista a Espanya per dimensió, nombre de clients, activitat, innovació i qualitat del servei. En el futur, volem continuar sent-ho. Per això, ens seguim esforçant cada dia per consolidar la nostra posició de lideratge amb una gestió anticipativa i adaptada a les circumstàncies del mercat local i global. La guia bàsica per aconseguir-ho és el nostre Pla Estratègic 2011-2014, amb el qual, a través de diversos projectes i programes, volem continuar sent líders en banca minorista i augmentar el pes de la banca d'empreses i del negoci internacional.

P: En l'actual context de reconversió financera, marcat per la creació del FROB, la modificació del marc legal de les caixes, les fusions i conversions en bancs i el continu reforçament dels requisits de solvència, que cada cop són més, què hem guanyat i què hem perdut respecte al sistema financer del model anterior?

R: Després de la reestructuració i la consolidació del sistema financer, encara en procés, tindrem entitats més eficients, millor capitalitzades, menys endeutades i de major dimensió. I això és bo per al sistema financer en el seu conjunt, per a l'economia en general i per als clients i ciutadans. Les crisis són temps de tribulació, però també són temps d'oportunitats. La correcció d'excessos passats ens conduirà, sens dubte, a un sistema més robust i eficient.

P: En què es diferencia CaixaBank de "la Caixa"?

R: CaixaBank i "la Caixa" no es diferencien en res pel que fa al servei al client. Les oficines, els empleats i fins i tot la marca comercial continuen sent els mateixos. CaixaBank ha heretat els mateixos valors i principis d'actuació i gestió que durant més de cent anys han caracteritzat "la Caixa" i que l'han diferenciat dels seus competidors. En el que sí que són diferents és en la seva forma jurídica. CaixaBank és una societat anònima cotitzada a la borsa, és a dir que l'accés als

mercats de capitals és més fàcil i té més possibilitats d'ampliar capital.

Tindrem entitats més eficients, millor capitalitzades i de major dimensió

P: El procés de reconversió, que des de diversos sectors es considera que s'està duent a terme massa lentament, com està influint en l'alentiment del crèdit?

R: Segons el meu parer, atès l'entorn actual, el procés de consolidació que estem vivint s'està ajustant adequadament als terminis establerts. De fet, comparativament, la reducció de capacitat instal·lada s'està fent de manera més ràpida que en crisis anteriors. El que diferencia el moment actual d'altres que s'han viscut en el passat és que aquest procés s'està produint en un entorn econòmic d'estancament i endeutament. I quines implicacions té això? Doncs que si les economies no creixen, si no hi ha recaptació, si no hi ha ingressos públics, les finances públiques es deterioren. I si les finances públiques es deterioren, si hi ha dubtes sobre la capacitat de pagament públic, la solvència del sector públic es deteriora. I, com que el sector privat (el sector financer, en gran mesura) és qui ha finançat el sector públic, si la solvència del sector públic es deteriora per la falta de creixement, la solvència del sector privat també es veu afectada. En conseqüència, el nivell de crèdit es redueix i s'encareix i el potencial de creixement econòmic es veu disminuït i es torna a retroalimentar l'espiral.

P: La Unió Europea ha fixat el 30 de juny de 2012 com a data límit per a la recapitalització de la banca, i ara estableix que ha d'assolir una ràtio de capital de qualitat del 9 %, després de valorar a preu de mercat la seva exposició al risc sobirà. Com influirà el compliment d'aquestes noves exigències?

R: En l'entorn descrit, la reacció de les autoritats ha estat la d'exigir més capital, més fons propis, a les entitats financeres. Però més capital en un entorn de poca fluïdesa de la liquiditat dificulta

encara més el crèdit i resta potencial de creixement econòmic. Una espiral que, paradoxalment, conté parcialment la solució al problema. Quina és la fórmula per sortir d'aquesta crisi? Menys endeutament i, per tant, més capital. En definitiva, més ortodòxia financera, però amb un trànsit difícil en termes de creixement.

P: Creu possible que aquesta recapitalització es faci exclusivament amb fons privats?

R: Segons les dades fetes públiques, abans del juny de 2012 es necessitarien 26.200 milions d'euros a Espanya (xifra que s'haurà revisat amb els balanços del setembre), un 25 % de les necessitats totals detectades a Europa. Aquesta quantitat, segons han anunciat les mateixes entitats, es cobrirà amb fons privats, mitjançant la generació orgànica de capital o la reducció dels riscos en balanç. En el nostre cas, els 602 milions d'euros detectats es cobriran de manera orgànica.

P: De l'excés de crèdit, un dels factors que ha propiciat el sobreendeutament actual, hem passat a una falta de crèdit que fa difícil la recuperació i el creixement econòmic. On creu que està i quan s'aconseguirà el punt d'equilibri?

R: Mentre no conclouï el procés de despallanquejament, serà difícil que el creixement econòmic pugui tornar a cobrar velocitat. Per tant, cal esperar que, en els propers anys, el crèdit continuï estancat. No és res nou. Històricament, el patró de despallanquejament associat a crisi bancària i immobiliària ha estat més profund i durador.

P: L'actual situació econòmica ha tingut un notable efecte en el sector immobiliari. Com ha influït aquesta circumstància en l'activitat de les caixes i els bancs?

R: L'exposició al sector immobiliari és un risc important i latent de gran impacte en els balanços de les entitats financeres espanyoles que ha requerit (i requerirà en el futur) més dotacions. En aquest sentit, l'activitat del sector



immobiliari es recuperarà quan l'estoc d'habitatges acabats sense vendre sigui absorbit. Les previsions respecte d'això suggereixen que un nou nivell d'equilibri es podria assolir en tres anys.

P: La crisi va tenir precisament el seu principal detonant en les hipoteques *subprime* dels Estats Units. Creu que a Espanya es podria arribar a produir un fenomen similar?

R: La crisi que estem vivint està latent des de principis de segle, moment en què va esclatar la primera bombolla global: la tecnològica. En aquell moment, la ingent liquiditat creada es va dirigir a la compra d'actius financers i béns arrels (immobles), tot això en un entorn de tipus d'interès baixos i d'escassa percepció del risc. El 2007, la crisi de les hipoteques *subprime* va posar de manifest els excessos i desequilibris del període anterior. El nostre sistema financer no es va veure afectat, ja que, pel model de negoci de les nostres entitats (bàsicament, d'orientació minorista), no es va participar ni en la creació ni en la distribució dels productes financers sintètics que van propiciar l'expansió del risc *subprime*.

P: Quina creu que és la clau per recuperar la confiança? És aquest el terme clau per remuntar la crisi actual?

R: Efectivament, la falta de confiança, de reputació, és el gran mal del nostre temps. Ja ho sabíem, però ara n'hem vist les conseqüències. L'hem de recuperar, sí. I, com podem fer-ho? Prenent decisions i impulsant estratègies que generin valor a llarg termini i no només a curt termini. En definitiva, actuant de tal manera que les empreses siguin projectes de creixement sostenible, que generin ocupació, amb un lideratge potent i creïble, amb una bona estructura de finançament, respectant els límits prudents de l'endeutament i mantenint el capital com a palanca de creixement sòlid i rendible.

P: Quin paper hi juga, en el context actual, l'economia dels països emergents?

R: Un paper clau. Mentre les economies més avançades es debaten en un en-

torn de baix creixement, desequilibris en les finances públiques i perspectives econòmiques incertes, els països emergents avancen amb fermesa en creixement i millora del nivell de vida. Les estrelles refulgents d'aquesta situació són els grans emergents: la Xina, l'Índia i el Brasil, als quals s'hi pot afegir Rússia i Indonèsia, que són grans en població, extensió i potencial expansiu.

P: Des de "la Caixa" s'ha exercit també un cert lideratge social, concretament des de la seva Obra Social. Quin paper hi juga actualment l'Obra Social i com s'ha vist afectada?

R: L'Obra Social ara juga un paper molt important en un moment en què, a més a més, hi ha una gran necessitat d'aquest tipus d'actuacions. De fet, la reorganització del Grup "la Caixa" ha servit per garantir la continuïtat de la nostra Obra Social. El pressupost per a 2011 és de 500 milions d'euros, una quantitat que es destina a programes amb un alt retorn social i amb un resultat (li puc assegurar) molt estimulants i gratificant. Amb el programa Incorpora, per exemple, ja hem ajudat a trobar feina 47.280 persones en risc d'exclusió social.

P: Com valora la sortida a borsa un any i mig després?

R: El negoci financer de "la Caixa" va començar a cotitzar a través de CaixaBank l'1 de juliol de 2011. Per fer-ho vam aprofitar la nostra filial Criteria, que, des del 2007, ja estava cotitzant en el mercat. La situació actual, volàtil, incerta i amb creixents requeriments de capital a les entitats financeres, avala sens dubte la decisió presa. Gràcies a la reorganització, el Grup ha augmentat la seva solvència i CaixaBank ha incrementat la seva base accionarial minorista. I tot això sense deixar de mirar el client, que continua sent el centre de la nostra activitat.

P: Pel que fa als operadors jurídics, ¿quin paper creu que han de jugar en el context actual? Què és el que destacaria de la funció dels notaris?

R: L'actual context de dificultats en què ens trobem posa de manifest l'enorme importància dels operadors ju-

rídics, tant per solucionar els conflictes existents com, molt especialment, per garantir que les operacions d'avui no siguin els conflictes de demà. Així, en temps com els que vivim, es posa de relleu la importància de la seguretat jurídica preventiva que aporten els notaris amb la seva intervenció en el tràfic econòmic, la qual cosa, juntament amb la qualitat jurídica de què gaudeixen els membres d'aquest col·lectiu i la independència de què els dota el seu estatus, fa que la seva feina sigui, avui dia, més necessària que mai.

P: Quines solucions financeres planteja a dia d'avui per sortir de la crisi en l'àmbit financer? I en general?

R: A dia d'avui, encara existeixen incerteses i riscos latents que poden fer perillar el retorn a la senda de creixement econòmic, que és vital per trencar el bucle al qual abans fèiem referència. Hem de recuperar la confiança que els mercats financers han posat en dubte amb més decisions, més reformes i més treball. És fonamental que s'avanci en la resolució de la crisi de deute sobirà europeu. D'altra banda, també seria aconsellable afrontar aquells canvis estructurals necessaris per guanyar en eficiència respecte a la situació actual. Les millores en la productivitat de l'economia permetrien incrementar la producció sense requerir un major nivell de crèdit. Recuperem la confiança.



La unificació europea de la competència judicial internacional en matèria contractual

Introducció a Franco Ferrari i Francesca Ragno: «El fòrum dels contractes internacionals — Comentari de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I»

El treball que introduïm aquí (una detallada exposició d'una part important del règim europeu de competència judicial internacional en matèria contractual) deixa molt clara la idea d'excepcionalitat del fòrum que introdueix l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I respecte del general del domicili del demandat i posa de manifest la complexitat que comporta l'esmentat fòrum.

Joaquim J. Forner Delaygua

*Catedràtic de Dret Internacional Privat
de la Universitat de Barcelona*

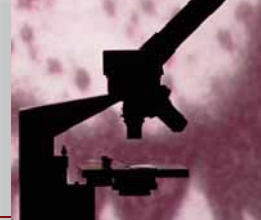
1. El treball de Franco Ferrari i Francesca Ragno sobre «El fòrum dels contractes internacionals — Comentari de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I» que introduïm aquí constitueix una detallada exposició d'una part important del règim europeu de competència judicial internacional en matèria contractual. Conté una anàlisi minuciosa de l'esmentat precepte, cosa que inclou no només l'obligada referència a la interpretació que n'ha fet el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, sinó també una referència molt abundant a la jurisprudència dels tribunals nacionals que l'han aplicat⁽¹⁾.

2. El Reglament Brussel·les I on hi trobem l'article 5(1) comentat és el Reglament 44/2001 del Consell, de 22 de desembre del 2000, sobre competència judicial, recone-



xement i execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, en vigor des de l'1 de març del 2002⁽²⁾. És aplicable a tots els estats membres de la Unió Europea tret de Dinamarca, que, de totes maneres, n'ha assumit l'aplicació en virtut i en els termes de l'Acord entre la que aleshores era la Co-

munitat Europea i Dinamarca relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil fet a Brussel·les el 19 d'octubre del 2005⁽³⁾. El règim de l'article 5(1) i del Reglament Brussel·les I, en general, també s'ha reproduït «en paral·lel» al



Conveni relatiu a la competència judicial i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil fet a Lugano el 30 d'octubre del 2007⁽⁴⁾ (Lugano bis), acordat entre la que aleshores era la Comunitat Europea, Dinamarca, Islàndia, Noruega i Suïssa, que ha anat entrant en vigor entre les parts contractants des de l'1 de gener del 2010. En virtut d'aquest Conveni de Lugano bis, s'estén el règim del Reglament Brussel·les I a altres estats no membres de la Unió Europea (Islàndia, Noruega i Suïssa)⁽⁵⁾.

El Reglament Brussel·les I té l'antecedent del Conveni de Brussel·les de 27 de setembre del 1968, el qual substitueix⁽⁶⁾. Així, el Reglament Brussel·les I va operar la «comunitarització» del Conveni de Brussel·les del 1968, un cop la mateixa Comunitat Europea va assumir competència legislativa en matèria de competència judicial internacional i reconeixement i execució de resolucions judicials en virtut de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam de 2 d'octubre del 1997⁽⁷⁾. Quant a l'article 5(1) objecte d'aquest comentari, la pertinença d'esmentar aquests antecedents és que, si bé el precepte ha patit importants modificacions en la versió actual del Reglament Brussel·les I respecte del Conveni de Brussel·les del 1968⁽⁸⁾, aquestes modificacions consisteixen a introduir una norma especial per a alguns contractes de compravenda de mercaderies i alguns contractes de prestació de serveis, tot conservant l'antiga norma per als casos que no cobreix la norma especial. Per tant, la jurisprudència del Tribunal de Justícia dictada en interpretació de l'article 5(1) del Conveni de Brussel·les, en virtut del Protocol de Luxemburg de 3 de juny del 1971, relatiu a la interpretació del dit Conveni pel Tribunal de Justícia, manté la plena vigència, tret del que fa referència a la nova norma especial.

3. Així doncs, a l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I hi conviuen la vella norma del Conveni de Brussel·les del 1968, tal com va evolucionar legislativament i jurisprudencialment, juntament amb la nova norma per a certes categories de contractes. Ara bé, el conjunt de norma general/norma especial de l'article 5(1) no és aplicable a tots els contractes: en matèria d'assegurances, contractes subscrits per consumidors i tractats individuals de treball el Reglament Brussel·les I conté normes específiques diferents⁽⁹⁾. L'article 5(1) tampoc

és l'única norma aplicable a les categories que comprèn: a més de la possibilitat de submissió tàcita per compareixença sense impugnar la competència del tribunal en principi no competent⁽¹⁰⁾, el fòrum que determina l'article 5(1) és alternatiu, el pot escollir la part demandant, al fòrum del domicili del demandat⁽¹¹⁾ o pot ser alternatiu o fins i tot pot quedar exclòs mitjançant un acord d'elecció de fòrum a favor de tribunals d'estats membres⁽¹²⁾. Aquesta delimitació externa de l'àmbit d'aplicació de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I es detalla a l'apartat 1 del treball que introduïm aquí. Dins de l'àmbit de l'article 5(1), el treball s'ocupa de perfilar la matèria contractual a l'apartat 2. Després, s'ocupa de la norma general heretada del Conveni de Brussel·les del 1968 a l'apartat 3, que obliga fer referència a la identificació de l'obligació que serveix de base per a la demanda i la localització del lloc de compliment; a l'apartat 4 s'ocupa de la norma específica nova del Reglament Brussel·les I, la crítica de la qual queda reservada per a l'apartat 5. Finalment, a l'apartat 6 s'aborda un aspecte específic de la delimitació entre la norma general i la norma específica nova.

4. Tot i que les parts poden desactivar-lo mitjançant un acord exclusiu d'elecció de fòrum i tot i que és un criteri sempre alternatiu del domicili del demandat, el fòrum de l'article 5(1) deu la importància pràctica al fet que constitueix un fòrum d'atac. És a dir, és un fòrum que gairebé sempre ofereix al demandant la possibilitat de demandar davant dels seus propis tribunals i inverteix, així, el resultat al qual s'arriba en aplicació de la norma més general, dins i fora de l'àmbit contractual, del Reglament Brussel·les I: la que dóna competència als tribunals de l'estat membre del domicili del demandat⁽¹³⁾. Per tant, queden enfrontats l'interès del demandat a litigar davant dels tribunals del seu domicili i l'interès del demandant d'evitar-ho i litigar, si pot ser, davant dels seus propis tribunals. Això explica que l'article 5(1) sigui un focus de litigiositat i que sigui abundant la jurisprudència del Tribunal de Justícia, que l'interpreta, així com la jurisprudència nacional, que l'interpreta sota les directrius del Tribunal de Justícia i l'aplica.

El treball que introduïm explica molt bé quines són les claus interpretatives que permeten anticipar si prevaldrà l'interès del demandat o el del demandant. Així doncs,

queda molt clara la idea d'excepcionalitat del fòrum de l'article 5(1) respecte del general del domicili del demandat. A més, es posa clarament de relleu la complexitat que comporta el fòrum de l'article 5(1), que, tal com està demostrant la pràctica, no ha disminuït amb la introducció de la norma especial. Aquesta norma per a alguns contractes de compravenda de mercaderies i alguns contractes de prestació de serveis ha generat dos grups addicionals de problemes, que se sumen als que presenta la norma general: un és el de la delimitació entre els supòsits que pertanyen a la norma general i els supòsits que pertanyen a la norma específica; l'altre deriva de l'enfocament molt factual que el Tribunal de Justícia dóna actualment a la interpretació de la norma específica⁽¹⁴⁾, cosa que exigeix que el Tribunal de Justícia es pronunciï amb freqüència sobre qüestions que han quedat obertes en pronunciaments anteriors⁽¹⁵⁾. Tal com s'ha dit, el treball dedica l'apartat 5 a la crítica de la reforma en aquest punt.

Si bé l'article 5(1) objecte d'aquest comentari ha patit importants modificacions en la versió actual del Reglament Brussel·les I respecte del Conveni de Brussel·les del 1968, aquestes modificacions consisteixen a introduir una norma especial per a alguns contractes de compravenda de mercaderies i alguns contractes de prestació de serveis, tot conservant l'antiga norma per als casos que no cobreix la norma especial

La interpretació de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I ha requerit de moment sis sentències⁽¹⁶⁾, l'última de les quals proporciona un exemple d'aquest enfocament factual, aplicat als contractes de compravenda de mercaderies, que és una qüestió que es tracta als apartats 5.3 i 5.4 del treball que introduïm: en la sentència de 25 de febrer del 2010, *Car Trim GMBH v. KeySafety Systems, Srl*⁽¹⁷⁾, el Tribunal de Justícia va interpretar que el lloc d'entrega segons el contracte no és el lloc on el venedor entrega al transportista, sinó el lloc de destí final on la mercaderia queda en mans del comprador, perquè aquesta és la resposta que correspon més bé a la gènesi, als objectius i propòsits del



Reglament i a la necessitat de previsibilitat i de proximitat. Tanmateix, el Tribunal de Justícia va deixar molt oberta la qüestió sobre si l'ús d'un Incoterm pot complir la funció de designar el lloc d'entrega segons el contracte. La sentència de 9 de juny del 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*⁽¹⁸⁾, es pronuncia sobre aquesta qüestió en un cas en què, a diferència de l'anterior, es donaven arguments sobre l'ús contractual d'un Incoterm, en particular, «Ex Works»⁽¹⁹⁾, i es deia que «en cas de venda amb expedició»⁽²⁰⁾, el lloc en què, segons el contracte s'hagin entregat o s'haurien d'entregar les mercaderies s'ha de determinar sobre la base del que disposi el mateix contracte. Per poder comprovar si el lloc d'entrega està determinat "segons el contracte", l'òrgan jurisdiccional nacional que tingui coneixement de l'afer ha de tenir en compte tots els termes i totes les clàusules pertinents d'aquest contracte que designin clarament aquest lloc, inclosos els termes i clàusules generalment reconeguts i consagrats pels usos mercantils internacionals, com els Incoterms (*international commercial terms*) elaborats per la Cambra de Comerç Internacional en la versió publicada l'any 2000. Si resulta impossible determinar el lloc d'entrega sobre aquesta base, sense remetre's al dret substantiu aplicable al contracte, aquest lloc és el de l'entrega material de les mercaderies, en virtut de la qual el comprador va adquirir o hauria hagut d'adquirir la facultat de disposar efectivament d'aquestes mercaderies en el destí final de l'operació de compravenda»⁽²¹⁾. Ara bé, la sentència encara afina més, i indica que «quan el contracte controvertit contingui aquests termes o clàusules, pot ser necessari examinar si aquests constitueixen estipulacions que fixen únicament les condicions relatives al repartiment dels riscos vinculats al transport de les mercaderies o al repartiment de les despeses entre les parts contractants o si designen també el lloc d'entrega de les mercaderies. Pel que fa a l'Incoterm "Ex Works", invocat en el marc del litigi principal, cal assenyalar que, tal com va destacar l'advocada general en el punt 40 de les seves conclusions, aquesta clàusula comprèn no només les disposicions dels punts A5 i B5, titulats "Transfer of risks", relatiu a la transmissió del risc, i els punts A6 i B6, titulats "Division of costs", que tracten del repartiment de les despeses, sinó també, de manera diferent, el que disposen els punts A4 i B4, titulats respectivament "De-

livery" i "Taking delivery", que es remeten al mateix lloc i permeten, per tant, designar el lloc d'entrega de les mercaderies. Al contrari, quan les mercaderies objecte del contracte transiten pel territori d'un estat membre que és un tercer respecte tant del domicili de les parts com del lloc de remissió o de destí de les mercaderies, és procedent comprovar, en particular, si el lloc que figura al contracte, situat en el territori d'un estat membre, serveix únicament per repartir els costos i els riscos vinculats al transport de les mercaderies o bé si constitueix també el lloc d'entrega d'aquestes»⁽²²⁾. El litigi nacional que és a l'origen d'aquesta sentència de 9 de juny del 2011 es va dur a terme a Itàlia i va enfrontar una demandant societat venedora italiana i una demandada societat compradora francesa, que impugnava la competència del Tribunal italià d'acord amb l'article 5(1). Per il·lustrar la inseguretat que produeix l'article 5(1), n'hi ha prou amb indicar que pocs mesos abans la Cour de Cassation francesa va validar en la sentència de 22 de març del 2011 el criteri d'instàncies judicials inferiors en un altre cas francoitalià, perquè no considerava eficaç l'Incoterm «Ex Works» que feia servir la societat venedora italiana per concloure que els tribunals francesos on havia acudit la demandant compradora francesa eren incompetents.

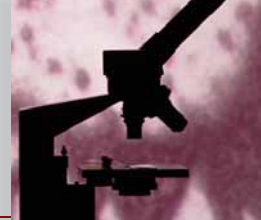
La norma especial que s'introdueix per a alguns contractes de compravenda de mercaderies i alguns contractes de prestació de serveis ha generat dos grups addicionals de problemes, que se sumen als que presenta la norma general

5. La importància pràctica de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I es posa de manifest també si ens adonem que la possibilitat de fugir de les incerteses i de la litigiositat que pot ocasionar a còpia d'escollir el tribunal competent no sempre existeix a la realitat. A banda de supòsits en què les parts no puguin o no considerin oportú arribar a un acord, moltes vegades la relació contractual només queda documentada en els documents comercials: comanda, factura, albarà d'entrega⁽²³⁾. Això és més probable que passi com més simple sigui la relació con-

tractual, que és precisament el cas dels contractes de compravenda: són freqüentíssims els casos en què no es consulta ni es demana a un advocat la redacció d'un contracte quan es tracta de compravenda de mercaderies. Per tant, tal com indicàvem en un treball sobre la jurisprudència del Tribunal de Justícia en interpretació de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I⁽²⁴⁾, atès el casuisme en què ha caigut la jurisprudència del Tribunal de Justícia, adquireixen una gran importància, a causa de la rellevància que tenen pel que fa a la competència judicial internacional, les clàusules sobre el lloc de compliment de les obligacions contractuals.

Per últim, la importància de l'article 5(1) queda espacialment ampliada, indirectament, si prospera en la formulació inicial la proposta de reforma del Reglament Brussel·les I que ha presentat la Comissió⁽²⁵⁾ i que actualment està en procés. Un dels punts més importants de la reforma és la universalització del Reglament Brussel·les I, de manera que l'aplicació de les normes unificades de competència judicial internacional no depengui en cap cas del domicili del demandat a la Unió Europea⁽²⁶⁾. És a dir, que l'article 5(1), del qual no se'n preveu modificació, s'aplicarà no només en els casos actuals quan el demandat tingui domicili a la Unió Europea, sinó també quan no l'hi tingui, de manera que, en aquest cas, la norma ja no serà especial respecte de la general del domicili del demandat i desplaçarà qualsevol altra norma de competència del dret internacional privat de font nacional, com per exemple a Espanya l'incís corresponent a les obligacions contractuals de l'article 22.3 de la LOPJ.

6. Per acabar aquesta introducció, destacaré finalment que el fet que resulti tan extens ocupar-se d'un únic apartat d'un sol article del Reglament Brussel·les I és indicatiu de com n'és de dens el sistema europeu de competència judicial internacional. Deixem per un altre moment la discussió no nova⁽²⁷⁾ sobre si el sistema europeu és o no és una bona eina per evitar la incertesa sobre el lloc on s'ha de dur a terme un litigi. És a dir, el debat sobre si la uniformitat veritablement va en benefici dels litigants. Segurament el camí no s'ha aplanat tant com seria desitjable, malgrat que es disposa de normes unifor-



mes, però tot i així contrasta amb la situació que es viu en el context d'un sistema molt diferent de l'europeu, com és el dels Estats Units. Mentre que a Europa part de la dificultat rau en l'ús de conceptes juridicomaterials en les normes de competència judicial internacional, la construcció nord-americana de les normes de competència judicial internacional està feta més directament a partir dels contactes dels subjectes i de les situacions jurídiques amb el fòrum, que, a partir de definicions juridicomaterials (contractes, responsabilitat contractual, etc.), no ha pogut subministrar un marc de certesa. Amb data de 27 de juny del 2011, el Tribunal Suprem dels Estats Units va dictar dues sentències en matèria de competència judicial internacional⁽²⁸⁾ que faran rajar molta tinta, perquè són les primeres en més de vint anys, des que el Tribunal Suprem va dictar, el 1990, una sentència sobre l'afer *Burham v. Superior Court of California*⁽²⁹⁾ amb què validava la competència judicial internacional (en aquest cas, interfederal) del Tribunal californià basada en la citació feta al territori de la circumscripció del Tribunal al demandat merament transeünt i domiciliat a Nova York⁽³⁰⁾. En la sentència *Goodyear Dunlop Tires Operations SA et al. v. Brown*, el Tribunal va ser unànime quan va considerar incompetents els tribunals de Carolina del Nord per jutjar fabricants de pneumàtics no nord-americans per raó de la defunció del fill dels demandants en un accident d'autocar als afores de París. En la sentència es descarta que els contactes dels demandats amb els Estats Units fossin de la qualitat i la intensitat suficients per portar-los davant dels tribunals de Carolina del Nord, amb relació a fets que no tenien cap contacte significatiu amb els Estats Units (*general jurisdiction*), però no es va considerar si l'aplicació de la doctrina de l'aixecament del vel, tenint en compte l'existència de societats nord-americanes del grup Goodyear Dunlop, hauria permès prendre una decisió en un altre sentit. L'última ocasió en què s'havia debatut l'abast de la *general jurisdiction* davant del Tribunal Suprem dels Estats Units es remunta a més de vint-i-cinc anys enrere, amb el cas *Helicopteros de Colombia v. Hall* (1984)⁽³¹⁾.

En canvi, la sentència en el cas *McIntyre Machinery, Ltd v. Nicastro* registra una espectacular divisió entre els magistrats: la qüestió era si tenen competència judicial internacional els tribunals de Nova Jersey per tenir coneixement d'una demanda de responsabilitat per productes defectuosos que el lesionat per una màquina de tallar metall adquirida a Nova Jersey va interposar contra el fabricant britànic. Mentre que sis dels nou magistrats van arribar per diferents raons a una conclusió negativa, els altres tres van pensar radicalment el contrari i van invocar entre les seves motivacions el règim vigent a la Unió Europea, on, efectivament, l'article 5(3) del Reglament Brussel·les I confereix competència judicial internacional en matèria delictiva el tribunal del lloc on s'ha produït el fet damnable. El que més crida l'atenció és que, des del precedent més immediat d'aquesta sentència en el cas ambiguament resolt *Asahi Metal Industry Co. Ltd. v. Superior Court of California* (1987)⁽³²⁾, els tribunals nord-americans s'havien considerat competents en supòsits anàlegs, basant-se en el concepte *stream of commerce*, per la qual cosa aquesta polèmica sentència podria ser el punt de partida cap a una normativa que dotés els Estats Units d'un règim uniforme equivalent al Reglament Brussel·les I.

- (1) La jurisprudència nacional s'extreu de la base de dades de subscripció UNALEX, que ha posat en funcionament l'editorial IPR Verlag, accessible a <http://www.unalex.eu/>.
- (2) DO L 12, de 16 de gener del 2001 i successives correccions d'errors i modificacions (A. BORRÁS [et al.], *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 20a ed., Madrid, Tecnos, 2010, pàg. 133).
- (3) DO L 299, de 16 de novembre del 2005.
- (4) DO L 399, de 21 de desembre del 2007; DO L 147, de 10 de juny del 2009. L'informe explicatiu d'aquest Conveni, el va preparar el professor F. Pocar i va ser publicat al DO C 139/1, de 23 de desembre del 2009.
- (5) Les relacions entre el Reglament Brussel·les I i el Conveni Lugano bis es regulen a l'article 64 d'aquest últim instrument.
- (6) Anàlogament, l'esmentat Conveni Lugano bis substitueix el Conveni relatiu a la competència judicial i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil fet a Lugano el 16 de setembre del 1988, «paral·lel» al de Brussel·les del 1968 esmentat al text.

- (7) El Tractat d'Amsterdam de 2 d'octubre del 1997 va introduir a aquest efecte l'article 65 i concordants al Tractat CE, actualment, amb les seves modificacions, article 81 i concordants del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (versió consolidada, DO C 83, de 30 de març del 2010), tal com va ser adoptat mitjançant el Tractat de Lisboa de 13 de desembre del 2007 (BOE de 27 de novembre del 2009). Aquesta «comunitarització» de la competència legislativa en matèria de competència judicial internacional i reconeixement i execució de resolucions judicials va comportar la competència exclusiva de la Unió Europea (que exclou la dels estats membres, tret del règim especial d'Irlanda, del Regne Unit i de Dinamarca) per a la celebració del Conveni Lugano bis (Dictamen del Tribunal de Justícia 1/03, de 7 de febrer del 2006; vegeu A. BORRÁS, «Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences», *Yearbook of Private International Law*, vol. 8, 2006, pàg. 37 i seg.).
- (8) Anàlogament, Conveni Lugano bis respecte del Conveni de Lugano del 1988.
- (9) Art. 8 a 21 del Reglament Brussel·les I.
- (10) Art. 24 a del Reglament Brussel·les I.
- (11) Domicili en un estat membre, determinat segons els articles 59 i 60 del Reglament Brussel·les I. Naturalment, el Reglament Brussel·les I només pot conferir competència judicial internacional a tribunals d'estats membres; a més, l'aplicació de la norma de l'article 5(1) pressuposa el domicili del demandat en un estat membre i propicia que el demandat pugui ser atret davant dels tribunals d'un altre estat membre diferent del del seu domicili. És a dir, actualment (vegeu més avall el punt 5 d'aquesta introducció), l'operativitat de la norma uniforme de l'article 5(1) es limita als casos en què el demandat té el domicili en un estat membre. La referència a un estat membre s'ha d'adaptar, segons als casos, a domiciliats a Dinamarca o estats que són part de Lugano bis diferents dels estats membres de la Unió Europea en virtut i en els termes de l'extensió espacial del règim de Brussel·les pel que fa a l'esmentat acord Unió Europea/Dinamarca i al Conveni Lugano bis.
- (12) Art. 23 del Reglament Brussel·les I. Si s'escullen tribunals situats en estats membres, l'article 23 no exigeix perquè s'apliqui que el demandat estigui domiciliat en un estat membre. Però si ni el deman-

dant ni el demandat estan domiciliats en estats membres, l'apartat 3 de l'article 23 conté un règim específic no uniforme. Per tant, en la mesura que l'aplicació de l'article 5(1) requereix que el demandat tingui domicili en un estat membre, l'àmbit espacial d'aplicació de l'article 5(1) només coincideix en part amb el de l'article 23.

- (13) Articles 2.1 i 3.1 del Reglament Brussel·les I. És una norma general transversal a matèries contractuals o no, però no és una norma absoluta: hi ha normes de competència judicial internacional en el Reglament Brussel·les I que exclouen el criteri del domicili del demandat, com per exemple les «competències exclusives» de l'article 22, que no s'ocupen del domicili del demandat.
- (14) Vegeu, en aquest sentit, un article recent d'un autor citat freqüentment en el treball que introduïm: P. FRANZINA, «Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della corte di giustizia», *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 2010/3, pàg. 655 i seg.
- (15) Vegeu J. J. FORNER i M. TORRES, «Jurisdiction in international contracts: New article 5(1) of Brussels I and the ECJ», *International Company and Commercial Law Review*, 2011/2, pàg. 42-49.
- (16) L'última, l'única que no apareix al treball que introduïm, és la sentència que ressenyem més endavant, de 9 de juny del 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*.
- (17) C-381/08.
- (18) C-87/10.
- (19) De fet, s'havia utilitzat l'expressió en italià «Resa: franco nostra sede» i el Tribunal de Justícia convida el Tribunal nacional a determinar si equival a l'Incoterm «Ex Works».
- (20) La traducció al castellà fa servir l'expressió «per correspondència», en lloc de la preferible «amb expedició» que s'utilitza al text.
- (21) Part dispositiva de la sentència de 9 de juny del 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*.
- (22) Paràgrafs 23 i 24 de la sentència de 9 de juny del 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*.
- (23) En aquests casos, la suposada simplicitat de la solució que consisteix a escollir el fòrum de conformitat amb l'article 23 del Reglament Brussel·les I es pot convertir en una font de problemes addicionals. Això pot passar si una part intenta servir-se de l'elecció de tribunal que figura a les seves condicions generals de contractació impreses als documents comercials, ja que en aquests casos és fàcil que la discussió es traslladi a l'àmbit de si hi

ha consentiment de totes dues parts i si s'han respectat les formalitats de l'apartat 1 d'aquest article 23, tot plegat en favor de conferir eficàcia a l'acord, en derogació d'altres fòrums.

- (24) J. J. FORNER i M. TORRES, «Jurisdiction in international contracts: New article 5(1) of Brussels I and the ECJ», *International Company and Commercial Law Review*, 2011/2, pàg. 48 i seg.
- (25) COM(2010) 748è final, de 14 de desembre del 2010.
- (26) Vegeu J. WEBER, «Universal jurisdiction and Third Status in the Reform of Brussels I regulation», *Max Planck Private Law Research Paper*, núm. 11/7.
- (27) C. G. J. MORSE, «International Shoe v. Brussels and Lugano: Principles and pitfalls in the Law of Personal Jurisdiction», *UC Davis LR*, vol. 28, 1995, pàg. 999-1025; Russell J. WEINTRAUB, «A map out of the personal jurisdiction labyrinth», *UC Davis LR*, vol. 28, 1995, pàg. 531-559.

(28) *Goodyear Dunlop Tires Operations SA et al. V. Brown* [564 US (2011)] i *McIntyre Machinery, Ltd v. Nicastro* [564 US (2011)].

(29) 495 US 604 (1990).

(30) Per destacar la diferència, cal assenyalar que en aquest afer no va tenir cap rellevància el fet que el demandant ho fos per aliments i que reclamés el seu propi fòrum, el de Califòrnia. En una situació com aquesta, tant el Reglament Brussel·les I [article 5(2)] com el Reglament 4/2009, de 18 de desembre del 2008, sobre competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions i la cooperació en matèria d'obligacions d'aliments (DO L 7, de 10 de gener del 2009) [article 3(b)] donen competència als tribunals del lloc de residència habitual del creditor, tenint present la naturalesa del material de l'obligació d'aliments.

(31) 466 US 408 (1984).

(32) 480 US 102 (1987).



El fòrum dels contractes internacionals

Comentari de l'article 5(1) del Reglament Brussel·les I

L'article 5, apartat 1 és una de les disposicions més importants del sistema comunitari d'atribució de competència judicial, tant per la rellevància pràctica com per la intrínseca problemàtica que presenta. Nascut fonamentalment per a la disposició de fòrums jurisdiccionals alternatius i competents, mitjançant aquest treball s'analitzen supòsits de més interès.

Franco Ferrari

*Catedràtic de Dret Internacional.
Universitat de Verona i Universitat
de Nova York*

Francesca Ragno

Investigadora de la Universitat de Vero

Article 5

Les persones domiciliades en un Estat membre poden ser demandades en un altre Estat membre:

1) a) en matèria contractual, davant del tribunal del lloc en què s'hagi complert o s'hauria d'haver complert l'obligació que serveix de base per a la demanda;

b) a efectes d'aquesta disposició, i tret que hi hagi un pacte contrari, aquest lloc és:

— quan es tracti d'una compravenda de mercaderies, el lloc de l'Estat membre en què, segons el contracte, hagin estat o haurien d'haver estat entregades les mercaderies;

— quan es tracti d'una prestació de serveis, el lloc de l'Estat membre en què, segons el contracte, hagin estat o haurien d'haver estat prestats els serveis;

c) quan la lletra b) no sigui aplicable s'aplica la lletra a).





1. Fòrum *destinatae solutionis*

1.1. *Ratio legis i interpretació*

L'article 5, apartat 1 és una de les disposicions més importants del sistema comunitari d'atribució de la competència judicial, tant per la rellevància pràctica com per la intrínseca problemàtica que presenta. La seva introducció es deu a l'exigència, advertida pel legislador comunitari, així com pels redactors del Conveni de Brussel·les, de «completar» el criteri del fòrum del domicili del demandat mitjançant la previsió de fòrums alternatius, admesos «a causa de l'estret nexa existent entre l'òrgan jurisdiccional i el litigi o per facilitar una bona administració de justícia»⁽¹⁾.

El criteri de competència judicial especial⁽²⁾ en matèria de contractes, quan sigui aplicable i condueixi a un resultat⁽³⁾, té un caràcter opcional (en el sentit que el demandant pot decidir si exercir-lo)⁽⁴⁾ i concurrent (en el sentit que no exclou)⁽⁵⁾ el fòrum general establert per l'article 2⁽⁶⁾ ni el criteri previst per l'article 6, apartat 2 del Reglament i del Conveni de Brussel·les⁽⁷⁾. Amb tot, aquest criteri ha de cedir davant dels criteris de competència imperatius (com, per exemple, el relatiu als contractes subscrits per consumidors als quals s'aplica l'article 15 del Reglament de Brussel·les⁽⁸⁾, així com davant dels criteris de competència judicial relatius al fòrum exclusiu⁽⁹⁾, com és el cas del fòrum prorogat⁽¹⁰⁾.

En el sistema dissenyat pel Reglament Brussel·les I, ha quedat sense modificació la primacia del domicili del demandat com a criteri de competència al caràcter excepcional i taxatiu dels fòrums alternatius

S'estima que el títol de competència judicial previst a l'article 5, apartat 1 del Reglament respon a un objectiu de proximitat i que és funcional a exigències d'economia i eficiència processal⁽¹¹⁾, i es considera justificat (d'una manera força apodíctica⁽¹²⁾, especialment si es té en compte el paper que es reconeix a l'auto-

nomia privada)⁽¹³⁾ per l'estreta correlació entre la controvèrsia i l'òrgan jurisdiccional que l'ha de conèixer⁽¹⁴⁾.

En «comunitaritzar» el Conveni de Brussel·les, la concepció original del fòrum del contracte ha estat parcialment remodelada. Efectivament, el legislador europeu, d'una banda, ha tornat a proposar, en general, el conegut criteri de connexió segons el qual la competència s'atorga, sense més especificacions, al tribunal del lloc en què «s'hagi complert o s'hauria de complir l'obligació que serveix de base a la demanda» (article 5, apartat 1, lletra a); d'altra banda, tanmateix, ha atorgat a aquest criteri un valor residual i ha elaborat un règim especial per als dos tipus de contractes més comuns⁽¹⁵⁾, és a dir els contractes de compravenda de mercaderies i de prestació de serveis (article 5, apartat 1, lletra b).

La continuïtat parcial que es pot seguir entre el criteri de connexió competencial configurat en matèria contractual al Reglament Brussel·les I i al Conveni de Brussel·les té moltes implicacions des del punt de vista de la interpretació. La necessitat de garantir una interpretació uniforme del Reglament Brussel·les I i del Conveni de Brussel·les (que deriva del considerand núm. 19 al Reglament Brussel·les I)⁽¹⁶⁾ requereix, de fet, que els intèrprets atribueixin a les normes transferides sense modificacions⁽¹⁷⁾ un abast idèntic al que s'atorga a les respectives disposicions del Conveni⁽¹⁸⁾. D'això en deriva el fet que mantinguin l'actualitat els pronunciaments del Tribunal de Justícia respecte de l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les, quant a les disposicions no reformades pel legislador europeu⁽¹⁹⁾.

Això mateix és vàlid per a l'enfocament metodològic que ha traçat la jurisprudència europea a la llum del contingut que deroga el criteri de connexió que estudiem aquí, respecte del principi general del *forum rei*⁽²⁰⁾. A causa del fet que en el sistema que ha dissenyat el Reglament Brussel·les I ha quedat sense modificació la primacia del domicili del demandat com a criteri de competència⁽²¹⁾ al caràcter excepcional i taxatiu dels fòrums alternatius⁽²²⁾ i a l'objectiu de previsibilitat i seguretat jurídica que es persegueix mitjançant els títols de competència judicial establerts⁽²³⁾, cal concloure que l'enfocament restrictiu que ha adoptat

el Tribunal de Justícia en la reconstrucció del supòsit de fet previst per la norma a fi de no ampliar-ne l'àmbit⁽²⁴⁾ també ha de caracteritzar la tasca dels intèrprets quan es tracta de l'aplicació de l'article 5, apartat 1 del Reglament Brussel·les I.⁽²⁵⁾

1.2. *Funcions i límits d'operativitat de la norma*

L'article 5, apartat 1, que s'allunya del criteri general del *forum rei* (que s'estableix, tal com hem dit, per aconseguir l'equilibri entre els drets de defensa del demandat i l'eficiència de l'administració de justícia)⁽²⁶⁾, permet demandar un subjecte domiciliat en un Estat membre davant del tribunal d'un altre Estat membre, quan es pugui trobar en aquest últim el *locus destinatae solutionis*⁽²⁷⁾. Tot i així, la norma en estudi no permet que la part demandada denunciï la manca de competència del tribunal del fòrum del demandat només perquè no coincideix amb el fòrum competent segons l'article 5, apartat 1⁽²⁸⁾.

Cal remarcar que aquesta norma no només estableix la competència judicial internacional dels tribunals d'un país, sinó que, alhora, determina, com ja passava amb la vigència del Conveni de Brussel·les⁽²⁹⁾, dins del mateix país, el tribunal territorialment competent⁽³⁰⁾. La competència especial establerta en aquest article té, per tant, valor facultatiu, ja que es pot activar a discreció del demandant⁽³¹⁾, i és (tal com hem comentat) concurrent⁽³²⁾, ja que no impedeix que el demandant estableixi el plet sobre la base del criteri general del *forum rei*, que roman, en tot cas, abstractament activable. Tanmateix, l'article 5, apartat 1 no és operatiu quan l'afer, tot i tenir naturalesa contractual, ha estat sotmès per les parts a un arbitratge⁽³³⁾ o està subjecte a un règim de competència judicial contingut en convenis internacionals especials⁽³⁴⁾, que prevalen sobre el Reglament Brussel·les I, en virtut de l'article 71; vegeu, per exemple, l'article 31, número 1, del CMR (Conveni sobre el contracte de transport internacional de mercaderies per carretera, acordat el 19 de maig del 1956)⁽³⁵⁾; l'article 33, apartat 1 del Conveni de Mont-real (Conveni per a la unificació d'algunes normes relatives al transport aeri internacional, signat a Mont-real el 28 de maig del 1999)⁽³⁶⁾, o fins i tot l'article 28 del Conveni de Varsòvia (Con-



veni per a la unificació d'algunes normes relatives al transport aeri internacional, signat a Varsòvia el 12 d'octubre del 1929, amb successives modificacions)⁽³⁷⁾.

Tal com s'ha esmentat anteriorment, l'article 5, apartat 1 no s'aplica si regeixen títols de competència judicial imperatius (i tuitius) o exclusius⁽³⁸⁾, com ara els relatius a assegurances (articles 8-14), consum (articles 15-17) o assumptes laborals (articles 18-20)⁽³⁹⁾, així com els supòsits regulats a l'article 22⁽⁴⁰⁾ o caracteritzats per una pròrroga de la competència ex article 23⁽⁴¹⁾ o per una acceptació tàcita d'aquesta ex article 24⁽⁴²⁾. Per a aquests casos, resulta necessària una correcta determinació de l'àmbit de les competències imperatives o exclusives amb la finalitat d'avaluar la possibilitat efectiva de reconduir l'afer al seu àmbit.

1.3. La competència del jutge

Per tal que la competència del tribunal quedi fixada conformement al títol competencial en examen, cal que les circumstàncies concloents i pertinents⁽⁴³⁾ que aporta la part interessada⁽⁴⁴⁾ i no desmentides per les proves incorporades a la causa⁽⁴⁵⁾ permetin que el jutge consideri que existeixen els pressupòsits d'operativitat del criteri de connexió competencial⁽⁴⁶⁾, encara que no hagi estat invocat pel demandant⁽⁴⁷⁾. Perquè això sigui així, sembla ser que n'hi ha prou que el demandant afirmi convincentment que l'assumpte afecta la matèria contractual⁽⁴⁸⁾.

Un cop establerta la competència internacional segons els criteris de l'article 5, apartat 1, el tribunal ha d'entrar a analitzar el fons de l'assumpte. Se n'exclou radicalment la possibilitat que declini la seva competència per raons de conveniència o d'oportunitat no només pel títol de jurisdicció en qüestió⁽⁴⁹⁾, sinó per tots els criteris establerts en el marc del Reglament Brussel·les I (i, abans d'aquest, el Conveni de Brussel·les)⁽⁵⁰⁾; és evident, de fet, que si s'admetés l'entrada en el sistema europeu d'atribució de competència de teories com la del *forum non conveniens* resultaria en perjudici de l'aplicació uniforme del dret europeu, dels principis de previsibilitat i seguretat jurídica, en detriment de la protecció jurídica dels subjectes residents a la Comunitat⁽⁵¹⁾.

1.4. Àmbit d'aplicació *ratione personae* i la clàusula de Luxemburg

L'operativitat de l'article 5, apartat 1 del Reglament Brussel·les I depèn de si el demandat està domiciliat en un Estat membre⁽⁵²⁾; en aquest cas no tenen cap rellevància ni el domicili del demandant ni la nacionalitat de les parts⁽⁵³⁾. Si el demandat no està domiciliat en un Estat membre, la identificació del jutge competent la determinen els règims nacionals sobre competència internacional, en virtut de l'article 4, apartat 1 del Reglament Brussel·les I.

Per tal que la disposició en qüestió s'apliqui, cal que l'assumpte es presenti davant d'un tribunal d'un Estat «diferent» de l'Estat on el demandat està domiciliat; en absència d'aquest pressupòsit (però sempre que el conflicte tingui caràcter internacional, atès que, altrament, no s'aplicaria el Reglament)⁽⁵⁴⁾, en general, és rellevant el criteri establert a l'article 2 i la competència territorial s'ha d'establir segons el dret nacional.

Si en el sistema europeu s'admetés l'entrada de teories com la del *forum non conveniens*, s'aniria en perjudici de l'aplicació uniforme del dret europeu, dels principis de previsibilitat i de seguretat jurídica i en detriment de la protecció jurídica dels subjectes residents a la Comunitat

En termes d'aplicació *ratione personae* de l'article 5, apartat 1, cal assenyalar l'especificitat del Reglament. El legislador europeu, en línia de continuïtat amb les normes que conté l'article 1, apartat 1 del Protocol del Conveni de Brussel·les⁽⁵⁵⁾, va concedir un especial privilegi a les persones domiciliades o amb seu a Luxemburg, a través de la clàusula de Luxemburg⁽⁵⁶⁾. Quan aquests subjectes han estat demandats davant d'un tribunal d'un altre Estat membre segons l'article 5, apartat 1, han pogut al·legar, durant un període de sis anys després de l'entrada en vigor del Reglament (és a dir, fins a l'1 de març del 2008), que el tribunal no tenia competència «quan el lloc final d'entrega de

la mercaderia o del servei estava situat a Luxemburg» (article 63, apartats 1 i 4)⁽⁵⁷⁾. Segons una orientació jurisdiccional (que sorgeix a l'empara de l'esmentat Protocol), la clàusula de Luxemburg regia sempre que coincidissin les condicions d'aplicació, independentment de si la incompetència del jutge havia estat denunciada o no⁽⁵⁸⁾. Amb tot, la clàusula no s'aplicava en el cas que una societat tingués la seu a Luxemburg però operés, de fet, en un altre Estat membre, i que mantingués a Luxemburg només una bústia per rebre el correu⁽⁵⁹⁾.

Quan el *locus destinatae solutionis* rellevant pel que fa a la competència judicial coincideix (per exemple, per mutu acord) amb el domicili d'una de les dues parts, es presenta el problema dels efectes d'un canvi de domicili posterior a la celebració del contracte. L'exigència de seguretat i previsibilitat del fòrum ja indicada⁽⁶⁰⁾ induïx a excloure que aquest canvi produeixi efectes pel que fa a la identificació del tribunal del contracte.

2. Matèria contractual

2.1. Definició de contracte

La primera qüestió que planteja l'article 5, apartat 1 (i, anteriorment, l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les), es refereix a la definició de l'àmbit d'aplicació *ratione materiae*. De fet, la possibilitat que la competència s'atribueixi al tribunal del contracte depèn del fet que la controvèrsia tingui com a objecte una «matèria contractual». Si un conflicte es classifica de «contractual», això enfronta l'interpretació «nacional» i una altra d'«autònoma». Sens dubte, l'heterogeneïtat dels sistemes de dret privat dels Estats membres no condueix a recórrer a la *lex causae* (per no parlar de la *lex fori*); l'ús de les categories nacionals, de fet, només portaria a una aplicació desigual del títol de jurisdicció en qüestió⁽⁶¹⁾ i, en última instància, minaria els objectius de seguretat jurídica i previsibilitat que busca el legislador europeu. No sorprèn, en conseqüència, la propensió a una determinació àmplia⁽⁶²⁾ que exclougui el recurs a la legislació nacional aplicable⁽⁶³⁾, si bé reconeix que això pot portar a una percepció diferent de la noció de



contracte segons si la perspectiva és de caràcter processal o de fons⁽⁶⁴⁾.

Aquesta tendència ha estat la preferida pel Tribunal de Justícia⁽⁶⁵⁾ en interpretar el concepte homòleg que conté el Conveni de Brussel·les; això assegura, segons el Tribunal, l'aplicació uniforme del text en les diferents jurisdiccions⁽⁶⁶⁾. En particular, quan s'ha sol·licitat al Tribunal de Justícia que valori si una determinada controvèrsia és reconduïble a l'àmbit contractual als efectes de l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les, el Tribunal ha avaluat el sistema i els objectius de la convenció mateixa i ha identificat el criteri ordenador de l'àmbit d'aplicació del criteri de competència judicial en qüestió no en l'acord d'un contracte⁽⁶⁷⁾, sinó en la mera existència d'una obligació lliurement assumida per una part enfront de l'altra⁽⁶⁸⁾.

En consonància amb aquest criteri «autònom»⁽⁶⁹⁾, s'han reconduït a l'àmbit contractual, per exemple, les demandes relatives a la relació d'afiliació i els seus membres o a decisions preses per l'ens davant dels seus membres⁽⁷⁰⁾, així com les que giren al voltant dels vincles entre membres d'una societat o entre aquests i la mateixa societat⁽⁷¹⁾; la relació entre una societat de responsabilitat limitada i el soci administrador⁽⁷²⁾; les pretensions relatives a la cancel·lació arbitrària d'un acord d'agència comercial independent i el pagament de comissions establertes en virtut d'aquest contracte⁽⁷³⁾; o la demanda presentada per un consumidor per recollir un premi que s'ha promès per correu o per part d'una empresa de vendes a distància independentment de si va seguit d'una comanda de béns⁽⁷⁴⁾.

2.2. Obligació jurídica lliurement assumida

La revaloració del concepte d'«obligació jurídica lliurement consentida per una persona respecte d'una altra», que ha dut a terme la jurisprudència europea, permet, sens dubte, excloure que la reciprocitat del vincle sigui un requisit per a l'aplicació del títol de jurisdicció que s'ha comentat⁽⁷⁵⁾. A la matèria contractual s'hi poden reconduir els negocis amb obligacions a càrrec d'una sola part o els negocis unilaterals⁽⁷⁶⁾, la donació⁽⁷⁷⁾, la carta de patrocini⁽⁷⁸⁾, els contractes preparatoris o acords d'intencions⁽⁷⁹⁾, el

coneixement d'embarcament⁽⁸⁰⁾ o també l'assumpció d'un deute o d'una garantia⁽⁸¹⁾, el reconeixement de deute⁽⁸²⁾, la promesa d'una recompensa⁽⁸³⁾ o la promesa de pagament⁽⁸⁴⁾ eventualment formalitzada en una lletra de canvi⁽⁸⁵⁾ o en un xec⁽⁸⁶⁾, fins i tot si en aquest supòsit és controvertida la qualificació de contractual de la demanda del prestatari enfront del subjecte que hagi signat el títol valor⁽⁸⁷⁾. També s'inclou en l'àmbit d'aplicació *ratione materiae* de la disposició comentada el contracte que modifica un acord previ⁽⁸⁸⁾.

La revaloració del concepte d'«obligació jurídica lliurement consentida per una persona respecte d'una altra», que ha dut a terme la jurisprudència europea, permet, sens dubte, excloure que la reciprocitat del vincle sigui un requisit per a l'aplicació del títol de jurisdicció

Si passem ara a la nota de voluntarietat perfilada per la jurisprudència europea, cal subratllar que aquest requisit no implica que les pretensions presentades davant del tribunal es basin necessàriament en una font convencional; simplement es requereix que aquestes pretensions sorgeixin en l'àmbit de (o amb relació a) un vincle jurídic que ha assumit espontàniament una part enfront de l'altra⁽⁸⁹⁾. Si apliquem aquesta lògica, també les controvèrsies que tenen com a objecte obligacions de font legal (per exemple, deures d'informació)⁽⁹⁰⁾ derivats d'un contracte lliure i conscientment acceptat es poden considerar «contractuals»⁽⁹¹⁾. Un sector jurisprudencial ha sostingut que, quan una part reclami una indemnització per danys que resulten de la interrupció de les negociacions, existeixen els requisits *ratione materiae* de l'article 5, apartat 1 si les parts havien formalitzat prèviament un contracte preliminar, i en aquest cas es tracta no de fer valdre la responsabilitat contractual, sinó d'una responsabilitat derivada de la violació del contracte preliminar⁽⁹²⁾.

Resta fora de la matèria contractual la demanda basada en la responsabilitat precontractual del demandat per violació de normes legals (en el cas processat, es tractava de l'article 1337 del Codi civil italià), en ab-

sència de qualsevol compromís lliurement assumit per aquest contra el demandant⁽⁹³⁾.

2.3. Contracte i obligacions extracontractuals

La interpretació àmplia que ha donat el Tribunal de Justícia a la noció de *matèria contractual* ha permès els jutges de Luxemburg qualificar, en termes residuals, de relatius al concepte de «delicte o quasidelicte» els assumptes relatius a la responsabilitat d'un demandat que no es puguin reconduir a la matèria contractual de l'article 5, apartat 1⁽⁹⁴⁾.

Això podria portar a la conclusió que sempre es pot reconduir a l'àmbit d'aplicació de l'article 5, apartat 1, o de l'article 5, apartat 3, l'ampli ventall de litigis que sorgeixen en l'àmbit obligatori; en realitat, aquesta tesi ha estat negada per la mateixa jurisprudència europea, que, tot circumscriuint la competència del *forum delicti* a les reclamacions basades en el fet il·lícit⁽⁹⁵⁾, ha confirmat la formació d'una espècie de «tripartició», *quoad iurisdictionis*, de les situacions obligatòries *inter partes*⁽⁹⁶⁾. En aquesta espècie de *tertium genus*, la definició de la qual es remet, tret que existeixin raons de connexió ex article 6, a la competència general de l'article 2, cal col·locar les controvèrsies relatives a les obligacions restitutòries no vinculades a una relació contractual⁽⁹⁷⁾, les obligacions derivades de quasicontractes, com ara la gestió de negocis aliens⁽⁹⁸⁾ o l'enriquiment sense causa⁽⁹⁹⁾, i, en general, les obligacions *ex lege* que no hagin sorgit en connexió amb una relació «contractual» (sempre que no tinguin lloc en l'àmbit de la responsabilitat aquiliana)⁽¹⁰⁰⁾.

Evidentment, és abstractament possible que les pretensions del demandant de naturalesa contractual existeixin alhora amb altres de naturalesa delictiva (pensem en una hipòtesi en què s'al·leguin a la vegada l'incompliment contractual i la responsabilitat extracontractual); en aquests casos, és imaginable que el tribunal del contracte també pugui jutjar els aspectes de naturalesa delictiva quan aquests estiguin tan vinculats al contracte que atribueixin a l'element contractual un paper principal en la caracterització de l'assumepte⁽¹⁰¹⁾. A falta d'aquesta funció principal, cal sostenir que competeix al demandant elegir si acciona a l'empareda de la norma que comentem



o sobre la base de l'article 5, apartat 3⁽¹⁰²⁾. Cal tenir en compte, tanmateix, que quan el demandant interposa una demanda contractual i extracontractual alhora, el tribunal competent sobre aquest últim aspecte en virtut de l'article 5, apartat 3 no ho és per decidir sobre la pretensió contractual⁽¹⁰³⁾.

2.4. Objecte de la demanda i manteniment del fòrum del contracte

Un cop aclarit que el fòrum especial de l'article 5, apartat 1 del Reglament Brussel·les I es pot invocar en presència d'una obligació assumida lliurement independentment de la formalització del contracte⁽¹⁰⁴⁾ (raó per la qual la disposició comentada s'aplica també quan es discuteix o no està clara la formalització del contracte⁽¹⁰⁵⁾ o falta l'acord sobre tots els elements del contracte⁽¹⁰⁶⁾, és important assenyalar que la qualificació de l'assumpte, en presència del pressupòsit, no canvia en funció de si la demanda té per objecte l'execució o la interpretació del contracte, o si es refereix a les conseqüències del seu incompliment⁽¹⁰⁷⁾ (com, per exemple, la manca de pagament d'una comissió)⁽¹⁰⁸⁾; això és coherent amb la noció de *matèria contractual* de l'article 12 del Reglament Roma I (que té un abast que no es pot subestimar en la lògica d'una interpretació convergent d'ambdós instruments comunitaris)⁽¹⁰⁹⁾ i

compleix els objectius de previsibilitat que persegueix el legislador comunitari.

Per tant, entren igualment en l'àmbit dels assumptes contractuals aquells en què es discuteix sobre el compliment, l'incompliment o la rescissió d'un contracte⁽¹¹⁰⁾, així com les controvèrsies en què es persegueix la resolució del vincle obligatori⁽¹¹¹⁾ o la indemnització per danys⁽¹¹²⁾, casos en els quals cal considerar el lloc de compliment del contracte el de l'obligació incomplerta⁽¹¹³⁾. El que s'ha dit sobre la pretensió de rescabament per danys i perjudicis també és vàlid respecte de l'exigència de pagament d'una penalització⁽¹¹⁴⁾. Se'n dedueix, per exemple, que el lloc d'execució del pagament d'una penalització per no formalitzar un contracte ha de ser el lloc on el contracte s'hauria hagut de dur a terme⁽¹¹⁵⁾.

Quan, al contrari, el demandant reclama el pagament d'una suma però no a títol d'indemnització, sinó perquè constitueix una obligació principal, com en el cas de la indemnització per extinció de la relació, el lloc d'execució rellevant es determina autònomament⁽¹¹⁶⁾.

El criteri especial de competència judicial en estudi, que s'aplica fins i tot quan la controvèrsia en «matèria contractual» es refereix a obligacions secundàries o

accessòries⁽¹¹⁷⁾ (com, per exemple, la de respectar els termes contractuals establerts per a la notificació de resolució del contracte)⁽¹¹⁸⁾, no requereix ni l'existència, ni la validesa, ni l'eficàcia del contracte invocat davant del tribunal. Un enfocament diferent seria incompatible amb les exigències d'harmonia entre decisions i de coherència sistemàtica: en efecte, resultaria contradictori admetre el recurs al fòrum especial de l'article 5, apartat 1, quan l'objectiu consisteixi en el desplegament de la relació obligatòria, però no en el cas en què es vulgui al·legar la inexistència del vincle negocial, la invalidesa o la caducitat d'aquest. Per tant, s'han de considerar independentment reconduïbles a la matèria contractual les accions de nul·litat⁽¹¹⁹⁾ o anul·lació del contracte⁽¹²⁰⁾ i les accions de simulació⁽¹²¹⁾, així com les accions dirigides a la destrucció del vincle contractual, sense basar-se en l'incompliment (pensem en la resolució per impossibilitat sobrevinguda de la prestació del dret italià)⁽¹²²⁾ o a la constatació de la inexistència d'un vincle contractual⁽¹²³⁾, o de la inexistència de defectes en els productes venuts, o de la inexistència⁽¹²⁴⁾ d'un crèdit⁽¹²⁵⁾.

Qüestionar el contracte no és oposat a l'atribució de competència al tribunal. De fet, segons els jutges europeus, una solució diferent suposaria un perjudici per a l'operativitat del fòrum *destinatae solutionis*, i l'exposaria a l'arbitri d'estratègies defensives adoptades pels demandats amb l'únic propòsit d'evitar aquest criteri jurisdiccional

És cert que la disposició comentada, que identifica el criteri de connexió en el *locus solutionis* d'una obligació específica, sembla que està pensada per a pretensions dirigides a obtenir el compliment de la relació obligatòria i no una declaració d'inexistència o dissolució, però és igualment indubtable, en tot cas, que també aquestes demandes impliquen, fins i tot amb l'objectiu de contestar-ne la validesa, l'eficàcia o l'existència, la voluntària assumpció d'un vincle obligatori⁽¹²⁶⁾. Amb relació a les pretensions de declaració d'inexistència del contracte, cal aclarir que, pel que fa a les



implicacions quant al mecanisme de la litispendència, el tribunal ha de verificar de manera especialment rigorosa l'interès del demandant, que es manifesta, per exemple, quan aparegui clarament que les pretensions del demandat es basen justament en el contracte del qual es nega l'existència⁽¹²⁷⁾.

No canvia res, en qualsevol cas, si s'analitza el problema des de la perspectiva del manteniment del fòrum contractual enfront d'una contestació a la demanda que posi en dubte l'existència (o l'eficàcia) del contracte⁽¹²⁸⁾. Sobre aquest assumpte s'ha pronunciat el Tribunal de Justícia, que ha assenyalat que el qüestionament del «contracte» no s'oposa a l'atribució de competència al tribunal determinat sobre la base de l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les; de fet, segons els jutges europeus, una solució diferent suposaria un perjudici per a l'operativitat del *forum destinatae solutionis*, i l'exposaria a l'arbitri d'estratègies defensives adoptades pels demandats amb l'únic propòsit d'evitar aquest criteri jurisdiccional⁽¹²⁹⁾.

Encara es debat en la jurisprudència la qualificació de les pretensions restitutòries que s'exerciten davant d'un contracte nul o inexistent *ab initio*; mentre que sembla que algunes decisions li assignen naturalesa contractual⁽¹³⁰⁾, altres es mostren escèptiques respecte d'aquesta qualificació⁽¹³¹⁾.

2.5. Aspectes subjectius de la relació obligatòria i intervenció de tercers

No sembla que siguin exclusivament les parts de l'originari vincle contractual les que poden invocar la competència del tribunal del *locus solutionis*, sinó que es considera possible que la faci valdre també el que subentra a la posició subjectiva d'una part⁽¹³²⁾ per efecte d'un pacte a aquest efecte (cessió del contracte, assumptió de deute o expromissió)⁽¹³³⁾ o *ex lege* (subrogació legal, successió per causa de mort).

És cert que el Tribunal de Justícia ha negat que a qui subentra a la posició d'un consumidor li poden ésser aplicades les normes de competència judicial especial introduïdes per protegir-lo, però cal destacar que aquesta interpretació restrictiva és, sens dubte, conseqüència de la funció tuitiva d'aquest

fòrum especial⁽¹³⁴⁾. Això, en si mateix, és suficient per evitar l'aplicació d'aquesta orientació respecte del *forum destinatae solutionis*, que, lluny de tendir a beneficiar una determinada categoria de subjectes, ha estat concebut per donar valor a la proximitat entre el contracte i el jutge del lloc de l'execució⁽¹³⁵⁾.

Si bé la jurisprudència europea que acabem d'esmentar no es pot considerar un obstacle per a la tesi que es defensa, no podem desconèixer que el Tribunal de Justícia ha circumscrit de manera especialment restrictiva l'aplicabilitat del fòrum del contracte per a qui se subrogui en la posició del creditor, sense que el deutor hagi donat el consentiment a una (com a mínim potencial) substitució de la part activa de la relació obligatòria; en una decisió relativament recent, de fet, els jutges comunitaris han negat el caràcter contractual a l'acció amb la qual un fiador, que en virtut d'un contracte de fiança subscrit amb l'agent expedidor ha pagat els drets de duana, reclama, tot subrogant-se en els drets de l'administració duanera i en via de regrés, enfront del propietari de les mercaderies, quan aquest últim, que no és part en el contracte de fiança, no ha autoritzat l'esmentat contracte⁽¹³⁶⁾.

És diferent el cas de les demandes de tercers que, tot i que formalment són aliens al contracte, tenen algun interès en el resultat que tinguin. Quan el tercer, encara que no sigui part del negoci, pugui ser considerat el destinatari d'una obligació jurídica voluntàriament assumida per un subjecte enfront d'un altre (pensem, per exemple, en un contracte en favor d'un tercer), no sembla que hi hagi dubte sobre la possibilitat d'al·legar el títol de jurisdicció *ratione materiae*⁽¹³⁷⁾. En canvi, quan el tercer no es troba en aquesta situació, però actua per fer complir (o per circumscriure) els efectes produïts per la relació obligatòria en la seva esfera personal, la qualificació de contractual de la controvèrsia no pot operar, atès que, com ja hem esmentat, «no pertany a la matèria contractual la controvèrsia entre parts que no estiguin vinculades per una obligació prèviament assumida per una d'aquestes enfront de l'altra»⁽¹³⁸⁾.

2.6. Exemples d'aplicació

Arribats a aquest punt, sembla oportú esmentar alguns importants (i, a vegades,

ja apuntats) resultats a què ha arribat la jurisprudència amb relació al que comentem en els paràgrafs precedents.

Assenyalem, per exemple, que l'enviament no sol·licitat al domicili d'un consumidor d'una carta en què és designat guanyador d'un premi per part d'un venedor professional, per iniciativa seva i pels mitjans que esculli, constitueix un compromís «lliurement assumit» i, per tant, entra dins de la «matèria contractual». De fet, una promesa de premi feta en aquestes circumstàncies per un professional que no ha indicat clarament l'existència d'elements d'incertesa o ha fet servir expressions que indueixin el consumidor a un error que alhora el porti a formalitzar un contracte a través del qual adquireixi producte que el primer ofereix, podria raonablement fer creure al destinatari de la carta que li haurien entregat un premi en el cas en què hagués restituit el «bo de pagament» adjuntat⁽¹³⁹⁾.

Cal ressaltar també que la competència per pronunciar-se sobre una demanda per obtenir el pagament d'un xec, que constitueix una promesa de pagament, s'ha de determinar aplicant la disposició estudiada, perquè entra en la «matèria contractual»⁽¹⁴⁰⁾. La demanda del portador contra el banc que (per manca de fons del lliurador) hagi rebutjat el pagament sol·licitat pel tenidor del xec no constitueix, al contrari, una demanda en «matèria contractual»⁽¹⁴¹⁾.

Entra també en l'àmbit d'aplicació de la disposició en estudi, perquè es tracta precisament de «matèria contractual» l'acte de revocació de la donació per ingratitud⁽¹⁴²⁾.

L'acció per danys i perjudicis resultants de la mala gestió de la cartera del demandant es refereix a la «matèria contractual», la qual cosa imposa al tribunal aplicar aquesta disposició per pronunciar-se sobre la seva pròpia jurisdicció⁽¹⁴³⁾.

També l'acord en virtut del qual una societat anònima atribueix poders per administrar l'empresa a una altra empresa constitueix «matèria contractual», conformement a l'article 5, apartat 1 del Reglament Brussel·les I⁽¹⁴⁴⁾.

Encaixa en la «matèria contractual» fins i tot la demanda dirigida a la formalització de l'adquisició d'un determinat



nombre d'accions a través d'una sentència que substitueixi els actes deguts i no executats; especialment, la transferència d'accions després de l'opció de recompra (suposadament) exercida pel demandant en virtut d'un contracte formalitzat entre demandant i demandat, i en què la demanda no es funda en les relacions societàries, sinó en les obligacions contractuals assumides sobre la base d'un contracte autònom respecte del contracte de societat: això significa que no es pot tractar com una obligació entre socis, sinó com una obligació contractual, amb la consegüent aplicabilitat de la disposició comentada⁽¹⁴⁵⁾.

L'acord en virtut del qual una empresa es compromet a distribuir en un determinat territori els béns rebuts de l'altra part entra sens dubte en la «matèria contractual»⁽¹⁴⁶⁾. Tanmateix, no constitueix acció en «matèria contractual» l'acció per danys i perjudici que resulti de la interrupció de les relacions comercials, quan les parts no estaven contractualment obligades a mantenir aquestes relacions⁽¹⁴⁷⁾; per exemple, en virtut d'un contracte marc⁽¹⁴⁸⁾. Tampoc la reclamació d'indemnització per danys que resulta de la manca de formalització d'un contracte és una qüestió «contractual»⁽¹⁴⁹⁾.

L'existència d'obligació jurídica lliurement assumida és un requisit indispensable per determinar si la matèria podrà ser considerada contractual o no

No hi ha obligació jurídica lliurement assumida (i, per tant, no ens trobem davant de «matèria contractual») quan l'obligació jurídica és el resultat de la transferència dels actius del difunt als seus successors⁽¹⁵⁰⁾.

Les qüestions que puguin sorgir respecte de la relació entre les empreses dins d'un grup de fet tampoc no encaixen en la «matèria contractual», perquè entre elles no hi ha una obligació jurídica lliurement assumida⁽¹⁵¹⁾.

També falta una obligació jurídica lliurement assumida (i, per tant, no s'inclouen en la matèria contractual) en l'acció revocatori i en l'acció de simulació interposada per un tercer⁽¹⁵²⁾, en les demandes d'un

creditor d'una empresa que pertany a un grup enfront del *holding*⁽¹⁵³⁾, en les pretensions de tercers fundades en contractes amb efectes envers ells⁽¹⁵⁴⁾, en les pretensions promogudes per l'usuari final⁽¹⁵⁵⁾ o per un subadquirent d'un producte defectuós davant del productor-venedor⁽¹⁵⁶⁾ o en les accions promogudes sobre la base d'un coneixement d'embarcament pel destinatari de les mercaderies (o pel seu assegurador, subrogat en els seus drets perquè l'havia indemnitzat) no davant de l'emissor, sinó davant del transportista marítim efectiu⁽¹⁵⁷⁾. Segons la jurisprudència, l'acció de l'administrador concursal d'una societat comanditària simple contra un soci comanditari amb relació a la quota que aquest no ha retornat constitueix una acció en «matèria contractual»⁽¹⁵⁸⁾, mentre que l'acció de l'administrador concursal d'una societat dirigida a obtenir el reembossament d'una quantitat prestada no entra en la «matèria contractual»⁽¹⁵⁹⁾.

L'acció de reclamació d'una suma de diners que el demandat ha cobrat en nom propi però per compte del demandant no entra en la «matèria contractual» quan el demandat ha acceptat cobrar el crèdit sense assumir cap obligació jurídica, sinó únicament per fer un favor a un parent⁽¹⁶⁰⁾. En canvi, si el demandat hi hagués intervingut com a mandatari, l'acció sí que entraria en la «matèria contractual»⁽¹⁶¹⁾. Com ja hem esmentat anteriorment, s'ha de negar el caràcter contractual a l'acció amb la qual un garant, que en virtut d'un contracte de fiança subscrit amb el carregador, hagi pagat els drets de duana, demana als tribunals el compliment, tot subrogant-se en els drets de l'administració de duanes, en via de regrés, enfront del propietari de les mercaderies importades, quan aquest últim, que no és part en el contracte de fiança, no hagi autoritzat la conclusió de l'esmentat contracte⁽¹⁶²⁾.

Fins i tot en les obligacions derivades de la gestió de negocis aliens s'ha de negar el caràcter contractual, tal com hem esmentat anteriorment, per la qual cosa se n'ha d'excloure la possibilitat d'aplicar l'article 5, apartat 1 del Reglament Brussel·les I⁽¹⁶³⁾.

Segons la jurisprudència, cal negar la naturalesa contractual també a l'acció interposada per l'usuari directament contra el proveïdor d'una cosa l'ús de la qual no hagi estat concedit a l'usuari per una societat de

leasing en virtut d'un contracte de *leasing* formalitzat amb aquesta societat⁽¹⁶⁴⁾.

3. El criteri de connexió de l'article 5, apartat 1, lletra a)

3.1. Identificació de l'obligació presentada al judici

Tenint en compte el que ja hem explicat i les nombroses intervencions del Tribunal de Justícia que hem esmentat, és evident la dificultat de delimitar els límits del concepte *matèria contractual*. La tasca dels intèrprets és, doncs, molt lluny d'haver acabat. Si el contracte no encaixa en els dos tipus contractuals (contracte de compravenda de mercaderies i contracte de prestació de serveis) expressament esmentats en l'article 5, apartat 1, lletra b)⁽¹⁶⁵⁾, o si no hi hagués criteris de jurisdicció especial previstos per a aquests tipus contractuals⁽¹⁶⁶⁾, el tribunal, en comprovar la competència internacional, en primer lloc ha d'identificar l'obligació rellevant als efectes jurisdiccionals. Aquesta operació encara no s'ha dut a terme per l'anomenat *mètode analític* que ha proposat el Tribunal de Justícia amb relació a l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les⁽¹⁶⁷⁾, de manera que no es doni rellevància a qualsevol de les obligacions derivades del contracte o a l'obligació que constitueix el nucli de la relació contractual⁽¹⁶⁸⁾, sinó a l'obligació «que serveix de base a l'acció judicial», o sigui, «la que correspon a la norma sobre la qual es fonamenta l'acció del demandant»⁽¹⁶⁹⁾. Tal com va afirmar el Tribunal de Justícia⁽¹⁷⁰⁾, la identificació (que s'ha de dur a terme a la llum de la *lex causae*)⁽¹⁷¹⁾ de l'obligació, funcional a l'arrelament de la competència en matèria contractual, és independent de si s'actua per aconseguir el compliment judicial de l'obligació, de si es fan valdre les conseqüències del seu incompliment (pensem en una acció de resolució)⁽¹⁷²⁾ o de si s'acciona per aconseguir el compliment d'una prestació que la *lex causae* qualifica de «substitutiva»⁽¹⁷³⁾ de l'obligació original (com el rescabament per danys⁽¹⁷⁴⁾ o el pagament d'una penalitat⁽¹⁷⁵⁾ o d'una indemnització)⁽¹⁷⁶⁾. L'obligació rellevant és la que el demandat hagués hagut de complir (correctament)⁽¹⁷⁷⁾, és a dir, l'obligació principal⁽¹⁷⁸⁾. Amb tot, no sempre és fàcil reconduir el *petitum* a una obligació específica; passa així, per exemple, en les demandes



fundades en el conjunt de tot el contracte, com ara les accions per a la declaració de nul·litat o anul·lació o dirigides a determinar l'existència o no del vincle negocial⁽¹⁷⁹⁾. En aquests casos, la jurisprudència (encara que alguns autors han considerat insuperables els problemes d'identificació de l'obligació al·legada davant del tribunal i han exclòs l'operativitat del mateix títol de jurisdicció establert per a la matèria contractual) ha seguit una doble direcció: en alguns casos, s'ha considerat apropiat atribuir rellevància a l'obligació que es vol treure de sobre el demandant⁽¹⁸⁰⁾; en d'altres, s'ha decidit donar rellevància a l'obligació característica del contracte⁽¹⁸¹⁾.

Els problemes del mètode analític es manifesten, des d'un altre punt de vista, quan es dedueix una pluralitat d'obligacions que han de ser executades en diferents Estats; en un escenari com aquest, el criteri apuntat podria conduir a una proliferació de fòrums competents, cosa que no s'adequaria als objectius que persegueix el Reglament Brussel·les I. El Tribunal de Justícia, ja conscient dels problemes detectats amb relació al Conveni de Brussel·les, ha reduït el risc i ha assignat als intèrprets la tasca d'identificar l'obligació rellevant pel que fa a la competència judicial amb l'obligació qualificable respecte de les altres en tant que principal (*accessorium sequitur principale*)⁽¹⁸²⁾, i ha establert, per tant, la *vis attractiva* del fòrum del lloc d'execució de l'obligació principal perquè és el primer on es van sotmetre les parts⁽¹⁸³⁾. Sobre els criteris que s'han d'adoptar en la tasca (no sempre fàcil) d'identificar l'obligació principal, les posicions són força heterogènies. Una part dels que s'han ocupat d'aquesta qüestió (partint del fet que no és apropiat sobrevalorar l'estructura típica del vincle contractual en què es basa la demanda) suggereixen prestar especial atenció a la concreta composició d'interessos de les parts, tal com va cristal·litzar en l'acord negocial⁽¹⁸⁴⁾. Un altre sector doctrinal, i també part de la jurisprudència, al contrari, prefereix simplement identificar l'obligació principal amb l'obligació que caracteritza el contracte⁽¹⁸⁵⁾, si bé el Tribunal de Justícia, en interpretar l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les, no ha ampliat l'aplicació del criteri de la prestació característica del contracte⁽¹⁸⁶⁾ més enllà dels estrets límits de la legislació laboral⁽¹⁸⁷⁾. De fet, un fragment d'una sentència del Tribunal de

Justícia⁽¹⁸⁸⁾ sembla que demostra una tendència dels tribunals europeus favorable al recurs a la *lex causae* també pel que fa a la identificació de l'obligació principal⁽¹⁸⁹⁾.

La dispersió dels fòrums competents només es pot evitar, segons la Cort, a través de la interposició de la demanda davant del tribunal del domicili del demandat. La jurisprudència nacional ha arribat a la mateixa solució

Si els jutges no poden establir una relació de subordinació entre les diferents obligacions presentades al judici, com passarà, per exemple, en el cas d'obligacions equivalents a executar en Estats diferents (sempre que calgui identificar el *locus solutionis* de les obligacions, segons la *lex causae*, en Estats diferents), el jutge del lloc de compliment d'una obligació no és competent, tal com va aclarir el Tribunal de Justícia, per conèixer la demanda en la totalitat, atesa la impossibilitat d'aplicar el ja retallat criteri *accessorium sequitur principale*⁽¹⁹⁰⁾. En un escenari com aquest, la dispersió dels fòrums competents només es pot evitar, en opinió de la Cort, a través de la interposició de la demanda davant del tribunal del domicili del demandat⁽¹⁹¹⁾; la jurisprudència nacional ha adoptat aquesta mateixa solució quan s'ha pronunciat sobre l'article 5, apartat 1, lletra a), quan l'única obligació presentada al judici (i pendent de compliment) pugui ser complerta, a elecció del deutor, en diversos Estats membres⁽¹⁹²⁾.

3.2. Localització de l'obligació presentada al judici

Atesa la problemàtica relativa a la identificació de l'obligació objecte de la demanda, cal centrar-se en el següent escull amb què s'enfronta l'intèrpret a l'hora de determinar la pròpia competència judicial en virtut de l'article 5, apartat 1, lletra a) del Reglament Brussel·les I, o sigui, la identificació del lloc de compliment de l'obligació.

El Tribunal de Justícia, amb relació a l'homòleg criteri de connexió de l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les, ha proporcionat aclariments oportuns que continuen essent rellevants⁽¹⁹³⁾, com a mínim per als contractes no inclosos en la categoria de la compravenda de mercaderies (o que s'hi incloguin, però que per altres raons no estiguin a l'abast de la norma especial prevista per aquesta mena de contractes)⁽¹⁹⁴⁾ o de la prestació de serveis, per als quals el mateix text preveu un lloc d'execució autònom. Segons l'esmentada jurisprudència, la labor de localització no s'ha de fer de manera autònoma, sinó a la llum de la llei aplicable a la relació jurídica controvertida, tal com hagi quedat individualitzada, o a través de les normes de dret internacional privat del tribunal⁽¹⁹⁵⁾ o mitjançant l'aplicació d'un instrument de dret material uniforme, com per exemple el Conveni de Viena sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies o els Convenis de l'Haia del 1964⁽¹⁹⁶⁾. Aquesta solució era obligada per als jutges comunitaris, atès que les diferències en la legislació dels països europeus en matèria contractual es perceben com un obstacle insuperable per a una definició autònoma del *locus destinatae solutionis*⁽¹⁹⁷⁾ i alhora era una solució oportuna, tenint en compte l'avantatge en termes d'economia processal, arrelar el litigi en el lloc d'execució de l'obligació controvertida, d'acord amb la legislació aplicable⁽¹⁹⁸⁾.

El Tribunal de Justícia, a més, ha tingut ocasió d'assenyalar que, quan hi hagi un pacte sobre el *locus solutionis* (vàlid conformement a la *lex causae*), la localització de l'obligació contractual s'hauria d'efectuar sobre la base dels acords entre les parts⁽¹⁹⁹⁾. Aquest ampli reconeixement del paper que l'autonomia privada ha exercit en funció de l'arrelament de la competència judicial internacional sobre la base del criteri del *forum destinatae solutionis*, amb el temps, ha anat presentant uns límits més difuminats, sobretot perquè s'ha pres consciència dels possibles abusos que podria amagar el recurs a l'autonomia de la voluntat. El fet que l'eficàcia d'aquests acords, tot i l'impacte indirecte en la competència judicial, fos independent del compliment dels requisits de forma que s'han establert per als acords de pròrroga de la competència judicial, segons



l'article 17 del Conveni de Brussel·les (actualment, article 23 del Reglament Brussel·les I), de manera que ha quedat remesa a la legislació nacional aplicable al contracte.⁽²⁰⁰⁾ L'exposava al risc que els pactes sobre el *locus solutionis* fossin en realitat merament instrumentals per eludir les normes convencionals relatives als acords sobre la competència.⁽²⁰¹⁾ El Tribunal de Justícia, si bé ha reafirmat la línia de principi de l'admissibilitat de les determinacions negocials relatives al *locus solutionis*, ha decidit negar, a l'efecte de l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les, l'eficàcia d'acords «abstractes» sobre el lloc d'execució, és a dir, d'acords que estaven destinats únicament a predeterminedar el fòrum, perquè establien un lloc de compliment sense cap connexió real amb l'objecte del contracte i on les obligacions derivades del mateix contracte no s'haguessin pogut complir sobre la base de les clàusules que contenia.⁽²⁰²⁾ Els arguments i, per tant, les decisions esmentades continuen vigents també pel que fa a l'article 5, apartat 1, lletra a) del Reglament Brussel·les I: només si l'estipulació (que també pot ser implícita)⁽²⁰³⁾ sobre el *locus solutionis* no es pot considerar abstracta,⁽²⁰⁴⁾ sinó que presenta un vincle efectiu amb la realitat del contracte,⁽²⁰⁵⁾ l'interpret que ha d'aplicar l'article 5, apartat 1, lletra a) ha d'identificar el lloc de compliment de l'obligació en qüestió a la llum de les indicacions pactades,⁽²⁰⁶⁾ independentment del compliment de les formes que preveu l'article 23 del Reglament Brussel·les I (o el seu predecessor, l'article 17 del Conveni de Brussel·les).⁽²⁰⁷⁾ Així, per exemple, l'acord entre el pacient i l'hospital sobre el pagament en efectiu de les despeses d'hospitalització en el centre mèdic equival a un acord sobre el *locus solutionis* que s'ha de considerar vàlid, fins i tot sense la presència dels requisits de forma que estableix l'article 23 del Reglament Brussel·les I.⁽²⁰⁸⁾ De la mateixa manera, quan les parts hagin inserit per mutu acord en la carta de port un lloc d'entrega de les mercaderies, aquest lloc s'ha de considerar el «lloc de compliment», segons l'article 5, apartat 1⁽²⁰⁹⁾.

En qualsevol cas, cal assenyalar que l'acord sobre el *locus solutionis*, així com l'acord regulat per l'article 23, requereix una voluntat comuna de les parts⁽²¹⁰⁾ que no es pot considerar existent pel sol fet, per exemple, que el deutor compleixi l'obligació pecuniària a la seu del credi-

tor, encara que el dret aplicable prevegi el principi segons el qual el lloc d'execució de l'obligació és generalment el domicili del deutor⁽²¹¹⁾ o que s'hagin facilitat les dades bancàries del creditor.⁽²¹²⁾ Això no vol dir, tot i així, que l'acord de les parts sempre hagi d'estar formalitzat en el contracte,⁽²¹³⁾ ni que, en el supòsit que existeixi, sempre hagi de permetre identificar el *locus solutionis*⁽²¹⁴⁾ en el moment de l'acord mateix. Per tant, l'article comentat sembla permetre que les parts es posin d'acord sobre la identificació (que realitza només una de les parts) del *locus solutionis* després de la formalització del contracte.⁽²¹⁵⁾

A falta de pactes eficaços sobre el *locus solutionis* [rellevants, malgrat que el legislador comunitari, de manera criticable, només es refereixi a l'autonomia privada a l'article 5, apartat 1, lletra b)],⁽²¹⁶⁾ la localització de l'obligació controvertida als efectes de l'article 5, apartat 1, lletra a) del Reglament Brussel·les I [és a dir, en els casos en què no calgui recórrer als criteris que s'estableixen ex article 5, apartat 1, lletra b) per als dos tipus contractuals més comuns,⁽²¹⁷⁾ el contracte de compra-venda de mercaderies i el contracte de prestació de serveis], s'ha de dur a terme conformement a la línia interpretativa indicada pels jutges comunitaris, a través de l'anomenat *mètode conflictual*,⁽²¹⁸⁾ encara que aquesta solució, per analogia amb el que hem argumentat amb relació al Conveni de Brussel·les, porti a aplicar normes substantives uniformes.

L'adopció d'aquest mètode no sempre permet identificar un únic lloc de compliment; això passa, per exemple, quan es presenten al judici obligacions negatives (com les d'exclusiva i no-competència) que no tinguin limitació geogràfica⁽²¹⁹⁾ i que es poden localitzar, d'acord amb el dret aplicable, en qualsevol part del món.⁽²²⁰⁾ En un escenari així, d'acord amb els ensenyaments del Tribunal de Justícia, el títol de competència judicial en qüestió no seria aplicable, o almenys no en el cas en què l'obligació de no fer hagi estat assumida amb relació a territoris estatals diferents;⁽²²¹⁾ la seva operativitat, de fet, permetria sense distinció arrelar la causa en les diverses jurisdiccions dels Estats membres amb les conseqüències imaginables en termes de dispersió dels

fòrums i de facilitació de la pràctica del *forum shopping*.⁽²²²⁾

3.3. Punts crítics del mètode conflictual

L'adhesió del Tribunal de Justícia al criteri de la *lex causae* pel que fa al Conveni de Brussel·les ha estat molt ben acollida per alguns,⁽²²³⁾ però també ha estat objecte d'atacs tan violents⁽²²⁴⁾ que alguns autors han arribat fins i tot a proposar l'abolició del mateix fòrum del contracte.⁽²²⁵⁾

Es va detectar que la solució conflictual presentava moltes limitacions. En primer lloc, s'assenyalava que l'adopció del mètode conflictual posava de manifest l'existència del problema d'una correcta i ràpida identificació de la llei que regula l'obligació processada. La referència a la *lex causae*, es deia, és difícil d'aplicar perquè suposa, per a la concreta operativitat, que primer es resolguin qüestions de dret internacional privat especialment complexes i, d'altra banda, obliga a jutjar el fons de l'assumpte en una fase com la de la determinació de la competència judicial.⁽²²⁶⁾ amb tot, el defecte més greu que s'atribuïa a la solució preferida pel Tribunal de Justícia era la idoneïtat per proporcionar uniformitat i coherència a la identificació del *forum destinatae solutionis*.⁽²²⁷⁾ La remissió a les normes de conflicte del fòrum, es feia constar, implicava ontològicament el risc d'una localització diferent de l'obligació segons l'òrgan jurisdiccional que havia de decidir. Tampoc la previsió del Conveni de Roma havia resultat decisiva, en aquest sentit; el Conveni havia uniformitzat el dret internacional privat dels contractes en els països europeus, però l'entrada en vigor d'aquest no semblava *ipso iure* donar garanties quant a la identificació homogènia del règim aplicable a un mateix cas pels diferents tribunals nacionals que havien de respondre la qüestió de dret internacional privat. Ho obstaculitzava el fet que el Conveni de Roma, quan no es pot trobar en el contracte una *electio legis*, permetia àmpliament el joc de criteris flexibles i elàstics, com el relatiu al vincle més estret. La pluralitat de factors que els jutges podien considerar rellevants en interès de determinar el vincle més estret del contracte es resolvia, des d'aquest punt de vista, en una potencial amenaça per a la coherència i la previsibi-

litat del *forum destinatae solutionis*.⁽²²⁸⁾ Fins i tot la convenció segons la qual aquesta relació existeix amb el país on resideix (o té el domicili social o l'administració central), en el moment de formalitzar el contracte, el subjecte que ha de realitzar la prestació característica (article 4, apartat 2), no ha estat especialment respectada pel que fa a la competència judicial; es feia constar que la seva aplicació, efectivament, ajuda a garantir una identificació homogènia de la legislació aplicable, però que pot també activar un mecanisme pervers.⁽²²⁹⁾ De fet, atès que, en virtut de la presumpció prevista a l'article 4, apartat 2 s'identificava la *lex contractus* amb la llei del país on resideix (o té el domicili social o l'administració central) la part obligada a realitzar la prestació característica (que se sol identificar amb la no monetària), la interacció entre el Conveni de Brussel·les i el Conveni de Roma determinava una situació en què l'obligat característic amb domicili o seu en un Estat on l'obligació dinerària es consideri *portable* (com, per exemple, Àustria⁽²³⁰⁾, Dinamarca, Grècia⁽²³¹⁾, Anglaterra⁽²³²⁾, Itàlia⁽²³³⁾, els Països Baixos o Suïssa)⁽²³⁴⁾ podia demandar davant dels jutges del seu Estat, mentre que no podia fer el mateix l'obligat característic amb domicili o seu en un Estat on l'obligació dinerària era considerada *quérable* (com

a Bèlgica⁽²³⁵⁾, França⁽²³⁶⁾, Alemanya⁽²³⁷⁾, Luxemburg⁽²³⁸⁾ i Espanya). Això, per a alguns, introduïa una desigualtat inacceptable de tracte entre subjectes que es trobaven en la mateixa condició.⁽²³⁹⁾

Des d'una altra perspectiva, a més, es va assenyalar que no sempre el criteri de la *lex causae* determinava el reconeixement de la competència judicial al tribunal que disposava d'una connexió especialment estreta amb el conflicte,⁽²⁴⁰⁾ això es considerava incompatible amb els propòsits i l'esperit del Conveni de Brussel·les, que havia pres com a base del fòrum contractual facultatiu previst a l'article 5, apartat 1 justament la relació de proximitat entre el conflicte i el jutge que havia de jutjar sobre aquest.⁽²⁴¹⁾

3.4. Interacció amb el Conveni de Viena

Per a alguns, tampoc la possible operativitat de normes substantives uniformes solucionava les distorsions que hem comentat. Pel que fa a contractes de compravenda internacional de mercaderies, s'insistia en què la interacció de l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les i l'article 57 CISG (per exemple, quan l'obligació al·legada a judici fos dinerària) introduïa

en el sistema europeu d'atribució de la competència internacional un censurable *forum actoris et venditoris*⁽²⁴²⁾ que no sempre estava en consonància amb la desitjada proximitat del jutge al conflicte,⁽²⁴³⁾ perquè, sovint, el conflicte que indueix el comprador a abstenir-se de pagar és reconduïble al defecte de les mercaderies objecte de la venda.

El *locus solutionis* identificat per la *lex causae* constitueix normalment el lloc de connexió més immediat entre conflicte i tribunal competent i representa la base que va portar els redactors del Conveni a elegir aquest fòrum en matèria contractual

La combinació d'aquesta situació amb el sistema de litispendència i de la connexió delineada pel Conveni de Brussel·les, segons alguns autors, no només va promoure l'anomenat *forum shopping*, sinó que facilitava un fenomen més perillós, que és l'anomenat *forum running*.⁽²⁴⁴⁾

Tot i les pressions que es van rebre (fins i tot els advocats generals) per substituir la seva interpretació per una definició autònoma del lloc de compliment,⁽²⁴⁵⁾ el Tribunal de Justícia ha reiterat la seva adhesió al criteri de la *lex causae*⁽²⁴⁶⁾ amb relació a l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les. Insistint un cop més en la dada segons la qual el *locus solutionis* identificat per la *lex causae* constitueix normalment el lloc de connexió més immediat entre conflicte i tribunal competent (a més del fet que representa la base que va portar els redactors del Conveni a escollir aquest fòrum en matèria contractual), el Tribunal de Justícia ha afirmat la importància del mètode conflictual, fins i tot quan determini un arrelament de la competència judicial en un fòrum no suficientment proper al conflicte.⁽²⁴⁷⁾ Una opció diferent, d'altra banda, segons el Tribunal de Justícia, obligaria el jutge a examinar, per al judici sobre la seva pròpia competència judicial, el fons de la qüestió, a fi de comprovar la intensitat del seu vincle amb el conflicte, de manera que els objectius de previsibilitat i de seguretat que busca el Conveni quedarien inevitablement afectats.⁽²⁴⁸⁾





4. El «nou» criteri de connexió de l'article 5, apartat 1, lletra b)

4.1. Criteri autònom de competència judicial

En «comunitaritzar» el Conveni de Brussel·les, el legislador europeu ha decidit respondre a les grans crítiques contra el *forum destinatae solutionis* tal com el concep el sistema convencional i reservar el valor del mètode analític i conflictual⁽²⁴⁹⁾ per als contractes que no entrin en les categories de compravenda de mercaderies i prestació de serveis. Per als contractes més comuns en la pràctica internacional,⁽²⁵⁰⁾ en canvi, s'ha introduït un criteri de competència judicial autònom⁽²⁵¹⁾ destinat a facilitar la tasca dels jutges que han de verificar la seva pròpia competència, i evita la càrrega d'identificar l'obligació presentada a judici i la tasca de recórrer al dret aplicable per poder procedir a la ubicació d'aquesta.⁽²⁵²⁾ En particular, per als contractes de compravenda de mercaderies, el lloc de compliment rellevant pel que fa a la competència judicial ha estat identificat amb el lloc (i només amb el lloc)⁽²⁵³⁾ en què les mercaderies han estat o haurien d'haver estat entregades, en virtut del contracte; per als contractes de prestació de serveis, tanmateix, el lloc de compliment rellevant és aquell on els serveis han estat o haurien d'haver estat prestats, segons el que preveu el contracte.

La intervenció del legislador s'ha concretat en dues direccions. D'una banda, amb una *factio legis*,⁽²⁵⁴⁾ per poder concentrar en un únic fòrum la competència judicial respecte de totes les reclamacions fundades en el contracte⁽²⁵⁵⁾ incloses, evidentment, les que es basen en les obligacions accessòries (com les garanties),⁽²⁵⁶⁾ s'ha considerat l'única obligació rellevant als efectes de la competència judicial l'obligació característica del contracte (és a dir, el deure d'entrega dels béns respecte dels contractes de venda de mercaderies i l'obligació d'execució de serveis en els contractes de prestació de serveis).⁽²⁵⁷⁾ D'altra banda, s'ha donat una definició pragmàtica del lloc de compliment a fins processals, desvinculada de la *lex causae*⁽²⁵⁸⁾ i fundada en un criteri purament factual⁽²⁵⁹⁾ al qual la jurisprudència ja ha fet referència.⁽²⁶⁰⁾

Per tal que es pugui utilitzar el criteri autònom que regula l'article 5, apartat 1, lletra b) han de coincidir algunes condicions: la primera, negativa, té a veure amb el fet que no hi hagi un pacte entre els contractants sobre el *locus solutionis*; la segona, declarable *ex ante*, per dir-ho d'alguna manera, té a veure amb l'aplicabilitat *ratione materiae* d'aquesta norma i es relaciona amb la subsumibilitat del contracte objecte del conflicte en la categoria dels negocis «de compravenda de mercaderies» i en el «contracte amb objecte d'una prestació de serveis»; la tercera, verificable només després d'haver confiat en l'abstracta operativitat del criteri de connexió (*ex post*), té a veure amb la necessària «ubicació» del *locus solutionis* en un Estat membre.

La importància del criteri de connexió que regula l'article 5, apartat 1, lletra b) queda expressament limitada per l'eventual «pacte en contra». Això no obstant, el valor de l'autonomia de les parts ha estat objecte de diverses valoracions

4.2. Pacte sobre el *locus solutionis*

La importància del criteri de connexió que regula l'article 5, apartat 1, lletra b) queda expressament limitada per l'eventual «pacte en contra».⁽²⁶¹⁾ El valor de l'autonomia de les parts afirmada així ha estat objecte de diverses valoracions; de l'ambigua⁽²⁶²⁾ revaloració d'eventuals pactes sobre el *locus solutionis* se n'ha deduït la possibilitat que les parts puguin, també per a contractes tipificats, reactivar negocialment l'aplicació del criteri que es recull a l'article 5, apartat 1, lletra a).⁽²⁶³⁾ Alguns comentaristes, a partir de la preeminència de l'autonomia privada que la lletra de la norma empara, han opinat que la referència als acords negocials dels contractants és indicatiu del caràcter supletori de la norma de competència judicial⁽²⁶⁴⁾ i s'ha d'entendre com una mena de revaloració *ope legis* dels acords existents sobre el lloc de compliment de l'obligació controvertida o de totes les obligacions derivades del contracte.⁽²⁶⁵⁾ D'acord amb aquest enfocament,

quan l'acord sobre el *locus solutionis* no respecti els requisits de forma establerts a l'article 23 però presenti alguna connexió amb la realitat del contracte,⁽²⁶⁶⁾ és el lloc designat de comú acord el rellevant a l'efecte de competència judicial, cosa que ja passava amb el Conveni de Brussel·les, i calia circumscriure l'efecte de concentració de la competència judicial en el lloc de compliment de l'obligació característica a l'única hipòtesi en què no es trobin indicacions negocials sobre el *locus solutionis*.⁽²⁶⁷⁾ Com que és molt difícil coonestar aquestes reconstruccions amb la *ratio* reformadora que va animar el legislador comunitari per a la remodelació (parcial) del fòrum del contracte, s'han proposat, a més, interpretacions dirigides a una «reducció teleològica» de la normativa. D'una banda, s'ha precisat que només s'ha de reconèixer valor paralitzador de l'article 5, apartat 1, lletra b) als acords pensats per determinar (tal com ja s'ha esmentat, de manera no abstracta)⁽²⁶⁸⁾ unitàriament el lloc de compliment de totes les obligacions derivades del contracte;⁽²⁶⁹⁾ d'altra banda, s'ha considerat que la referència a l'autonomia privada per part del legislador europeu és una mera reafirmació de la possibilitat que tenen les parts d'indicar (dins dels límits establerts pel Tribunal de Justícia en l'esmentat assumpte Les Gravières Rhénanes) el lloc de compliment del deure d'entrega i de prestació de serveis.⁽²⁷⁰⁾ Enfront de tantes construccions diverses, un aspecte en què es pot trobar una certa convergència es refereix a la necessitat d'avaluar a l'empara de la *lex causae*, com ja passava en l'àmbit del Conveni de Brussel·les,⁽²⁷¹⁾ la validesa i l'eficàcia dels pactes en el tema de *locus solutionis*.⁽²⁷²⁾

4.3. Contracte de compravenda de mercaderies

El primer dels contractes tipificats pel legislador europeu és la «compravenda de mercaderies». A causa de l'absència d'indicacions normatives i d'una explícita interpretació adoptada pel Tribunal de Justícia sobre el significat del terme *compravenda* de mercaderies, es planteja la qüestió de definir-ne els límits. Si partim de la preferència per una interpretació autònoma⁽²⁷³⁾ enfront d'una interpretació realitzada a la llum de la *lex causae*⁽²⁷⁴⁾ (ja que és tendencialment més idònia per promoure la consecució de la uniformitat d'aplicació en diferents



jurisdiccions estatals), una orientació jurisprudencial ha proposat fer servir amb fins hermenèutics el concepte *compravenda* de mercaderies que es dedueix de la Convenció de Viena.⁽²⁷⁵⁾ D'acord amb una part de la jurisprudència esmentada,⁽²⁷⁶⁾ aquesta via seria legítima a l'efecte de la interpretació sistemàtica, per dues raons principals. En primer lloc, la naturalesa de dret substantiu de la Convenció no seria un obstacle per a l'ús com a auxili per a la interpretació d'una disposició amb contingut de dret internacional processal, ja que el concepte controvertit és també de dret substantiu; en segon lloc, l'enorme èxit de la Convenció de les Nacions Unides,⁽²⁷⁷⁾ el seu caràcter paradigmàtic i la idoneïtat per servir de model⁽²⁷⁸⁾ que el règim convencional ha evidenciat respecte de la Directiva 1999/44/CE sobre la venda de béns de consum, ofereixen garanties, d'una banda, sobre la difusió en gairebé tots els ordenaments nacionals (en són una excepció el Regne Unit i Portugal) i, de l'altra, quant a la penetració en el teixit comunitari.⁽²⁷⁹⁾ D'acord amb el concepte *compravenda* de la Convenció de Viena,⁽²⁸⁰⁾ aquesta jurisprudència identifica el caràcter preeminent d'aquest negoci en el fet que el venedor s'obliga a entregar els béns i a transferir-ne la propietat, mentre que el comprador s'obliga pagar-ne el preu i a acceptar l'entrega de les mercaderies.⁽²⁸¹⁾ Malgrat tot, no atenyen resultats gaire diferents els intèrprets que desconfien de l'ús d'un instrument de dret material a l'hora de donar una interpretació autònoma a conceptes amb rellevància merament processal;⁽²⁸²⁾ per això, advoquen en favor d'una reconstrucció del concepte *compravenda* centrat en la importància del lloc d'entrega quant a la projecció territorial de la relació contractual.⁽²⁸³⁾

Igual que passa amb la compravenda de mercaderies, el legislador europeu no va donar cap definició del concepte prestació de serveis, cosa que requereix que l'intèrpret dugui a terme una lectura àmplia i autònoma basada, en general, en un criteri factual

A la llum del concepte *compravenda* que hem esmentat abans i arran del

valor central del moment de l'intercanvi en el negoci comprès en la norma en examen, han de ser lògicament exclusos de l'àmbit d'aplicació *ratione materiae* de l'article 5, apartat 1, lletra b), primer incís, els contractes de permuta,⁽²⁸⁴⁾ els contractes de *leasing* (almenys fins que no s'hagi atorgat a l'usuari l'opció de rescat)⁽²⁸⁵⁾ i els contractes de donació (amb l'excepció dels anomenats *negotia mixta cum donatione*),⁽²⁸⁶⁾ però no els contractes de subministrament⁽²⁸⁷⁾ o els contractes estimatoris.⁽²⁸⁸⁾ Els contractes de distribució demanen una argumentació més complexa.⁽²⁸⁹⁾ Aquests contractes, en tant que contractes marc,⁽²⁹⁰⁾ es dirigeixen més a l'organització de la distribució que a la transferència de béns i, per tant, no sembla que encaixin en el concepte *compravenda* adoptat abans;⁽²⁹¹⁾ al contrari, els contractes concrets de compravenda que constitueixen l'instrument d'execució de l'acord de distribució es poden incloure, sens dubte, a la tipologia negocial tipificada pel legislador comunitari.⁽²⁹²⁾

No és obstacle, per si mateix, per a la classificació d'un contracte de «compravenda» en els termes que hem citat abans, el fet que en el contracte s'hagi acordat l'execució per part del venedor d'activitats suplementàries respecte de l'entrega de la cosa (com la instal·lació de les coses venudes i/o l'assistència perquè funcionin),⁽²⁹³⁾ només una preponderància de la prestació de *facere* respecte de la prestació de *dare* ha de portar a excloure, segons la jurisprudència, l'aplicabilitat del que es preveu a l'article 5, apartat 1, lletra b)⁽²⁹⁴⁾ conformement al que es disposa a l'article 3, apartat 2, de la CISG.⁽²⁹⁵⁾

Tampoc el fet que el venedor s'hagi obligat a la producció o fabricació de productes constitueix, d'acord amb el que es disposa a l'article 1, apartat 4, de la Directiva 1999/44/CE,⁽²⁹⁶⁾ així com a l'article 3, apartat 1, de la CISG i a l'article 6, apartat 2, del Conveni de les Nacions Unides, de 14 de juny del 1974, relatiu a la prescripció en matèria de compravenda internacional de mercaderies,⁽²⁹⁷⁾ un factor capaç d'excloure el caràcter de compravenda del contracte i que porti *de plano* a reconduir el supòsit envers els negocis que tenen per objecte la prestació de serveis *ex article* 5, apartat 1, lletra b), segon incís. Per tal que això es produeixi, no és

imprescindible que la prestació d'obra tingui caràcter preponderant respecte de l'entrega de béns,⁽²⁹⁸⁾ sinó que constitueixi l'obligació característica del contracte.⁽²⁹⁹⁾ N'és un indicatiu el fet que el venedor respongui només de la correcta execució segons les instruccions eventualment rebudes de l'adquiridor, i no de la qualitat ni de la conformitat al contracte de les coses produïdes⁽³⁰⁰⁾ o, també, el fet que el comitent hagi ofert (o s'hagi compromès a facilitar) al contractista tot o gran part del material usat en la fabricació de la mercaderia.⁽³⁰¹⁾

Noteu, amb tot, que quan el contracte de compravenda tingui com a objecte coses que el venedor ha de muntar o preparar a la seu del comprador, el lloc de compliment de l'obligació del venedor no s'identifica amb el de l'entrega dels béns, sinó amb el lloc en què aquests s'instal·len o es preparen per a llur funcionament.⁽³⁰²⁾

Per tal que el criteri de connexió de l'article 5, apartat 1, lletra b) entri en joc no n'hi ha prou que el contracte sigui una compravenda, sinó que cal, a més, que el negoci tingui com a objecte «béns». Tot i la vaga definició en italià, les versions en francès i en anglès del Reglament Brussel·les I (*vente de marchandises* i *sale of goods*) mostren clarament la proximitat amb el llenguatge que s'utilitza en l'esmentada Convenció de Viena. Un cop establerta la necessitat de procedir també respecte de la noció de *bé* a una interpretació autònoma, cal acudir amb fins orientatius, des d'una perspectiva sistemàtica, a les normes de les Nacions Unides,⁽³⁰³⁾ cosa que condueix a la conclusió que, també pel que fa a l'article 5, apartat 1, lletra b), primer incís, es poden classificar de «béns» els objectes que (en el moment en què l'entrega⁽³⁰⁴⁾ havia de tenir lloc) són mòbils i tangibles, independentment de la consistència física (pensem en l'energia o el gas),⁽³⁰⁵⁾ del caràcter animat⁽³⁰⁶⁾ o del caràcter innovador⁽³⁰⁷⁾.

Cal excloure de l'àmbit de l'article 5, apartat 1, lletra b) els contractes de compravenda que tinguin per objecte béns qualificables de manera autònoma⁽³⁰⁸⁾ com a «immobles» o «immaterials»; així, les patents industrials, marques o noms comercials; el *know-how*; els crèdits; els maquinaris⁽³⁰⁹⁾ i els programaris⁽³¹⁰⁾, almenys quan es facin en sèrie⁽³¹¹⁾, i els valors i les quotes d'empreses⁽³¹²⁾.



La referència al Conveni de Viena es fa, evidentment, *cum grano salis*; cal excloure'n, per tant, que l'especial llista de béns sostrets de l'àmbit de la normativa convencional ex article 2 del Conveni de Viena es pugui considerar *tout court* rellevant pel que fa a l'article 5, apartat 1, lletra b),⁽³¹³⁾ no existeix, per exemple, cap raó per excloure de l'àmbit d'aplicació del títol de competència judicial comentat les compravendes que tinguin per objecte bucs, embarcacions, aerolliscadors i aeronaus.⁽³¹⁴⁾

4.4. Contracte de prestació de serveis

Igual que passa amb la compravenda de mercaderies, el legislador europeu no va donar cap definició del concepte *prestació de serveis*. Això, lluny de permetre que l'interpretat faci una reconstrucció de la figura realitzada a través de «lents» nacionals o de la *lex causae*,⁽³¹⁵⁾ requereix que l'interpretat dugui a terme una lectura àmplia⁽³¹⁶⁾ i autònoma⁽³¹⁷⁾ basada, en general, en un criteri factual⁽³¹⁸⁾.

En la lògica d'una interpretació realitzada al marge de les categories internes, van resultar especialment útils les directives de la Unió Europea sobre l'IVA i l'article 50 del Tractat CE,⁽³¹⁹⁾ que considera *servei*, en termes molt amplis, qualsevol servei prestat a canvi d'una remuneració, sempre que no estigui regulat per les disposicions sobre la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones.⁽³²⁰⁾ Tanmateix, recentment, el Tribunal de Justícia ha suavitzat el valor de la referència al dret primari i a les directives sobre l'IVA per a la interpretació del criteri de connexió que comentem. En una rellevant decisió, de fet, el Tribunal europeu, cridat a prendre part quant a la possibilitat de reconduir a la categoria dels contractes de prestació de serveis el negoci mitjançant el qual un subjecte concedeix a un altre el dret d'explotar un dret de propietat intel·lectual del qual és titular, a canvi d'una remuneració, ha posat de manifest les peculiars *rationes* que hi ha darrere del significat ampli del concepte *serveis* que recull el Tractat CE (i, recentment, acollit per la Directiva 2006/123/CE de la Unió Europea) i de les directives comunitàries en matèria d'IVA; d'una banda, el desig d'estendre l'àmbit del Tractat al màxim nombre d'activitats econòmiques possible; de l'altra, les necessitats plantejades en la delimitació de

les operacions imposables a la Comunitat com una categoria residual respecte de la «cessió de béns».⁽³²¹⁾

En canvi, segons el Tribunal de Justícia, cap raó justificada imposaria aquesta ampliació del concepte *serveis* a l'hora d'interpretar l'article 5, apartat 1, lletra b), segon incís⁽³²²⁾ sobretot perquè la impossibilitat de reconduir el negoci a l'àmbit del contracte tipificat no exclouria la possibilitat d'activar el *forum solutionis* ex article 5, apartat 1, lletra c).⁽³²³⁾ La identificació d'una prestació com a servei, segons els jutges europeus, implica, almenys, que el prestador realitzi (o es comprometi a realitzar) una determinada activitat a canvi d'una remuneració. Aquest pressupòsit és mancat de forma inequívoca en el cas que el «suposat proveïdor» es limiti a transferir a altres (per exemple, a través d'un contracte de llicència)⁽³²⁴⁾ el dret a explotar la propietat intel·lectual de la qual és titular,⁽³²⁵⁾ i es pot entendre el mateix si el «suposat proveïdor» es limita a proporcionar una quantitat de diners per a finançament, la qual cosa passa, per exemple, en cas de mutu⁽³²⁶⁾ o en cas que el «suposat proveïdor» es presenti com a *franchisor*.⁽³²⁷⁾

Atès que en la majoria dels casos el comprador o el destinatari del servei no paga perquè no està satisfet de la qualitat de la mercaderia o del servei, el jutge més adequat per conèixer el conflicte sembla ser justament el del lloc de l'entrega dels béns i el de la prestació dels serveis

Al contrari, sembla que poden entrar a la categoria dels contractes de serveis, especialment a la llum de la posició adoptada pel Tribunal de Justícia, els negocis (evidentment, que no siguin contractes de treball, contractes d'assegurança o contractes amb consumidors, per als quals es preveuen criteris de competència judicial preponderants)⁽³²⁸⁾ que tinguin com a objecte una activitat, com els contractes de corretatge i els contractes d'agència comercial⁽³²⁹⁾, o la consecució d'un resultat, com els contractes de construcció⁽³³⁰⁾ o d'obra⁽³³¹⁾. Entren també en la categoria establerta pel legislador

europeu els contractes que tenen per objecte la prestació d'intermediació⁽³³²⁾, com els contractes de mediació de comerç⁽³³³⁾ o assessorament professional⁽³³⁴⁾, com la de l'advocat⁽³³⁵⁾ o la promoció de la imatge d'una societat⁽³³⁶⁾ i el mandat⁽³³⁷⁾. Es pot afirmar el mateix per al contracte d'hospitalització, entre un hospital i els seus pacients,⁽³³⁸⁾ sempre que prevalguin els serveis típicament oferts per un hospital respecte d'altres serveis que eventualment s'hagin prestat.⁽³³⁹⁾ També el contracte mitjançant el qual una part no s'obliga només a oferir l'ús d'una habitació, sinó que també ofereix altres serveis, s'ha de considerar un contracte de prestació de serveis.⁽³⁴⁰⁾

El contracte pel qual una part es compromet a tenir cura dels animals de l'altra part és un contracte de prestació de serveis en el sentit de la disposició comentada.⁽³⁴¹⁾

Tot i que hi ha una jurisprudència en sentit contrari,⁽³⁴²⁾ cal considerar que són contractes de prestació de serveis també els contractes de transport.

4.5. Determinació del lloc de compliment en cas d'aplicabilitat de l'article 5, apartat 1, lletra a)

En els casos en què els contractes objecte de la controvèrsia no pertanyin a la categoria dels regulats autònomament per la disposició comentada, s'han d'aplicar, tal com ja hem dit, els principis ja establerts sota la vigència del Conveni de Brussel·les.⁽³⁴³⁾ Per tant, cal identificar primer l'obligació «que serveix de base a una acció legal» o «la que correspon al dret sobre el qual es basa la demanda»,⁽³⁴⁴⁾ per tal de determinar, a continuació, la llei aplicable a aquesta obligació, o a través del dret internacional privat del fòrum⁽³⁴⁵⁾ o mitjançant el dret uniforme.⁽³⁴⁶⁾

Amb relació al contracte de cessió del dret d'exploració de la propietat intel·lectual (que no està subjecte a un criteri de competència judicial autònoma), es dedueix, per exemple, que el lloc de compliment de l'obligació de pagar els drets d'autor depèn de la legislació aplicable, tal com es defineix a les normes del dret internacional privat del fòrum, que, si es poden reconduir al Conveni de Roma, comporten (en absència d'una elecció vàlida del dret aplicable)



l'aplicació del dret del subjecte que cedeix el dret de propietat intel·lectual.⁽³⁴⁷⁾

Així mateix, respecte dels conflictes derivats d'un contracte de distribució que, com ja hem comentat, no és un contracte de compravenda en el sentit de l'article 5, apartat 1, lletra b),⁽³⁴⁸⁾ cal individualitzar, en primer lloc, l'obligació que serveix de base a l'acció legal, per determinar a continuació el dret aplicable a aquesta. En el supòsit que les normes de dret internacional privat del fòrum haguessin de ser les que estableix el Conveni de Roma, en absència d'una elecció vàlida, seria aplicable el dret de la part distribuïdora.⁽³⁴⁹⁾ Aquest resultat també s'obté si s'aplica el Reglament núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny del 2008, sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), on l'article 4, apartat 1, lletra f) assenyalava expressament que «el contracte de distribució es regeix per la llei del país on el distribuïdor té la seva residència habitual». Hem d'assenyalar que, ja que el contracte de distribució no es configura com un contracte de compravenda, ni tan sols a l'empara del Conveni de Viena,⁽³⁵⁰⁾ aquest últim no té cap mena de rellevància per poder determinar la competència judicial ex article 5, apartat 1, lletra a), per als contractes de distribució.

Ateses les característiques específiques del transport aeri, el Tribunal de Justícia ha establert la possibilitat per al demandant de presentar la demanda en el lloc de partida o d'arribada de l'avió, pel que fa a llocs que presenten la necessària estreta connexió amb el contracte

Com hem esmentat anteriorment, fins i tot la promesa de pagament d'un guany constitueix un contracte en el sentit de la disposició comentada,⁽³⁵¹⁾ no li són aplicables, en canvi, els criteris de competència judicial autònoma establerts a l'article 5, apartat 1, lletra b), per la qual cosa cal aplicar, fins i tot en relació amb l'esmentat «contracte», el dret internacional privat del fòrum per determinar si el tribunal és competent.⁽³⁵²⁾

D'altra banda, atès que també els conflictes relatius a relacions entre socis d'un consorci immobiliari, encara que tinguin una naturalesa contractual en virtut de l'article 5, apartat 1, no es refereixen a un dels dos tipus contractuals per als quals la disposició exclou el recurs al mètode conflictual, la determinació del lloc de compliment de l'obligació processada és establerta, un cop més, per la normativa a la qual condueix el dret internacional privat del fòrum.⁽³⁵³⁾ Quan calgui trobar les normes de dret internacional privat del fòrum en el Conveni de Roma, en absència d'una elecció vàlida del dret aplicable, també cal remetre's a l'article 4 d'aquest Conveni.

Tampoc el contracte pel qual un subjecte s'obliga no només a custodiar els béns de l'altra part, sinó també a enviar-los als seus clients finals, entra en la categoria dels contractes en què hi ha un criteri autònom de competència judicial; la competència judicial del tribunal s'ha d'avaluar a la llum dels principis establerts per la jurisprudència a De Bloos i Tessili.⁽³⁵⁴⁾

Tal com hem comentat, també els conflictes relatius a una carta de patrocini tenen per objecte la «matèria contractual». Tanmateix, com que la carta de patrocini no constitueix ni una compravenda ni un contracte de prestació de serveis, per poder avaluar la competència judicial del tribunal al qual s'ha sotmès l'assumpte, caldrà identificar el dret aplicable a la concreta obligació que es presenti a judici a través de les normes de dret internacional privat del fòrum. Quan aquestes siguin les que estableix el Conveni de Roma, els tribunals estaran obligats a tenir en compte l'elecció de la llei aplicable que, si és el cas, contingui la mateixa carta de patrocini.⁽³⁵⁵⁾

5. Possible problemàtica del criteri factual

5.1. Crítiques a la reforma

La innovació introduïda ha generat judicis oposats. D'una banda, s'ha apreciat que el nou règim, mitjançant la definició legal de l'obligació rellevant sota el prisma de la competència judicial i la identificació autònoma del *locus traditionis*, de fet, allibera el Tribunal nacional de les dificultats connexes a l'aplicació de les normes De Bloos

i Tessili.⁽³⁵⁶⁾ L'especial centralitat atribuïda a l'obligació d'entrega i a la prestació de serveis, en particular, ha estat considerada especialment oportuna des d'un punt de vista pràctic; atès que en la majoria dels casos el comprador o el destinatari del servei no paga perquè no està satisfet de la qualitat de la mercaderia o del servei, el jutge més adequat per conèixer el conflicte (i, en conseqüència, per verificar l'efectiva conformitat dels béns amb allò pactat) sembla ser justament el del lloc de l'entrega dels béns i el de la prestació dels serveis.⁽³⁵⁷⁾

D'altra banda, tanmateix, s'han posat sobre la taula dubtes que tenen a veure, essencialment, amb l'ambigüitat de la nova norma⁽³⁵⁸⁾ i als defectes d'un enfocament rigorosament factual,⁽³⁵⁹⁾ per la qual cosa, en la doctrina s'ha assenyalat que el legislador europeu, tot i la intenció de superar els problemes connexos amb el sistema de Brussel·les, en realitat pot haver complicat encara més les coses.⁽³⁶⁰⁾

5.2. Pluralitat de loci solutionis

La naturalesa problemàtica del criteri de connexió introduït pot ser rellevant quan l'entrega o la prestació s'hagi executat o s'hagi d'executar en una pluralitat de llocs.

El Tribunal de Justícia s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió, cosa que ajuda els que han de determinar la seva pròpia competència internacional. Fet per jutjar l'aplicabilitat de l'article 5, apartat 1, lletra b), primer incís, quan les mercaderies han estat entregades en el mateix país, però en llocs diferents, no només ha esvaït els dubtes sobre la rellevància del títol de competència judicial en qüestió, sinó que també ha deixat clar que en aquests supòsits el lloc de compliment rellevant pel que fa a competència judicial s'ha de determinar, segons un enfocament de recerca del lloc que assecuri la connexió més estreta entre el contracte i el jutge competent, en el lloc de l'entrega que en termes econòmics es pugui definir com el principal.⁽³⁶¹⁾ Només quan no sigui possible identificar una entrega principal, el Tribunal de Justícia reconeix que la competència es pot atribuir al tribunal en el lloc de entrega que ha escollit el demandant, atès que, en qualsevol cas, tots els llocs d'entrega presenten un vincle estret amb els elements materials del con-



flicte.⁽³⁶²⁾ Tot i els dubtes que ha suscitat en la doctrina i el *self-restraint* dels jutges europeus⁽³⁶³⁾ la rellevància de la decisió més enllà dels límits de l'assumpte concret,⁽³⁶⁴⁾ l'opció escollida s'ha aplicat també a la hipòtesi que la *solutio* hagi estat dividida (o hagi de ser dividida) en diversos Estats membres, almenys en la mesura en què es postula la concentració de la competència en el lloc de compliment de la prestació de més importància en termes econòmics.⁽³⁶⁵⁾ En canvi, s'ha considerat més problemàtica la possibilitat que el demandant investeixi, encara que sigui amb caràcter subsidiari, el tribunal amb el *locus solutionis*, perquè aquesta orientació podria facilitar pràctiques de *forum shopping*,⁽³⁶⁶⁾ que en cap cas són desitjables en un sistema que, com el que ha dissenyat Brussel·les I, té per objecte permetre que el demandat prevegi fàcilment en quin fòrum pot ser demandat.⁽³⁶⁷⁾

Sobre aquesta qüestió s'ha pronunciat recentment el Tribunal de Justícia, que, havent de prendre una decisió amb caràcter prejudicial sobre la possibilitat i l'àmbit d'identificació d'un lloc de compliment únic amb referència a un contracte de transport aeri connectat amb diferents Estats membres, per una banda, ha afirmat el valor unitari de les solucions interpretatives a què han arribat els jutges europeus en la interpretació de l'article 5, apartat 1, lletra b), per als dos contractes nominats,⁽³⁶⁸⁾ i, per l'altra, ha aplicat la seva pròpia tesi també al cas en què la *solutio* s'hagi realitzat en diferents Estats membres.⁽³⁶⁹⁾ En aquest supòsit, ateses les característiques específiques del transport aeri i la consegüent impossibilitat de trobar una relació de subordinació econòmica entre les prestacions que caracteritzen el servei aeri, el Tribunal de Justícia ha establert la possibilitat per al demandant de presentar la demanda en el lloc de partida o d'arribada de l'avió, pel que fa a llocs que presenten la necessària estreta connexió amb el contracte.⁽³⁷⁰⁾

5.3. Concepte d'entrega

Han sorgit problemes especials, a més, en matèria de contractes de compravenda de mercaderies, causats per la utilització per part del legislador comunitari del concepte (autònom)⁽³⁷¹⁾ d'*entrega*, que es pot apreciar autònomament segons un enfocament exclusivament factual o des d'un punt de vista

jurídic,⁽³⁷²⁾ i a causa del valor que l'article 5, apartat 1, lletra b) atribueix al contracte a l'hora d'identificar el *locus solutionis*.⁽³⁷³⁾

La introducció del criteri merament factual no ha despertat especials dubtes en la jurisprudència ni quan l'entrega s'ha efectuat (en persona)⁽³⁷⁴⁾ per part del venedor en el lloc especificat per contracte⁽³⁷⁵⁾ o determinable segons les circumstàncies del cas (vegeu el supòsit en què el venedor es compromet a instal·lar o a posar en funcionament els béns en els locals del comprador),⁽³⁷⁶⁾ ni quan el comprador hagi acceptat la mercaderia i hagi alliberat el venedor del deute corresponent,⁽³⁷⁷⁾ i tot això encara que el lloc de l'entrega efectiva fos diferent del lloc pactat,⁽³⁷⁸⁾ ja que l'acceptació del comprador es considera adequada a fi de constituir, per bé que *a posteriori*, una nova estipulació sobre el lloc de compliment de l'obligació d'entrega.

La situació es presenta més complicada en la compravenda «de plaça a plaça», on els productes hagin arribat realment al comprador, però en virtut del contracte (o de les circumstàncies del cas),⁽³⁷⁹⁾ no es trobin indicadors sobre el lloc de compliment de l'obligació d'entrega (que, segons una part de la jurisprudència, es pot deduir del fet que les parts han acordat que el transport mitjançant tercers pugui ser gestionat i pagat pel comprador),⁽³⁸⁰⁾ sinó simplement una indicació del destí final dels béns,⁽³⁸¹⁾ en aquest cas, si s'adopta una perspectiva únicament fàctica, des del punt de vista del venedor, els productes han estat «entregats» (així que han sortit de la seva pròpia disponibilitat material) quan hagin estat confiats a un transportista encarregat del transport o de l'enviament, mentre que, des de la perspectiva del comprador, les mercaderies «encara no s'han entregat», perquè encara no han confluït, almenys físicament, en el seu propi patrimoni. Davant d'una situació com aquesta, a la pràctica s'han proposat solucions completament diferents.

Algunes resolucions, un cop afirmada la necessitat d'una interpretació única i fàctica de l'article 5, apartat 1, lletra b), han establert que, per poder identificar el *locus solutionis* rellevant per a la competència judicial, no es pot reconèixer cap espai per a la *lex causae*,⁽³⁸²⁾ i han identificat el lloc d'entrega amb el lloc de destí final

o d'acceptació material dels béns per part del comprador.⁽³⁸³⁾

Els jutges van considerar que l'argument que afavoreix el lloc de destí final en què els béns han estat o haurien d'haver estat entregats físicament al comprador respon més bé a la gènesi, els objectius i propòsits del Reglament i a la necessitat de previsibilitat i de proximitat

Un altre sector de la jurisprudència, partint de la premissa que és convenient interpretar autònomament el concepte d'*entrega*, ha considerat útil, certament amb la mirada posada en la interpretació sistemàtica de les normes reglamentàries,⁽³⁸⁴⁾ fer referència a instruments de *soft law*, com els principis UNIDROIT i els PECL,⁽³⁸⁵⁾ al dret comunitari derivat (*rectius*, a les directrius derivades del dret comunitari derivat)⁽³⁸⁶⁾ o fins i tot al Conveni de Viena.⁽³⁸⁷⁾ Estadísticament, el Conveni és el que ha estat més utilitzat com a paradigma hermenèutic de l'article 5, apartat 1, lletra b),⁽³⁸⁸⁾ tenint en compte la seva àmplia aplicació a escala internacional i la capacitat de proposar solucions interpretatives autònomes i uniformes. La disposició que més protagonisme ha aconseguit ha estat l'article 31 del Conveni de Viena,⁽³⁸⁹⁾ que, com sabem, pel que fa als contractes de compravenda internacional de mercaderies que impliquen un transport, identifica, tret que hi hagi un pacte en contra, el *locus solutionis* en el lloc on les mercaderies s'entreguen al primer transportista per tal que es remetin al comprador [article 31, apartat 1, lletra a)]. Cal esmentar també l'existència d'algunes sentències que (sempre a partir de la necessitat d'una interpretació autònoma del concepte de *lloc d'entrega*) arriben al mateix resultat, però sense recórrer al Conveni de Viena o a altres instruments, sinó basant-se únicament en el text de la disposició que analitzem aquí.⁽³⁹⁰⁾

Tot i que seguint un enfocament diferent, arriba a resultats similars un altre sector jurisprudencial que, en cas que les parts no hagin indicat el *locus traditionis*, entén que és necessari identificar el concepte d'*entrega* segons un paradig-

ma normatiu, a la llum de la referència al contracte ex article 5, apartat 1, lletra b),⁽³⁹¹⁾ i considera legítim utilitzar el mètode tradicional de conflicte i localitzar així l'obligació d'entrega [única rellevant a l'efecte de competència judicial, a l'empara del nou article 5, apartat 1, lletra b)] en virtut de la *lex causae*, i aleshores, si és el cas, en el lloc en què les mercaderies es confien al primer transportista, segons l'article 31 de la Convenció de Viena.⁽³⁹²⁾

Les discrepàncies exegètiques que s'han manifestat en la pràctica pel que fa a la localització de l'obligació d'entrega en la compravenda de plaça a plaça han justificat la intervenció sobre el tema del Tribunal de Justícia, convocat pel Tribunal Suprem Federal alemany,⁽³⁹³⁾ *inter alia*, per aclarir si «el lloc en què, segons el contracte, s'han entregat o s'haurien d'haver entregat les mercaderies s'ha de determinar, en el cas de vendes per correspondència, atenent al lloc de l'entrega material al comprador o al lloc en què les mercaderies s'entreguen al primer transportista perquè les trameti al comprador». Els jutges de Luxemburg van considerar que l'argument que afavoreix el lloc de destí final en què els béns han estat o haurien d'haver estat entregats físicament al comprador respon més bé a la gènesi, els objectius i propòsits del Reglament i a la necessitat de previsibilitat i de proximitat.⁽³⁹⁴⁾

5.4. La referència al contracte

L'aplicació de l'article 5, apartat 1, lletra b), primer incís és menys complexa en el cas en què l'entrega no s'hagi efectuat, però en l'àmbit dels acords entre les parts, es pugui trobar una indicació sobre el lloc d'entrega (i no una pura indicació sobre el destí final dels béns),⁽³⁹⁵⁾ o en el cas en què la posada a disposició hagi tingut lloc en un lloc diferent respecte dels predeterminats contractualment i no hi hagi hagut una acceptació «sanativa» per part del comprador; en aquests casos, es va considerar d'especial importància el *locus traditionis*, tal com es pugui individualitzar a la llum del contracte.⁽³⁹⁶⁾ Establerta la importància reconeguda a les indicacions negocials sobre el lloc d'entrega i atès l'impacte que la seva eventual absència sembla produir sobre l'operativitat del criteri que regula l'article 5, apartat 1, lletra b), quan l'entrega



no s'hagi efectuat (vegeu més endavant), cal deturar-se en la importància atribuïda a les clàusules o fórmules estandarditzades, normalment usades en les pràctiques comercials internacionals, com per exemple els anomenats Incoterms. La integració (si suposem que és eficaç segons la *lex causae*)⁽³⁹⁷⁾ en el contracte de termes comercials com els Incoterms ha estat generalment considerada com un element rellevant per identificar el lloc d'entrega ex article 5, apartat 1, lletra b),⁽³⁹⁸⁾ almenys quan aquests termes comercials permetin definir, juntament amb el repartiment entre les parts de despeses i costos, també el lloc on el venedor s'allibera de la seva obligació d'entrega,⁽³⁹⁹⁾ que, segons la doctrina, no succeeix amb les clàusules CPT (*carriage paid to*) o CIP (*carriage and insurance paid*).⁽⁴⁰⁰⁾ És diferent el discurs quan s'utilitzen altres tipus de fórmules estandarditzades, com ara «franc domicili», «franc destí», «franca sortida» o «franca fàbrica» (EXW). No es pot atribuir *per se* valor identificatiu del *locus traditionis* a aquestes expressions pel que fa a l'article 5, apartat 1, lletra b), ja que simplement defineixen el repartiment de les despeses i dels costos del transport.⁽⁴⁰¹⁾

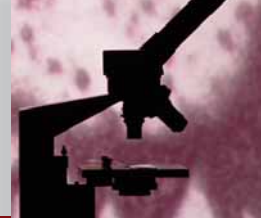
Ara suposem que l'entrega no s'hagi dut a terme (o que el comprador l'hagi rebutjat degudament) i que en el con-

tracte no hi hagi indicació sobre el lloc de compliment de l'obligació. Segons un sector jurisprudencial, l'absència, en el cas considerat, d'una previsió pactada determinaria la inaplicabilitat de l'especial títol de competència judicial establert per a la compravenda de mercaderies i imposaria, per tant, a l'interpretar la necessitat de verificar la subsistència de la pròpia competència judicial, ex article 5, apartat 1, lletra c), a la llum de l'article 5, apartat 1, lletra b).⁽⁴⁰²⁾ La recent intervenció del Tribunal de Justícia que hem apuntat més amunt, tanmateix, sembla postular que, almenys per a les vendes a distància, fins i tot en el supòsit considerat, el lloc que s'estima rellevant per a la competència judicial és el lloc de destí final de la mercaderia, en tant que lloc en què el comprador hauria de poder disposar efectivament dels béns.⁽⁴⁰³⁾

6. L'article 5, apartat 1, lletra c)

6.1. Norma de connexió

L'article 5, apartat 1, lletra c) és una norma de connexió⁽⁴⁰⁴⁾ que té com a objectiu establir que, en el supòsit que no hi hagi els pressupòsits d'operativitat de l'article 5, apartat 1, lletra b), com passa quan l'assumpte no es pot reconduir a la cate-



goria dels contractes tipificats o el *locus solutionis* identificat estigui ubicat en un Estat no membre de la Unió Europea o per al qual no regeixi el Reglament Brussel·les I,⁽⁴⁰⁵⁾ el criteri general que estableix l'article 5, apartat 1, lletra a) (que, com ja hem vist, atribueix competència judicial, respecte de les obligacions contractuals, al tribunal del lloc on l'obligació en qüestió es va complir o s'havia de complir), es torna a expandir. Se'n dedueix que l'existència de la competència judicial del tribunal s'ha de verificar a través de la localització *lege causae* de l'obligació presentada a judici⁽⁴⁰⁶⁾.

- (1) Considerand núm. 12; vegeu també, amb referència a l'article 5, apartat 1 del Conveni de Brussel·les, Supreme Court (IE) 21.12.2000 – 122/99 – Bio-Medical Research Ltd. trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex IE-39*.
- (2) Per a aquesta qualificació, vegeu Cour d'Appel Versailles (FR) 09.03.2006 – 04/09253m, *unalex FR-242*; BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 05.03.2002 – 945/01, *unalex PT-12*; Tribunal Supremo (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex ES-6*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*; Corte di Cassazione (IT) 10.12.1991 – 13300, *unalex IT-62*; Tribunale Milano (IT) 23.01.1989 – Baldi / Società Metraplan, *unalex IT-141*; Tribunale Monza (IT) 24.07.1986 – SPA OMV Officine Meccaniche Ventura / Soc. Prometal SA, *unalex IT-150*.
- (3) Per a un cas en què això era impossible, vegeu Supremo Tribunal de Justiça (PT) 17.01.2007 – 06S1832, *unalex PT-61*; per a un cas de manca d'aplicabilitat, vegeu Corte di Cassazione (IT) 15.05.1990 – 4198, *unalex IT-51*.
- (4) Supremo Tribunal de Justiça (PT) 25.11.1997 – SJ199711250007521, *unalex PT-19*; Corte di Cassazione (IT) 01.03.1988 – 2156, *unalex IT-32*.
- (5) Així, expressament, ECJ 15.01.2004 – C-433/01 – Freistaat Bayern, *unalex EU-66*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*.
- (6) OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*; Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997 – 13015, *unalex IT-92*; Corte di Cassazione (IT) 06.10.1981 – 5240, *unalex IT-164*.

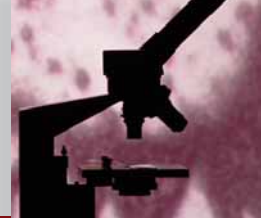
- (7) Vegeu ECJ 15.05.1990 – C-365/88 – Kongreß Agentur Hagen GmbH / Zeehaghe BV, *unalex EU-75*; Corte di Cassazione (IT) 17.06.1986 – 4036, *unalex IT-26*; LG Hamburg (DE) 27.05.1974 – 5 O 82/74, *unalex DE-674*.
- (8) Vegeu OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 189/03z, *unalex AT-5*; LG Saarbrücken (DE) 19.06.1975 – 2 S 213/74, *unalex DE-746*.
- (9) BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*; Supreme Court (IE) 21.12.2000 – 122/99 – Bio-Medical Research Ltd. trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex IE-39*.
- (10) Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007 – 914/06; OLG Düsseldorf (DE) 30.01.2004 – 1-23 U 70/03.
- (11) ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU-129*, pàg. 13; ECJ 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*, pàg. 31; OLG Jena (DE) 05.08.1998 – 4 U 1774/97, *unalex DE-118*.
- (12) Vegeu GEIMER, «Article 5», a GEIMER i SCHÜTZE [cur.], *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz, und Anerkennungsrecht*, 2a ed., Munic, 2004, pàg. 161.
- (13) PILTZ, «Gerichtstand bei Verkauf beweglicher Sachen mit mehreren Lieferorten in einem Mitgliedstaat», a *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, pàg. 1802.
- (14) ECJ 09.07.2009 C-204/08 – Peter Rehder, *unalex EU-181*; ECJ 15.02.07 – 386/05 – Color Drack / LEXX International Vertriebs, *unalex EU-161*, pàg. 22; ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pàg. 24; ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes «Suhadiwarno Panjan», *unalex EU-60*, pàg. 29; BGH (DE) 22.04.2009 – VII ZR 156/07, *unalex 1672*; Cour d'appel Colmar (FR) 31.01.2006 – 1 A 05/04251, *unalex FR-411*; Tribunal Suprem (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex PT-6*; Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*; considerand núm. 12.
- (15) En aquest sentit, vegeu, per exemple, OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (16) Quant a la necessitat d'aquest procediment, vegeu, en la jurisprudència, ECJ 14.05.2009 – C-180/06 – Renate Ilsinger / Martin Dreschers, acting as adminis-

trator in the insolvency of Schlank & Schick GmbH, *unalex EU-175*, pàg. 58; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007 – 914/06; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*.

- (17) Així, expressament, Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (18) Vegeu ECJ 01.10.02 – 167/00 – Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel, *unalex EU-114*, pàg. 49; vegeu també OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007 – 20 U 12/06, *unalex DE-799*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.
- (19) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pàg. 56; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.
- (20) ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*, pàg. 23; ECJ 27.04.1999 – C-99/96 – Mietz / Intership Yachting Sneek, *unalex EU-59*, pàg. 27; ECJ 03.07.1997 – C-269/95 – Benincasa / Dentalkit SRL, *unalex EU-62*, pàg. 13; ECJ 19.01.1993 – C-89/91 – Shearson Lehmann Hutton Inc. / TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, *unalex EU-81*, pàg. 14.
- (21) Considerand núm. 11; en la jurisprudència, vegeu ECJ 17.09.09 – C-347/08 – Vorarlberger Gebietskrankenkasse / WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG, *unalex EU-185*, pàg. 37; ECJ 11.10.2007 – C-98/06 – Freeport PLC / Olle Arnoldsson, *unalex EU-154*, pàg. 34.
- (22) ECJ 13.07.06 – C-103/05 – Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH, *unalex EU-137*, pàg. 22; ECJ 03.07.1997 – C-269/95 – Benincasa / Dentalkit SRL, *unalex EU-62*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*.
- (23) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH c KeySafety Systems SRL, *unalex xxx*, pàg. 49; ECJ 23.04.09 – C-533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pàg. 22; ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*, pàg. 19-20 *nonché* ECJ 13.07.2006 – C-103/05 – Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH, *unalex EU-137*, pàg. 24-25; en la jurisprudència nacional, vegeu Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 – [2006] EWCA Civ. 1750 –



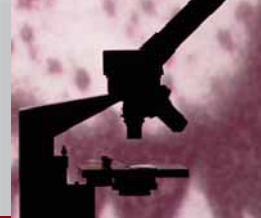
- Scottish & Newcastle International Ltd. / Othon Ghalanos Ltd., *unalex UK-242*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*.
- (24) En la jurisprudència comunitària, vegeu ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*, pàg. 23; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*, pàg. 14; ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtungskantoor, *unalex EU-116*, pàg. 16; en la jurisprudència nacional, vegeu per exemple OGH (AT) 28.09.2005 – 7 Ob 149/05w, *unalex AT-162*; High Court (IE) 08.03.2005 – 2003 4850P – Burke / UVEX Sports GmbH, Motorrad TAF GmbH, *unalex IE-11*; OGH (AT) 29.01.2003 – 7 Ob 291/02y, *unalex AT-14*; Tribunal da Relação Porto (PT) 04.11.2002 – RP200211040251081, *unalex PT-14*; Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.01.2002 – A3/2001/1161 – Kenburn Waste Management / Heinz Bergmann, *unalex UK-78*; High Court (UK) 30.01.2001 – USF LIMITED trading as USF MEMCOR / AQUA TECHNOLOGY HANSON NV/SA, *unalex UK-196*; House of Lords (UK) 30.10.1997 – Kleinwort Benson Ltd. / City of Glasgow District Council, *unalex UK-12*; BGH (DE) 28.02.1996 – XII ZR 181/93, *unalex DE-421*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*.
- (25) Així, pel que fa l'article 5, apartat 1, ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*; en sentit anàleg, amb relació a tots els títol de competència que exceptuen el principi del fòrum del demandat, vegeu ECJ 17.09.09 – C-347/08 – Vorarlberger Gebietskrankenkasse / WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG, *unalex EU-185*; ECJ 11.10.2007 – C-98/06 – Freeport PLC / Olle Arnoldsson, *unalex EU-154*.
- (26) ECJ 13.07.2000 – C-412/98 – Group Josi Reinsurance / Universal General Insurance, *unalex EU-91*.
- (27) Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.
- (28) Cour de cassation (FR) 21.06.2005 – 03-19670, *unalex FR-218*.
- (29) OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*; OGH (AT) 23.05.2005 – 10 Ob 21/04t, *unalex AT-90*; BayObLG (DE) 24.05.2002 – 1 Z AR 52/02, *unalex DE-350*; OGH (AT) 04.06.1999 – 2 Nd 505/99, *unalex AT-218*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; BGH (DE) 26.10.1981 – II ZR 198/80, *unalex DE-580*; contra però Audiència Provincial València (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*.
- (30) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*, pàg. 30; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 30.05.2007 – 7Ob112/07g, *unalex AT-362*.
- (31) ECJ 19.02.02 – 256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 25.11.1997 – SJ199711250007521, *unalex PT-19*; Corte di Cassazione (IT) 01.03.1988 – 2156, *unalex IT-32*.
- (32) Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.
- (33) Vegeu ECJ 17.11.1998 – C-391/95 – Van Uden / Deco-Line, *unalex EU-56*.
- (34) Vegeu ECJ 06.12.1994 – 406/92 – The owners of the cargo lately laden on board the ship *Tatry* / the owners of the ship *Maciej Rataj*, *unalex EU-128*.
- (35) Vegeu Lietuvos Aukščiausioji Teisma (LT) 29.01.2007, *unalex LT-5*; OGH (AT) 19.03.2003 – 7 Nc 8/03s, *unalex AT-601*; Oberster Gerichtshof Wien (AT) 13.12.2002, *unalex AT-642*; LG Bochum (DE) 24.01.1984 – 12 O 185/83, *unalex DE-312*, on el Tribunal afirma també que la CMR regula només la competència judicial, no la territorial, respecte de la qual s'han d'aplicar les disposicions comentades.
- (36) Sobre aquesta qüestió, en la jurisprudència, vegeu ECJ 09.07.2009 – 204/08 – Peter Rehder / Air Baltic Corporation, *unalex EU-181*, i OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*, que han exclòs la rellevància de les normes de competència del Conveni de Mont-real en benefici del Reglament Brussel·les I quan la demanda no sigui relativa a la indemnització de danys i perjudicis que regula l'article 19 del Conveni, sinó que tingui a veure només amb el dret a una indemnització a tant alçat i estandarditzada per al passatger a conseqüència de la cancel·lació del vol conformement a l'article 7 del Reglament CE núm. 261/2004.
- (37) OLG Frankfurt am Main (DE) 18.04.2007 – 13 U 62/06, *unalex DE-809*.
- (38) BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*.
- (39) Vegeu ECJ 22.05.2008 – C-462/06 – Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline / Jean-Pierre Rouard, *unalex EU-158*.
- (40) OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 188/03b, *unalex AT-6*.
- (41) OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007 – 914/06, *unalex IT-xxx*; OLG Düsseldorf (DE) 30.01.2004 – 1-23 U 70/03, *unalex DE-xxx*.
- (42) Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009 – 6C1136/08g, *unalex AT-614*.
- (43) Així, ECJ 04.03.1982 – 38/81 – Effer SPA / Kantner, *unalex EU-28*.
- (44) Vegeu OGH (AT) 29.01.2003 – 7 Ob 291/02y, *unalex AT-14*.
- (45) Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296 – FORMECO SRL/SA ECO-DEC N. V., *unalex IT-231*; Cour de cassation (FR) 21.06.2005 – 03-19670, *unalex FR-218*.
- (46) OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*.
- (47) High Court (IE) 08.03.2005 – 2003 4850P – Burke / UVEX Sports GmbH, Motorrad TAF GmbH, *unalex IE-11*.
- (48) LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*.
- (49) Sheriff Court Aberdeen (UK) 03.04.2009 – CA17/08 – Oceanfix International Limited / AGIP Kazakhstan North Caspian Operating Company NV, *unalex UK-385*.
- (50) ECJ 01.03.2005 – C-281/02 – Andrew Owusu / N. B. Jackson, *unalex EU-103*.
- (51) En aquest sentit, vegeu també ECJ 01.03.2005 – C-281/02 – Andrew Owusu / N. B. Jackson, *unalex EU-103*.
- (52) Cour de cassation (FR) 21.01.2004 – 01-41232, *unalex FR-216*; Cour de cassation (FR) 16.03.1999 – 96-22016, *unalex FR-77*; LG Siegen (DE) 05.08.1997 – 1 O 95/96, *unalex DE-587*.
- (53) Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*; Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006 – 04/09253m, *unalex FR-242*; LG Flensburg (DE) 12.05.2005 – 6 O 139/03, *unalex DE-632*; Cour d'appel Douai (FR) 18.03.2004 – 03/06775, *unalex FR-11*; Tribunal Suprem (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex ES-6*; Cour de cassation (FR) 21.01.2004 – 01-41232, *unalex FR-216*; OLG Hamm (DE) 28.01.1994 – 29 U 147/92, *unalex DE-694*; per a una referència més general de la inadmissibilitat de la discriminació per raons de nacionalitat, vegeu ECJ 10.02.1994 – C-398/92 – Mund, *unalex EU-122*.



- (54) Vegeu KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischen Vollstreckungstitel*, 8a ed., Frankfurt, 2005, pàg. 95; CZERNICH, a CZERNICH, TIEFENTHALER i KODEK [cur.], *Kurzkommendar Europäisches Gerichtsstands und Vollstreckungsrecht. EuGVO und Lugano Übereinkommen*, 2a ed., Viena, 2003, pàg. 40; en la jurisprudència nacional, sobre el Reglament, cfr. OGH (AT) 21.04.2004 – 9 Ob 151/03, *unalex AT-66*; OGH (AT) 01.08.2003 – 1 Ob 240/02d, *unalex AT-2*; BayObLG (DE) 24.05.2002 – 1 Z AR 52/02, *unalex DE-350*.
- (55) Vegeu OGH (AT) 29.08.2002 – 8Ob166/02y, *unalex AT-46*; Tribunal de commerce Arlon (BE) 12.09.1996, *unalex BE-98*.
- (56) Sobre la necessitat d'una interpretació rigorosa de la clàusula de Luxemburg, vegeu BGH (DE) 02.06.2003 – II ZR 134/02, *unalex DE-31*.
- (57) En la jurisprudència, vegeu OLG Düsseldorf (DE) 22.12.2005 – I-24 U 86/05, *unalex DE-770*.
- (58) Cour de cassation (FR) 17.12.1986 – 84-45383, *unalex FR-314*.
- (59) BGH (DE) 02.06.2003 – II ZR 134/02, *unalex DE-31*.
- (60) Vegeu també OLG Koblenz (DE) 11.01.2001 – 6 U 1199/98, *unalex DE-550*.
- (61) Vegeu també OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*.
- (62) OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006 – 8 U 139/06, *unalex 772*; OLG Stuttgart (DE) 23.10.2006 – 5 U 64/06, *unalex DE-678*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*; i autònom del concepte de què es tracta: ECJ 09.07.2009 C-204/08 – Peter Rehder, *unalex EU-181*; ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 03.07.1997 – C-269/95 – Benincasa / Dentalkit SRL, *unalex EU-62*; BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*; BGH (DE) 27.05.2008 – VI ZR 69/07, *unalex DE-1572*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*; OGH (AT) 17.10.2006 – 4Ob174/06a, *unalex AT-382*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; High Court (IE) 08.03.2005 – 2003 4850P – Burke / UVEX Sports GmbH, Motorrad TAF GmbH, *unalex IE-11*; OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex DE-724*; LG Potsdam (DE) 29.05.2002 – 4 O 467/00, *unalex DE-745*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; LG Hof (DE) 07.12.2001 – 14 O 87/01, *unalex DE-619*; OLG Koblenz (DE) 11.01.2001 – 6 U 1199/98, *unalex DE-550*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; Tribunale Federale (CH) 23.08.1996 – K / Dames P et F, *unalex CH-63*; LG Frankfurt am Main (DE) 05.10.1995 – 3/5 O 53/95, *unalex DE-1210*.
- (63) Vegeu Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*.
- (64) Per a una afirmació de la preferència per una interpretació autònoma, si més no referida al concepte *matèria civil i mercantil*, en la jurisprudència que recau a l'empara del Reglament Brussel·les I, vegeu ECJ 28.04.2009 – C-420/07 – Meletis Apostolides / Orams, *unalex EU-41*.
- (65) Cfr., entre altres, ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*; ECJ 01.10.02 – 167/00 – Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel, *unalex EU-114*; ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*; ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtungskantoor, *unalex EU-116*; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*.
- (66) ECJ 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*.
- (67) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*.
- (68) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*; ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtungskantoor, *unalex EU-116*; ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*; vegeu en la jurisprudència nacional, per exemple, Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006 – 8 U 139/06, *unalex 772*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003 – 4 U 645/02-83, *unalex DE-332*; OGH (AT) 29.01.2003 – 7 Ob 291/02y, *unalex AT-14*.
- (69) ECJ 09.07.2009 C-204/08 – Peter Rehder, *unalex EU-181*.
- (70) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; CGE 22.03.1983 – 34/82 – Martin Peters Bauunternehmung GmbH / Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, *unalex EU-31*, pàg. 15 i 18; en la jurisprudència nacional, vegeu Corte di Cassazione (IT) 27.02.2008 – 509, *unalex IT-362*; High Court (UK) 06.04.1995 – ATLAS SHIPPING AGENCY / SUISSE ATLANTIQUE SOCIÉTÉ D'ARMEMENT MARITIME SA, *unalex UK-144*; per al criteri de jurisdicció quant a les relacions entre consorcis immobiliaris i els seus consorciats, vegeu respecte del Reglament Brussel·les I, OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*.
- (71) ECJ 10.03.1992 – C-214/89 – Powell Duffryn PLC / Petereit, *unalex EU-80*, pàg. 16; en la jurisprudència nacional, vegeu BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1593*; Tribunal d'arrondissement (LU) 11.04.2008 – 111983, *unalex LU-180*; Tribunal d'arrondissement (LU) 22.10.2007 – 108408, *unalex LU-165*, que ha afirmat l'aplicabilitat del criteri de jurisdicció en examen a les relacions entre societats que formen part d'un mateix grup, sempre que no es tracti, però, d'un grup de fet: OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007 – 20 U 12/06, *unalex DE-799*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*.
- (72) Vegeu també OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*, que aplica el criteri de jurisdicció en examen a la relació; en el mateix sentit, OLG München (DE) 25.06.1999 – 23 U 4834/98, *unalex DE-68*.
- (73) CGE 08.03.1988 – 9/87 – Arcado / SA Haviland, *unalex EU-49*, pàg. 12-13; OGH (AT) 21.11.2001 – 3 Ob 168/00b, *unalex AT-165*.
- (74) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*, pàg. 61; ECJ 14.05.2009 – C-180/06 – Renate Ilsinger / Martin Dreschers, acting as administrator in the insolvency of Schlank & Schick GmbH, *unalex*



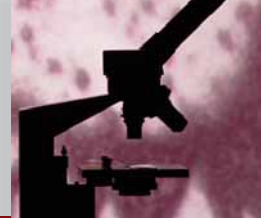
- EU-175, pàg. 57; en sentit anàleg, en la jurisprudència nacional, sobre el Reglament Brussel·les I, vegeu, *incidenter tantum*, OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*; BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex DE-492*.
- (75) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006 – 8 U 139/06, *unalex DE-772*.
- (76) OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*.
- (77) Tribunale Venezia (IT) 28.02.2003 – L. G. / A. P., *unalex IT-266*.
- (78) LG Düsseldorf (DE) 11.01.2005 – 16 O 201/04, *unalex DE-480*; Cour de cassation (FR) 30.01.2001 – 98-23376, *unalex FR-64*.
- (79) Cour de cassation (FR) 03.03.1992 – 89-13837, *unalex FR-287*; sobre la possibilitat de reconduir a la matèria contractual els acords prenegociables, vegeu Cour de cassation (FR) 05.10.1999 – 97-13191, *unalex FR-176*; Cour de cassation (FR) 16.10.1985 – 83-42708, *unalex FR-161*.
- (80) Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992 – 6665 – Gracechurch Container Line Ltd. / SPA Assicurazioni Generali, *unalex IT-132*.
- (81) Korkein Oikeus (FI) 12.11.1998 – S 96/2325, *unalex FI-8*.
- (82) CAMPEIS I DE PAULIS, «L'esportatore italiano di beni e servizi alle prese con le nuove regole di giurisdizione europee», a *Diritto del commercio internazionale*, 2005, pàg. 299.
- (83) OLG HAMM (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*.
- (84) Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*.
- (85) Tribunale Padova (IT) 11.04.1985 – Simod SPA / Korea Exchange Bank, *unalex IT-152*; contra LG Frankfurt am Main (DE) 05.10.1995 – 3/5 O 53/95, *unalex DE-1210*; LG Bayreuth (DE) 29.06.1988 – KH O 31/88, *unalex DE-300*; LG Göttingen (DE) 09.11.1976 – 3 O 19/76, *unalex DE-496*.
- (86) Sobre aquest tema, vegeu Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; BGH (DE) 16.12.2003 – XI ZR 474/02, *unalex DE-19*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex DE-724*.
- (87) LG Bayreuth (DE) 29.06.1988 – KH O 31/88, *unalex DE-800*.
- (88) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 08.04.1998 – QBENI 97/1112 CMS1, *unalex UK-46*.
- (89) Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*.
- (90) House of Lords 17.02.2000 – Agnew and others / Länsförsäkringsbolagens A. B., *unalex UK-36*.
- (91) BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; OLG Köln (DE) 29.04.1983 – 9 U 221/82, *unalex DE-538*.
- (92) Cour d'appel Chambéry (FR) 23.02.1998 – 9702551, *unalex FR-447*.
- (93) ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*; en el mateix sentit, en la jurisprudència nacional, vegeu OGH (AT) 21.12.2006 – 6 Ob 276/06s, *unalex AT-271*; Ephetio Athens (GR) 08.12.2000 – 382/2000, *unalex GR-28*; High Court (UK) 07.07.1994 – Trade Indemnity PLC and others / Fvrsdkring-saktiebXlaget Njord (in liq.), *unalex UK-134*; OLG Hamburg (DE) 09.07.1976, *unalex DE-499*; contra OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*; Cour de cassation (FR) 15.05.2001 – 99-17132, *unalex FR-5*; Audència Provincial Balears (ES) 15.06.2001 – 4/2001, *unalex ES-59*; OGH (AT) 18.07.2000 – 4 Ob 180/00z, *unalex AT-238*; House of Lords (UK) 17.02.2000 – Agnew and Others, *unalex UK-36*; OLG Innsbruck (AT) 30.12.1997 – 4 R 326/97s, *unalex AT-270*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 31.07.1997 – QBCMI 96/1234/B, *unalex UK-20*.
- (94) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 27.09.1988 – 189/87 – Kalfelis / Schröder U. A., *unalex EU-51*; vegeu en la jurisprudència nacional, per exemple, OLG Nürnberg (DE) 08.03.2006 – 8 U 2651/05, *unalex DE-751*; OGH (AT) 23.02.2005 – 9 Ob 2, *unalex AT-95*; Corte di Cassazione (IT) 22.07.2004 – 13662, *unalex IT-114*; OGH (AT) 21.11.2001 – 3 Ob 168/00b, *unalex AT-165* Ob 2; Corte di Cassazione (IT) 15.11.2000 – 1179, *unalex IT-3*; OGH (AT) 14.09.2000 – 220/00t, *unalex AT-237*; Cour de cassation (FR) 16.03.1999 – 95-12136, *unalex FR-180*; OLG Stuttgart (DE) 07.08.1998 – 5 W 26/98, *unalex DE-101*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*.
- (95) ECJ 27.09.1988 – 189/87 – Kalfelis / Schröder U. A., *unalex EU-51*.
- (96) Corte di Cassazione (IT) 27.03.2009 – 7428 – CDA Datenträger Albrechts GmbH / Fallimento DVD Emiliana Distribuzione SRL UNIP, *unalex IT-399*.
- (97) Corte di Cassazione (IT) 27.03.2009 – 7428 – CDA Datenträger Albrechts GmbH / Fallimento DVD Emiliana Distribuzione SRL UNIP, *unalex IT-399*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; BGH (DE) 28.02.1996 – XII ZR 181/93, *unalex DE-421*; en contra, vegeu OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*.
- (98) Vegeu OLG Köln (DE) 13.05.2009 – 6 U 217/08, *unalex DE-1675*; LG Frankfurt am Main (DE) 05.10.1995 – 3/5 O 53/95, *unalex DE-1210*.
- (99) LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Policies, metodi, criteri di collegamento*, tomo I, Milà, 2002, pàg. 462.
- (100) BGH (DE) 27.05.2008 – VI ZR 69/07, *unalex DE-1572*.
- (101) OGH (AT) 17.10.2006 – 4Ob174/06a, *unalex AT-382*; OGH (AT) 23.02.2005 – 9 Ob 2/05t, *unalex AT-95*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*; Cour de cassation (FR) 16.02.1982 – 81-10016, *unalex FR-244*; anàlogament, vegeu OLG Karlsruhe (DE) 09.02.2007 – 13 U 132/06, *unalex DE-718*.
- (102) BGH (DE) 27.05.2008 – VI ZR 69/07, *unalex DE-1572*.
- (103) Cour de cassation (FR) 30.03.2004 – 01-12939, *unalex FR-213*.
- (104) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; BGH (DE) 28.03.1996 – III ZR 95/95, *unalex DE-556*.
- (105) Vegeu OGH (AT) 27.09.2005 – 1 Ob 153/05i, *unalex AT-158*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 188/03b, *unalex AT-6*; Cour d'appel Bruxelles (BE) 24.01.2001 – 96-AR-177, *unalex BE-48*; OGH (AT) 03.02.2000 – 2 Ob 251/98w, *unalex AT-236*; Cour de cassation (FR) 28.02.1996 – 93-21109, *unalex FR-164*; Cour d'appel (LU) 12.06.1985 – 7625, *unalex LU-105*; OLG Koblenz (DE) 24.05.1985 – 2 U 1259/83, *unalex DE-576*; BGH (DE) 13.05.1982 – III ZR 1/80, *unalex DE-443*.
- (106) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 23.09.1999 – CA 35/14/97 – FERGUSON SHIPBUILDERS



- LIMITED / VOITH HYDRO GmbH & Co KG and others, *unalex UK-56*.
- (107) OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03, *unalex AT-12*; OGH (AT) 21.11.2001 – 3 Ob 168/00b, *unalex AT-165*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 26.11.1999 – AIG Group / The Ethniki, *unalex UK-76*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999 – 97-13191, *unalex FR-176*; OLG Innsbruck (AT) 07.01.1999 – 4 R 343/98t, *unalex AT-225*; Tribunal d'arrondissement (LU) 21.04.1988 – 37 760, *unalex LU-56*; OLG Koblenz (DE) 24.05.1985 – 2 U 1259/83, *unalex DE-576*.
- (108) Corte di Cassazione (IT) 06.10.1981 – 5240, *unalex IT-164*; Cour de cassation (FR) 27.10.1982 – 80-40246, *unalex FR-132*.
- (109) Vegeu el considerand núm. 7, Reglament Brussel·les I.
- (110) Vegeu LG München I (DE) 24.05.1982 – 3 HKO 4714/81, *unalex DE-442*, en què s'afirma que, per avaluar si el tribunal és competent per conèixer una demanda relativa a la legitimitat del desistiment unilateral, cal referir-se a l'obligació principal.
- (111) Supremo Tribunal de Justiça (PT) 05.03.2002 – 945/01, *unalex PT-12*; Corte di Cassazione (IT) 30.06.1999 – 366, *unalex IT-195*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*.
- (112) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*; OLG Frankfurt am Main (DE) 25.11.2004 – 16 U 26/04, *unalex DE-328*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; Cour de cassation (FR) 14.03.2006 – 03-1299, *unalex FR-316*; OLG Koblenz (DE) 11.01.2001 – 6 U 1199/98, *unalex DE-550*; LG Bochum (DE) 24.01.1984 – 12 O 185/83, *unalex DE-312*.
- (113) Vegeu OGH (AT) 27.09.2005 – 1 Ob 153/05i, *unalex AT-158*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005 – 03-14444, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003 – 2001/RG/817, *unalex BE-2*; Cour d'appel Lyon (FR) 16.02.2003 – 01-05518, *unalex FR-206*; OGH (AT) 23.01.2003 – 8 Ob 239/02h, *unalex AT-15*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003 – 2001-8122, *unalex FR-208*; Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 – CA21/02 – Bitwise Limited / CPS Broadcast Products BV, *unalex UK-40*; Audiència Provincial Barcelona (ES) 30.07.2002 – 401/2002 – Elle Española SL / Manifattura Tessuti Milano SPA, *unalex ES-17*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999 – 97-13191, *unalex FR-176*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; BayObLG (DE) 29.06.2001 – 4Z AR 56/01, *unalex DE-548*; Audiència Provincial Múrcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001 – Marín Giménez Hnos. SA / Binder GMBH Co., *unalex ES-60*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 11.01.2001 – 271/2001, *unalex GR-38*; Audiència Provincial Barcelona (ES) 15.12.2000 – 561/2000 – SA-EMAR SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA DE EMPRESAS MARÍTIMAS / LLOYD TRIESTINO DI NAVIGAZIONE SA, *unalex ES-12*; Tribunal de commerce Charleroi (BE) 23.09.1999, *unalex BE-01*; Ephetio Thessaloniki (GR) 16.09.1999 – 2727/1999, *unalex GR-49*; Ephetio Athens (GR) 21.06.1999 – 5610/1999, *unalex GR-31*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998 – 1994/8, *unalex BE-90*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996 – 331, *unalex IT-88*; Ephetio Thessaloniki (GR) 11.10.1994 – 2253/1994, *unalex GR-63*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 31.03.1994 – RG/2597/90, *unalex BE-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992 – 6665, *unalex IT-132*; LG Hamburg (DE) 05.09.1990 – 5 O 584/88, *unalex DE-200*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990 – SAE SPA / Rhein Maas und See, *unalex IT-140*; OLG Koblenz (DE) 23.02.1990 – 2 U 1795/89, *unalex DE-921*; Cour de cassation (FR) 25.01.1984 – 81-16562, *unalex FR-192*; Kammergericht Berlin (DE) 27.06.1980 – 3 U 2335/79, *unalex DE-570*; Corte di Cassazione (IT) 09.04.1979 – 2017, *unalex IT-170*.
- (114) OLG Hamm (DE) 20.01.1989 – 29 U 155/86, *unalex DE-293*.
- (115) Cour d'appel Mons (BE) 17.12.1993 – 1772, *unalex BE-69*.
- (116) Vegeu Cour de cassation (FR) 17.06.2003 – 00-17316, *unalex FR-45*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 96-21690, *unalex FR-151*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 97-17388, *unalex FR-23*; Cour d'appel Paris (FR) 16.06.1999 – 118, *unalex FR-235*; en contra, Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 29.05.1990, *unalex BE-55*.
- (117) Vegeu OLG Frankfurt am Main (DE) 28.11.1979 – 21 U 59/79, *unalex DE-482*.
- (118) Vegeu Tribunal d'arrondissement (LU) 07.11.2007 – 106292, *unalex LU-169*; Cour de cassation (FR) 08.11.2005 – 02-20709, *unalex FR-334*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 05.09.2001 – 03.467/00, *unalex BE-28*; vegeu també Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 96-20568, *unalex FR-26*.
- (119) Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108, *unalex IT-17*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000 – 98-15979, *unalex FR-61*.
- (120) Vegeu, amb relació al Conveni de Lugano, Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108, *unalex IT-17*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*.
- (121) Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*.
- (122) Corte di Cassazione (IT) 21.12.1992 – 13568, *unalex IT-72*.
- (123) Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296, *unalex IT-231*; LG Neubrandenburg (DE) 03.08.2005 – 10 O 74/04, *unalex DE-1038*; Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*; High Court (IE) 06.05.1999 – 1998 No., *unalex IE-3*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – Boss Group / Boss France, *unalex UK-75*; OLG München (DE) 22.09.1995 – 23 U 3750/95, *unalex DE-584*; Corte di Cassazione (IT) 14.06.1980 – 3798, *unalex IT-169*; en contra, Corte d'Appello Torino (IT) 12.11.1980 – Watt Color SAS / Metz Appareturewerke, *unalex IT-167*.
- (124) Tribunale Monza (IT) 24.07.1986 – SPA OMV Officine Meccaniche Ventura / Soc. Prometal SA, *unalex IT-150*.
- (125) Corte di Cassazione (IT) 10.01.1992 – 186, *unalex IT-66*.
- (126) Per a afirmacions anàlogues, vegeu, respecte a una sentència relativa al Conveni de Lugano, Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108 – Mestral Capital SA, societat anònima di diritto svizzero / Mion, *unalex IT-17*; Corte di Cassazione (IT) 19.05.2009 – 11523, a *Jurisdata*.
- (127) En sentit anàleg, vegeu Court of Appeal (Civil Division) (UK) 11.03.2009 – 2007 FOLIO 1672 – Youell and others / La Réunion Aérienne and others, *unalex UK-378*.
- (128) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 04.03.1982 – 38/81 – Effer SPA / Kantner, *unalex EU-28*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*; OLG Stuttgart (DE) 23.10.2006 – 5 U 64/06, *unalex DE-678*; Cour d'appel 4ème chambre commerciale (LU) 03.10.2001 – 24537, *unalex LU-4*; Tribunale Federale (CH) 23.08.1996 – K / Dames P et F, *unalex CH-63*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – Boss Group / Boss France, *unalex UK-75*; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995 – 6499, *unalex IT-85*; Court of Appeal (Civil Division) (UK) 20.10.1989 – Tesam Distribution



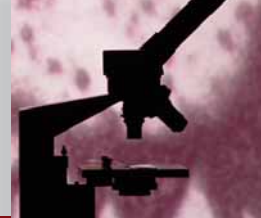
- Limited / Schuh Mode Team GmbH and Commerbank AG, *unalex* 125; Tribunal d'arrondissement (LU) 14.07.1989 – 38156, *unalex* LU-112; OLG Hamm (DE) 03.10.1979 – 20 U 98/79, *unalex* DE-507; contra Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001, *unalex* ES-60.
- (129) ECJ 04.03.1982 – 38/81 – Effer SPA / Kantner, *unalex* EU-28, pàg. 8-9; en sentit anàleg, en la jurisprudència nacional, Corte di Cassazione (IT) 20.09.2004 – 18902, *unalex* IT-183; OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 188/03b, *unalex* AT-6; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003 – 2001/RG/817, *unalex* BE-2; OGH (AT) 15.01.2002 – 5 Ob 312/01w, *unalex* AT-598; també en la jurisprudència relativa al Conveni de Lugano: Tribunale Federale (CH) 22.06.2000 – 4C.73/2000/rnd, *unalex* CH-65; Tribunale Federale (CH) 23.08.1996 – K / Dames P et F, *unalex* CH-63.
- (130) OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex* DE-1655; OGH (AT) 17.10.2006 – 4Ob174/06a, *unalex* AT-382; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex* AT-261; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex* AT-597; OGH (AT) 11.05.2005 – 9 Ob 104/04s, *unalex* AT-91; LG Gießen (DE) 17.12.2002 – 6 O 23/02, *unalex* DE-559; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex* DE-1563; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 96-20568, *unalex* FR-26; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex* AT-132; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex* DE-75; Areios Pagos (GR) 10.05.1994 – 788/1994, *unalex* GR-50; OLG Innsbruck (AT) 30.12.1997 – 4 R 326/97s, *unalex* AT-270, amb relació al Conveni de Lugano.
- (131) House of Lords (UK) 30.10.1997 – Kleinwort Benson Ltd. / City of Glasgow District Council, *unalex* UK-12; Corte di Cassazione (IT) 29.11.1989 – 5224, *unalex* IT-46.
- (132) OGH (AT) 11.05.2005 – 9 Ob 104/04s, *unalex* AT-91.
- (133) Contra OLG Celle (DE) 11.11.1998 – 9 U 87/98, *unalex* DE-106.
- (134) ECJ 19.01.1993 – C-89/91 – Shearson Lehmann Hutton Inc. / TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, *unalex* EU-81, pàg. 19-24; vegeu, en la jurisprudència nacional, BGH (DE) 22.04.2009 – VII ZR 156/07, *unalex* DE-1672.
- (135) BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex* DE-167.
- (136) ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex* EU-68.
- (137) Vegeu High Court (UK) 06.04.1995 – ATLAS SHIPPING AGENCY / SUISSE ATLANTIQUE SOCIÉTÉ D'ARMEMENT MARITIME SA, *unalex* UK-144.
- (138) ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtungskantoor, *unalex* EU-116, pàg. 17; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex* EU-74, pàg. 15; en la jurisprudència nacional, vegeu Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.04.1997 – QBCMI 96/0476/B, *unalex* UK-180; Cour d'appel 4ème chambre (LU) 07.07.2004 – 28127, *unalex* LU-13, i Tribunal d'arrondissement (LU) 24.04.2003 – 75505, *unalex* LU-67, relativa a l'acció reivindicatòria.
- (139) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex* EU-110; en la jurisprudència nacional, vegeu OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex* DE-771; BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex* DE-492; OGH (AT) 26.04.2005 – 4 Nc 12/05k, *unalex* AT-98; OGH (AT) 15.04.2005 – 4 Nc 5/05f, *unalex* AT-106; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex* DE-1563.
- (140) Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex* IT-412; vegeu també BGH (DE) 16.12.2003 – XI ZR 474/02, *unalex* DE-19; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex* DE-724; OGH (AT) 18.12.2002 – 3 Nd 509/02, *unalex* AT-43; OLG Celle (DE) 06.12.2002 – 8 W 273/02, *unalex* DE-561; OLG Nürnberg (DE) 28.08.2002 – 4 U 641/02, *unalex* DE-536; LG Hof (DE) 07.12.2001 – 14 O 87/01, *unalex* DE-619.
- (141) OGH (AT) 17.04.2002 – 7 Ob 127/01d, *unalex* AT-370.
- (142) Tribunale Venezia (IT) 28.02.2003 – L. G. / A. P., *unalex* IT-266; en contra, BGH (DE) 28.02.1996 – XII ZR 181/93, *unalex* DE-421.
- (143) OLG Nürnberg (DE) 08.03.2006 – 8 U 2651/05, *unalex* DE-751.
- (144) LG Flensburg (DE) 12.05.2005 – 6 O 139/03, *unalex* DE-632.
- (145) Corte d'Appello Milano (IT) 15.07.2003 – 2193/03 – A. / Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE) SA, *unalex* IT-181.
- (146) Supremo Tribunal de Justiça (PT) 18.03.2003 – 1051/02, *unalex* PT-34.
- (147) Cour de cassation (FR) 23.05.2006 – 05-16133, *unalex* FR-353.
- (148) Cour d'appel Colmar (FR) 17.05.2005 – 1 A 04/05853, *unalex* FR-397.
- (149) Cour de cassation (FR) 28.02.1996 – 93-21109, *unalex* FR-164.
- (150) Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex* LU-27.
- (151) OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007 – 20 U 12/06, *unalex* DE-799; OLG Frankfurt am Main (DE) 09.09.1999 – 4 U 13/99, *unalex* DE-1495.
- (152) Contra Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex* IT-18.
- (153) OLG Frankfurt am Main (DE) 09.09.1999 – 4 U 13/99, *unalex* DE-1495.
- (154) OGH (AT) 07.08.2008 – 6Ob133/08i, *unalex* AT-550.
- (155) Cour de cassation (FR) 11.03.2009 – 08-10400, *unalex* FR-1049.
- (156) ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex* EU-74, pàg. 21; OGH (AT) 22.02.2005 – 1 Ob 8/05s, *unalex* AT-108; Cour de cassation (FR) 23.03.1999 – 97-11884, *unalex* FR-179; High Court (UK) 06.04.1995 – ATLAS SHIPPING AGENCY / SUISSE ATLANTIQUE SOCIÉTÉ D'ARMEMENT MARITIME SA, *unalex* UK-144; Cour de cassation (FR) 18.10.1994 – 92-19070, 92-19927, *unalex* FR-99; Cour de cassation (FR) 27.01.1993 – 89-14179, *unalex* FR-278; en contra, Cour de cassation (FR) 04.03.1986 – 83-11270, *unalex* FR-310.
- (157) ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtungskantoor, *unalex* EU-116; Cour de cassation (FR) 16.03.1999 – 95-12136, *unalex* FR-180.
- (158) OLG Sachsen-Anhalt (DE) 24.08.2000 – 7 U (Hs) 3/00, *unalex* DE-57.
- (159) OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex* DE-75.
- (160) OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex* AT-261.
- (161) OLG Stuttgart (DE) 23.10.2006 – 5 U 64/06, *unalex* DE-678.
- (162) ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex* EU-68.
- (163) Vegeu OLG Köln (DE) 13.05.2009 – 6 U 217/08, *unalex* DE-1675.
- (164) Cour de cassation (FR) 17.01.2006 – 02-12745, *unalex* FR-319.
- (165) Corte di Cassazione (IT) 19.03.2009 – 6598 – Finmek SPA in amministrazione straordinaria / Società Ericsson AB, *unalex* IT-398.
- (166) Per a un cas recent enquè el criteri de competència que regula l'article 5, apartat 1, lletra b) no s'ha aplicat per manca d'existència d'un dels requisits, concretament la ubicació del lloc d'entrega en un país tercer, vegeu BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex* DE-1672.



- (167) Vegeu també Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299, *unalex IT-235*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (168) ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodeltex, *unalex EU-102*.
- (169) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*; Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006 – 11093, *unalex IT-205*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 16.12.2003 – 5409/2003, *unalex GR-14*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003 – 4 U 645/02-83, *unalex DE-332*; Tribunal d'arrondissement (LU) 30.10.2003 – 886/2003, *unalex LU-68*; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002 – I-15 U 211/01, *unalex DE-1101*; High Court (UK) 30.01.2001 – USF LIMITED (TRADING AS USF MEMCOR) / AQUA TECHNOLOGY HANSON NV/SA, *unalex UK-196*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*; High Court (IE) 06.05.1999 – 1998 No. 4338p – Bio-Medical Research Limited trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex IE-3*; Cour de cassation (FR) 11.03.1997 – 94-15591, *unalex FR-169*; BGH (DE) 28.03.1996 – III ZR 95/95, *unalex DE-556*; Cour de cassation (FR) 27.02.1996 – 94-1520, *unalex FR-149*; Corte di Cassazione (IT) 18.11.1994 – 9752, *unalex IT-78*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994 – 10910, *unalex IT-79*; OLG Bremen (DE) 19.05.1994 – 2 U 146/93, *unalex DE-1199*; Supreme Court (IE) 20.07.1993 – S. C. No. 110 of 1993 – Ferndale Films Limited / Granada Television Limited i Granada Television International Limited, *unalex IE-16*; BGH (DE) 12.05.1993 – VIII ZR 110/92, *unalex DE-95*; High Court (IE) 04.02.1993 – 1992 No. 3168p – Carl Stuart Limited / Biotrace Limited, *unalex IE-14*; Corte di Cassazione (IT) 10.01.1992 – 186, *unalex IT-66*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992 – 11862, *unalex BE-65*; House of Lords (UK) 12.12.1991 – Union Transport / Continental Lines, *unalex UK-77*; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 20.06.1991 – 1900/1991, *unalex GR-54*; Cour de cassation (FR) 23.05.1989 – 87-17455, *unalex FR-303*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987 – 2 S 123/84, *unalex DE-504*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986 – 1971, *unalex IT-24*; Corte di Cassazione (IT) 03.06.1985 – 3285, *unalex IT-153*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*; OLG Frankfurt am Main (DE) 28.11.1979 – 21 U 59/79, *unalex DE-482*; en contra, en la jurisprudència nacional, vegeu Tribunal Suprem (ES) 21.07.2008 – 59/2008, *unalex ES-326*.
- (170) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*.
- (171) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes Suhadwarno Panjan, *unalex EU-60*, pàg. 26; OLG Frankfurt am Main (DE) 25.11.2004 – 16 U 26/04, *unalex DE-328*.
- (172) Vegeu Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108, *unalex IT-17*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996 – 331, *unalex IT-88*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*.
- (173) Corte di Cassazione (IT) 14.10.1993 – 10169, a *Jurisdata*.
- (174) Cour de cassation (FR) 28.06.2005 – 03-14444, *unalex FR-217*; OLG Frankfurt am Main (DE) 25.11.2004 – 16 U 26/04, *unalex DE-328*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*.
- (175) OLG Hamm (DE) 20.01.1989 – 29 U 155/86, *unalex DE-293*.
- (176) Hof van Beroep Gent (BE) 08.09.2005 – 2001/AR/2544, *unalex BE-128*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003 – 2001-8122, *unalex FR-208*.
- (177) Vegeu també Corte di Cassazione (IT) 16.01.1986 – 220, *unalex IT-147*, que estableix que quan s'al·legui l'incompliment de la garantia de bon funcionament, cal considerar l'obligació presentada al judici la manca d'entrega del bé; vegeu també Cour de cassation (FR) 18.11.1981 – 80-13692, *unalex FR-245*, en què s'afirma que el tribunal del lloc en què un proveïdor ha d'instal·lar màquines de les quals ell en garanteix el funcionament és competent per conèixer la demanda interposada pel comprador que al·lega que les màquines no presenten la qualitat pactada.
- (178) Corte di Cassazione (IT) 27.02.2008 – 5091, *unalex IT-362*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005 – 03-14.444, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003 – 2001/RG/817, *unalex BE-2*; Cour d'appel Lyon (FR) 16.02.2003 – 01-05518, *unalex FR-206*; OGH (AT) 23.01.2003 – 8 Ob 239/02h, *unalex AT-15*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003 – 2001-8122, *unalex FR-208*; Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 – CA21/02 – Bitwise Limited / CPS Broadcast Products BV, *unalex UK-40*; Audiència Provincial Barcelona (ES) 30.07.2002 – 401/2002 – Elle Española SL / Manifattura Tessuti Milano SPA, *unalex ES-17*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; BayObLG (DE) 29.06.2001 – 4Z AR 56/01, *unalex DE-548*; Audiència Provincial Múrcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001 – Marín Giménez Hnos. SA / Binder GMBH Co., *unalex ES-60*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 11.01.2001 – 271/2001, *unalex GR-38*; Audiència Provincial Barcelona (ES) 15.12.2000 – 561/2000 – SA-EMAR SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA DE EMPRESAS MARÍTIMAS / LLOYD TRIESTINO DI NAVIGAZIONE SA, *unalex ES-12*; Tribunal de commerce Charleroi (BE) 23.09.1999, *unalex BE-01*; Ephetio Thessaloniki (GR) 16.09.1999 – 2727/1999, *unalex GR-49*; Ephetio Athens (GR) 21.06.1999 – 5610/1999, *unalex GR-31*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998 – 1994/8, *unalex BE-90*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996 – 331, *unalex IT-88*; Ephetio Thessaloniki (GR) 11.10.1994 – 2253/1994, *unalex GR-63*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 31.03.1994 – R. G./2597/90, *unalex BE-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992 – 6665, *unalex IT-132*; LG Hamburg (DE) 05.09.1990 – 5 O 584/88, *unalex DE-200*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990 – SAE SPA / Rhein Maas und See, *unalex IT-140*; OLG Koblenz (DE) 23.02.1990 – 2 U 1795/89, *unalex DE-921*; Cour de cassation (FR) 25.01.1984 – 81-16562, *unalex FR-192*; Kammergericht Berlin (DE) 27.06.1980 – 3 U 2335/79, *unalex DE-570*; Corte di Cassazione (IT) 09.04.1979 – 2017, *unalex IT-170*.
- (179) Sobre la problemàtica identificació de l'obligació rellevant amb relació a una demanda no dirigida a determinar l'existència d'un contracte, sinó d'una obligació jurídica suposadament incompleta com a conseqüència de la resolució d'un contracte, vegeu Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006 – 11093, *unalex IT-205*.
- (180) Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296 – FORMECO SRL / SA ECO-DEC N. V., *unalex IT-231*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – Boss Group / Boss France, *unalex UK-75*; LG Neubrandenburg (DE) 03.08.2005 – 10 O 74/04, *unalex DE-1038*.
- (181) Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108 – Mestral Capital SA, società ano-



- nima di diritto svizzero / Mion, *unalex* IT-17.
- (182) Vegeu també Tribunale Genova (IT) 07.08.2006 – 2408/05, *unalex* IT-276; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998 – 1994/8, *unalex* BE-90; Bundesgericht (CH) 09.03.1998 – SA AG / B, *unalex* CH-3; Supreme Court (IE) 20.07.1993 – S. C. No. 110 of 1993 – Ferndale Films Limited / Granada Television Limited i Granada Television International Limited, *unalex* IE-16; Corte di Cassazione (IT) 27.10.1989 – 4506, *unalex* IT-44; així, substancialment, també BGH (DE) 28.03.1996 – III ZR 95/95, *unalex* DE-556; High Court (IE) 04.02.1993 – 1992 No. 3168p – Carl Stuart Limited / Biotrace Limited, *unalex* IE-14.
- (183) ECJ 15.01.1987 – 266/85 – Shenavai / Kreischer, *unalex* EU-45, pàg. 19; en la jurisprudència nacional, sobre el Conveni de Brussel·les, vegeu Tribunale Genova (IT) 07.08.2006 – 2408/05 – Bonetti Aircraft Supports SRL / Time Electronics International Division, Avnet Inc., *unalex* IT-276; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002 – I-15 U 211/01, *unalex* DE-1101; Cour de cassation (BE) 13.01.2000 – C950318N, *unalex* BE-25; Tribunal de commerce (LU) 14.01.1999 – 47824, *unalex* LU-70.
- (184) MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Pàdua, 1999, pàg. 317.
- (185) Corte di Cassazione (IT) 04.05.2006 – 10223, *unalex* IT-226; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995 – 6499, *unalex* IT-85; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1992 – 13196, *unalex* IT-68; en contra, expressament, Bundesgericht (CH) 09.03.1998 – SA AG / B, *unalex* CH-3.
- (186) Vegeu ECJ, 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex* EU-89; ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex* EU-102; ECJ 15.01.1987 – 266/85 – Shenavai / Kreischer, *unalex* EU-45.
- (187) En aquest sentit, també Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997 – 13015, *unalex* IT-92; House of Lords (UK) 12.12.1991 – Union Transport / Continental Lines, *unalex* UK-77; vegeu també Corte di Cassazione (IT) 28.03.1990 – 2500, *unalex* IT-52; Cour de cassation (FR) 23.05.1989 – 87-17455, *unalex* FR-303; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex* IT-155.
- (188) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex* EU-60.
- (189) En aquest sentit, vegeu també OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex* DE-798.
- (190) ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex* EU-45, pàg. 39-40; Cour de cassation (BE) 13.01.2000 – C950318N, *unalex* BE-25.
- (191) ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex* EU-45.
- (192) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.07.2005 – A3/2005/0674 – Mora Shipping Inc. / Axa Corporate Solutions Assurance SA and others, *unalex* UK-22.
- (193) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex* EU-177; vegeu també Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 19.03.2008 – 06-17.561, *unalex* FR-533; OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex* DE-771; OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005 – 5 U 8/05, *unalex* DE-607; BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex* DE-335; Corte di Cassazione (IT) 03.05.2005 – 9106, *unalex* IT-188; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex* DE-798; Court of Session Scotland (UK) 31.10.2003 – [2003] ScotCS 271 – UNIVERSAL STEELS LIMITED / SKANSKA CONSTRUCTION UK LIMITED, *unalex* UK-133.
- (194) Vegeu BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex* DE-335.
- (195) Vegeu, entre moltes altres que fan referència a aquest mètode conflictual, ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex* EU-129; ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex* EU-60; ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex* EU-82; Cour de cassation (FR) 20.09.2006 – 97-10679, *unalex* FR-331; Cour de cassation (FR) 17.01.2006 – 03-11.601, *unalex* FR-321; BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex* DE-492; Tribunal de grande instance Puy-en-Velay (FR) 25.05.2005 – 19/05, *unalex* FR-375; OGH (AT) 23.05.2005 – 10 Ob 21/04t, *unalex* AT-90; Cour de cassation (FR) 30.03.2004 – 01-16045, *unalex* FR-342; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003 – 4 U 645/02-83, *unalex* DE-332; Cour de cassation (FR) 17.09.2003 – 01-12415, *unalex* FR-201; Corte d'Appello Milano (IT) 15.07.2003 – 2193/03, *unalex* IT-181; BGH (DE) 30.04.2003 – III ZR 237/02, *unalex* DE-36; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex* DE-724; Tribunale Udine (IT) 02.08.2002 – 1096/02, *unalex* IT-116; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002 – I-15 U 211/01, *unalex* DE-1101; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 25.02.2002 – 1516/2002, *unalex* GR-7; OLG Koblenz (DE) 11.10.2001 – 2 U 125/01, *unalex* DE-444; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex* DE-114; Audiència Provincial Múrcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001, *unalex* ES-60; OGH (AT) 16.05.2001 – 6 Ob 27/01s, *unalex* AT-171; Cour de cassation (FR) 15.05.2001 – 99-17132, *unalex* FR-5; Polymeles Protodikeio Rhodes (GR) 12.04.2001 – 123/2002, *unalex* GR-44; Cour de cassation (FR) 13.03.2001 – 97-18694, *unalex* FR-33; Supreme Court (IE) 21.12.2000 – 122/99 – Bio-Medical Research Ltd. trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex* IE-39; Tribunal d'arrendissement (LU) 14.07.2000 – 492/00, *unalex* LU-33; Cour de cassation (FR) 27.06.2000 – 98-15979, *unalex* FR-61; Cour de cassation (FR) 27.06.2000 – 98-10359, *unalex* FR-60; Cour de cassation (FR) 20.06.2000 – 95-17619 (2), *unalex* FR-53; OGH (AT) 28.02.2000 – 3 Ob 45/00i, *unalex* AT-235; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 97-21542, *unalex* FR-25; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex* UK-6; Cour de cassation (FR) 14.12.1999 – 95-21374, *unalex* FR-174; High Court (IE) 06.05.1999 – 1998 No. 4338p – Bio-Medical Research Limited trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex* IE-3; BGH (DE) 25.02.1999 – VII ZR 408/97, *unalex* DE-59; Corte di Cassazione (IT) 01.02.1999 – 6, *unalex* IT-100; Korkein Oikeus (FI) 12.11.1998 – S 96/2325, *unalex* FI-8; Corte di Cassazione (IT) 28.10.1998 – 10730, *unalex* IT-99; Corte di Cassazione (IT) 06.08.1998 – 7714, *unalex* IT-96; Cour de cassation (FR) 30.06.1998 – 96-16776, *unalex* FR-237; Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997 – 13015, *unalex* IT-92; Tribunale Milano (IT) 04.12.1997 – Banca Agricola Milanese SPA / Commerzbank AG, *unalex* IT-127; Cour de cassation (FR) 21.10.1997 – 95-14167, *unalex* IT-108; OGH (AT) 09.09.1997 – 4 Ob 233/97m, *unalex* AT-125; OLG München (DE) 09.07.1997 – 7 U 2246/97, *unalex* DE-691; Cour de cassation (FR) 18.03.1997 – 94-17852, *unalex* FR-101; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 17.09.1996 – 24779/1996, *unalex* GR-48; Cour de cassation (FR) 06.02.1996 – 94-12115, *unalex* FR-121; LG Berlin (DE) 28.09.1995 – 30 O 206/95, *unalex* DE-722; OLG Köln (DE) 19.07.1995 – 13 W 22/95, *unalex* DE-688; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994 – 10910, *unalex* IT-79; OLG Bremen (DE) 19.05.1994 – 2 U 146/93, *unalex*



DE-1199; Tribunal de commerce Liège (BE) 10.02.1994 – 879/92, *unalex BE-73*; Cour de cassation (FR) 09.02.1994 – 92-13016, *unalex FR-267*; OLG Hamm (DE) 28.01.1994 – 29 U 147/92, *unalex DE-694*; Polymeles Protodikeio Piraeus (GR) 13.01.1994 – 22/1994, *unalex GR-40*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993 – 4 U 61/92, *unalex DE-84*; OLG Schleswig (DE) 04.06.1992 – 2 U 78/91, *unalex DE-52*; Tribunal d'arrondissement (LU) 08.05.1992 – 764/92, *unalex LU-87*; BGH (DE) 31.01.1991 – III ZR 150/88, *unalex DE-685*; OLG Hamburg (DE) 28.09.1989 – 6 U 88/89, 6 U 89/89, *unalex DE-292*; Corte di Cassazione (IT) 12.11.1988 – 6126, *unalex IT-35*; LG Köln (DE) 05.05.1988 – 83 O 42/87, *unalex DE-301*; Corte di Cassazione (IT) 28.05.1987 – 4795, *unalex IT-28*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987 – 2 S 123/84, *unalex DE-504*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987 – 2 S 123/84, *unalex DE-504*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986 – 197, *unalex IT-24*; OLG Hamm (DE) 27.02.1985 – 20 U 222/84, *unalex DE-692*; LG München II (DE) 17.09.1984 – 1 HKO 1673/84, *unalex DE-314*; LG Bochum (DE) 24.01.1984 – 12 O 185/83, *unalex DE-312*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*; Cour de cassation (FR) 02.06.1981 – 79-16354, *unalex FR-248*; OLG Stuttgart (DE) 12.02.1981 – 10 U 195/80, *unalex DE-569*; OLG Frankfurt am Main (DE) 28.11.1979 – 21 U 59/79, *unalex DE-482*; LG Waldshut-Tiengen (DE) 28.06.1979 – 2 O 327/78, *unalex DE-477*; OLG Frankfurt am Main (DE) 15.06.1979 – 10 U 201/78, *unalex DE-518*; OLG Frankfurt am Main (DE) 09.01.1979 – 5 U 109/78, *unalex DE-515*; OLG Bremen (DE) 06.04.1978 – 2 U 126/77, *unalex DE-515*; OLG Frankfurt am Main (DE) 03.03.1977 – 6 U 105/76, *unalex DE-457*; OLG Frankfurt am Main (DE) 09.12.1975 – 20 W 185/75, *unalex DE-725*; per a afirmacions anàlogues, amb relació al Conveni de Lugano, vegeu Tribunal cantonal Valais (CH) 23.07.2007 – C10766, *unalex CH-41*; OGH (AT) 26.04.2005 – 4 Nc 12/05k, *unalex AT-98*; Cour de cassation (FR) 02.03.2004 – 01-15520, *unalex FR-214*; OLG Stuttgart (DE) 13.12.2000 – 3 U 169/00, *unalex DE-58*; OGH (AT) 14.09.2000 – 2 Ob 220/00t, *unalex AT-237*; Cour de cassation (FR) 30.05.2000 – 98-18391, *unalex FR-187*; Bundesgericht (CH) 25.07.2000 – 4C.350/1999/rnd, *unalex CH-263*; OLG Dresden (DE) 24.11.1998 – 14 U 713/98, *unalex DE-111*; OGH (AT) 12.11.1998 – 2 Ob 304/98i – Z. / A. und L., *unalex AT-143*; OGH (AT) 28.07.1998 – 1 Ob 173/98t,

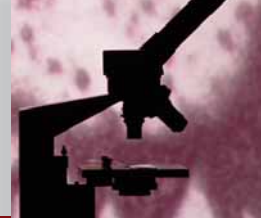
unalex AT-139; HG Wien (AT) 04.03.1997 – 1 R 40/97x – C. / L., *unalex AT-248*.
(196) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*; Corte d'Appello Milano (IT) 24.10.2005 – 2476/05, *unalex IT-283*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005 – 770, *unalex IT-185*; Corte di Cassazione (IT) 15.02.2005 – 2983, *unalex IT-187*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OGH (AT) 29.03.2004 – 5 Ob 313/03w, *unalex AT-86*; OGH (AT) 18.11.2003 – 4Ob191/03x, *unalex AT-10*; Corte d'Appello Milano (IT) 19.09.2003 – Maglificio Mida SRL / Alma SA, *unalex IT-268*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 18.06.2003 – 2557/02, *unalex PT-31*; Corte di Cassazione (IT) 18.10.2002 – 14837, *unalex IT-9*; OLG Koblenz (DE) 04.10.2002 – 8 U 1909/01, *unalex DE-439*; LG Freiburg (DE) 26.04.2002 – 8 O 417/01, *unalex DE-1027*; Corte di Cassazione (IT) 15.03.2002 – 3876, *unalex IT-10*; OLG Koblenz (DE) 11.10.2001 – 2 U 125/01, *unalex DE-444*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001 – 99-18582, *unalex FR-68*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001 – 99-14844, *unalex FR-3*; LG Trier (DE) 07.12.2000 – 7 HK O 155/00, *unalex DE-1020*; Corte di Cassazione (IT) 19.06.2000 – 448, *unalex IT-5*; OLG Stuttgart (DE) 28.02.2000 – 5 U 118/99, *unalex DE-568*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999 – 895, *unalex IT-105*; OLG München (DE) 03.12.1999 – 23 U 4446/99, *unalex DE-701*; Corte di Cassazione (IT) 29.11.1999 – 828, *unalex IT-110*; OGH (AT) 12.11.1998 – 2 Ob 304/98i – Z. / A. und L., *unalex AT-143*; OLG Braunschweig (DE) 28.10.1999 – 2 U 27/99, *unalex DE-825*; OLG Celle (DE) 11.11.1998 – 9 U 87/98, *unalex DE-106*; OGH (AT) 10.09.1998 – 6 Ob 216/98b, *unalex AT-141*; OGH (AT) 28.07.1998 – 1 Ob 173/98t, *unalex AT-139*; Cour de cassation (FR) 16.07.1998 – 96-11984, *unalex FR-97*; OLG München (DE) 09.07.1997 – 7 U 2246/97, *unalex DE-691*; Corte di Cassazione (IT) 08.05.1998 – 4668, *unalex IT-94*; AG Berlin-Tiergarten (DE) 13.03.1997 – 2 C 22/97, *unalex DE-572*; Bundesgericht (CH) 18.01.1996 – BGE 122 III 43 – Firma T. SRL / Firma S. AG, *unalex CH-17*; OLG München (DE) 22.09.1995 – 23 U 3750/95, *unalex DE-584*; OLG Schleswig-Holstein (DE) 27.04.1995 – 11 U 191/93, *unalex DE-1198*; Cour d'appel Mons (BE) 02.03.1994 – 16430, *unalex BE-72*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993 – 4 U 61/92, *unalex DE-84*; Corte di Cassazione (IT) 21.12.1992

– 13568, *unalex IT-71*; Tribunale Verona (IT) 20.07.1992 – Maglificio Eldem SPA / Ditta Balloon Premaman, *unalex IT-134*; BGH (DE) 13.05.1992 – VIII ZR 154/91, *unalex DE-54*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 20.12.1991, *unalex BE-62*; Corte di Cassazione (IT) 03.12.1990 – 11557, *unalex IT-59*; Corte di Cassazione (IT) 17.08.1990 – 8359, *unalex IT-56*; Corte di Cassazione (IT) 08.02.1990 – 859, *unalex IT-48*; Corte di Cassazione (IT) 24.08.1989 – 3751, *unalex IT-42*; Corte di Cassazione (IT) 20.07.1989 – 3398, *unalex IT-40*; Corte di Cassazione (IT) 24.10.1988 – 5739, *unalex IT-34*; Corte di Cassazione (IT) 15.10.1987 – 7625, *unalex IT-22*; OLG München (DE) 17.10.1986 – 23 U 2762/86, *unalex DE-483*; OLG Düsseldorf (DE) 09.07.1986 – 17 U 162/85, *unalex DE-506*; Corte di Cassazione (IT) 21.05.1986 – 3376, *unalex IT-25*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986 – 1971, *unalex IT-24*; Corte di Cassazione (IT) 16.01.1986 – 220, *unalex IT-147*; BGH (DE) 04.04.1979 – VIII ZR 199/78, *unalex DE-474*.

- (197) En aquest sentit, vegeu ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU-129*.
(198) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes Suhadwarno Panjan, *unalex EU-60*.
(199) ECJ 17.01.1980 – 56/79 – Zelger / Salintri, *unalex EU-19*.
(200) ECJ 17.01.1980 – 56/79 – Zelger / Salintri, *unalex EU-19*; vegeu també OLG Wien (AT) 01.06.2004 – 3 R 68/04y, *unalex AT-74*; BGH (DE) 02.10.2002 – VIII ZR 163/01, *unalex DE-12*; OGH (AT) 15.01.2002 – 5 Ob 312/01w, *unalex AT-598*; OLG Köln (DE) 19.07.1995 – 13 W 22/95, *unalex DE-688*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993 – 4 U 61/92, *unalex DE-84*; OLG Hamm (DE) 27.02.1985 – 20 U 222/84, *unalex DE-692*; per a afirmacions anàlogues respecte del Conveni de Lugano, vegeu OLG Dresden (DE) 24.11.1998 – 14 U 713/98, *unalex DE-111*; Bundesgericht (CH) 21.02.1996 – 122 III 249 – K. / B., *unalex CH-16*.
(201) Així també, amb referència al Reglament Brussel·les I, OGH (AT) 08.09.2009 – 1Ob146/09s, *unalex AT-647*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; vegeu també Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*; LG Mainz (DE) 13.02.1976 – 1 RO 138/75, *unalex DE-742*.



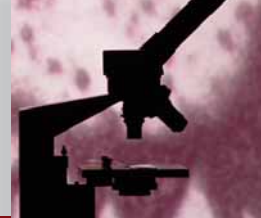
- (202) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*; ECJ 20.02.1997 – C-106/95 – MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft / Les Gravières Rhénanes, *unalex EU-99*; vegeu també BGH (DE) 16.06.1997 – II ZR 37/94, *unalex DE-72*; OLG Hamburg (DE) 08.03.1996 – 14 U 86/95, *unalex DE-86*; BGH (DE) 17.10.1984 – I ZR 130/82, *unalex DE-309*; OLG Hamm (DE) 20.01.1977 – 2 U 120/76, *unalex DE-490*; vegeu també OLG Frankfurt (DE) 06.11.1979 – 5 U 39/79, *unalex DE-520*, en què el Tribunal esmenta la qüestió sense determinar, tanmateix, si en el cas concret l'elecció es feia, de fet, per eludir els requisits que establia una pròrroga; en aquest sentit, vegeu també OLG Bremen (DE) 06.04.1978 – 2 U 126/77, *unalex DE-515*.
- (203) Tribunale Milano (IT) 23.01.1989 – Baldi / Società Metraplan, *unalex IT-141*.
- (204) En aquest sentit, expressament, OGH (AT) 08.09.2009 – 10b146/09s, *unalex AT-647*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*.
- (205) BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*; BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; OGH (AT) 16.12.2003 – 4 Ob 147/03a, *unalex AT-39*.
- (206) Vegeu també BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*.
- (207) Vegeu LG Trier (DE) 08.01.2004 – 7 HK.O 134/03, *unalex DE-461*; Bundesgericht (CH) 21.02.1996 – 122 III 249 – K. / B., *unalex CH-16*; Tribunal de commerce Liège (BE) 09.01.1989 – 126C/88, *unalex BE-47*.
- (208) OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005 – 5 U 8/05, *unalex DE-607*.
- (209) Vegeu Cour de cassation (FR) 26.05.1998 – 96-15909, *unalex FR-171*, amb referència al Conveni de Brussel·les.
- (210) OGH (AT) 14.12.2004 – 1 Ob 94/04m, *unalex AT-11*.
- (211) Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-17757, *unalex FR-209*; Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-18641, *unalex FR-210*; Cour d'appel Liège (BE) 09.12.2002 – 2000.RG.1395, *unalex BE-14*; Cour d'appel Liège (BE) 05.03.2002, *unalex BE-13*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992 – 11862, *unalex BE-65*.
- (212) Tribunal d'arrondissement (LU) 22.11.1985 – 1195/85, *unalex LU-84*.
- (213) OGH (AT) 28.10.1997 – 4 Ob 313/97a, *unalex AT-127*.
- (214) En contra, aparentement, Audiència Provincial Madrid (ES) 27.06.2003 – 903/2002, *unalex ES-38*.
- (215) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*.
- (216) Vegeu HAU, «Der Vertragsgerichtsstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption», a *IPrax*, 2000, pàg. 360.
- (217) Vegeu Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (218) Cour de Cassation 1ère chambre civile (FR) 19.03.2008 – 06.17561, *unalex FR-533*; OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*; OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*.
- (219) Per a supòsits de demandes fundades en l'incompliment d'un contracte de concessió exclusiu per al territori d'un sol Estat, vegeu Corte di Cassazione (IT) 06.08.1998 – 7714, *unalex IT-93*; Cour de cassation (FR) 27.02.1996 – 94-15205, *unalex FR-149*; Corte di Cassazione (IT) 13.12.1993 – 12263, *unalex IT-136*; Tribunal d'arrondissement (LU) 21.04.1988 – 37 760, *unalex LU-56*; Cour de cassation (FR) 08.01.1985 – 83-12542, *unalex FR-157*; Cour de cassation (FR) 13.11.1980 – 78-10386, *unalex FR-252*; Cour de cassation (FR) 27.11.1979 – 78-14758, *unalex FR-130*.
- (220) FRANZINA, «Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001», a *Rivèase dir. int. privéase proc.*, 2002, pàg. 402.
- (221) Per a una hipòtesi diferent, vegeu Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.01.2002 – A3/2001/1161 – Kenburn Waste Management / Heinz Bergmann, *unalex UK-78*.
- (222) ECJ 19.02.2002 – C-256/00, Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH, *unalex EU-89*; en contra, en la jurisprudència nacional, Pretore Padova (IT) 12.05.1986 – Società Officine Giuseppe Sordina SPA / Blanc & Co. Metallwarenfabrik, *unalex IT-178*.
- (223) Corte di Cassazione (IT) 26.07.2006 – 16995 – Artex Trading SA / Italian Fashion Company, *unalex IT-228*; BGH (DE) 30.04.2003 – III ZR 237/02, *unalex DE-36*; Hoge Raad (NL) 24.09.1999 – 2000/48, *unalex NL-520*; Cour de cassation (FR) 09.12.1997 – 95-17619, *unalex FR-166*.
- (224) Per a exemples de rebel·lia contra les previsions de la norma Tessili, vegeu, entre altres, Cour de cassation (FR) 11.03.1997 – 94-15591, *unalex FR-169*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 19.03.1999 – Qbeni 98/0813/1 – Viskase Limited / Paul Kiefal GmbH, *unalex UK-47*.
- (225) DROZ, «Delendum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», a *Recueil Dalloz*, 1997, «Chronique», pàg. 351.
- (226) Conclusions de l'avocat general Ruiz Jarabo Colomer, del 16 de febrer del 1999, a GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*.
- (227) JAYME, «Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer – Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ», a *IPrax*, 1995, pàg. 13.
- (228) CLERICI, «Forum solutionis e Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 al vaglio della giurisprudenza italiana», a *Rivèase dir. intern. privéase proc.*, 1997, pàg. 883, sub nota 32.
- (229) DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torí, 1999, pàg. 377.
- (230) Vegeu OGH (AT) 12.11.1998 – 2 Ob 304/98i – Z. / A. und L., *unalex AT-143*.
- (231) Ephetio Thessaloniki (GR) 31.01.2002 – 324/2002, *unalex GR-66*.
- (232) Vegeu Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*.
- (233) Corte di Cassazione (IT) 11.12.1987 – 9214, *unalex IT-31*; Corte di Cassazione (IT) 22.05.1986 – 3411, *unalex IT-149*.
- (234) Bundesgericht (CH) 25.07.2000 – 4C.350/1999/rnd, *unalex CH-263*.
- (235) Vegeu, expressament, Cour d'appel Liège (BE) 09.12.2002 – 2000.RG.1395, *unalex BE-14*; Cour d'appel Liège (BE) 05.03.2002, *unalex BE-13*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992 – 11862, *unalex BE-65*; vegeu també Tribunal civil Bruxelles (BE) 06.06.2002 – 2001/10474/A, *unalex BE-12*, on s'estableix que, en tot cas, cal tenir en compte també els usos que, en el cas concret, feien que l'obligació pecuniària fos portable.
- (236) Vegeu Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-17757, *unalex FR-209*; Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-18641, *unalex FR-210*; Cour de cassation (FR) 22.02.1997 – 94-20595, *unalex FR-144*.
- (237) Vegeu OLG Düsseldorf (DE) 06.07.2004 – I-24 U 253/03, *unalex DE-817*; BARBG (DE) 20.08.2003 – 5 AZR 45/03, *unalex DE-1669*; OLG Düsseldorf (DE)



- 16.03.2000 – 6 U 90/99, *unalex DE-43*; Kammergericht Berlin (DE) 28.05.1999 – 21 U 1947/99, *unalex DE-60*; OLG Dresden (DE) 24.11.1998 – 14 U 713/98, *unalex DE-111*; LG München II (DE) 17.09.1984 – 1 HKO 1673/84, *unalex DE-314*; OLG Köln (DE) 23.02.1983 – 16 U 136/82, *unalex DE-611*; OLG Stuttgart (DE) 12.02.1981 – 10 U 195/80, *unalex DE-569*.
- (238) Tribunal d'arrondissement (LU) 22.11.1985 – 1195/85, *unalex LU-84*.
- (239) FORSYTH i MOSER, «The impact of the applicable law of contract on the law of jurisdiction under the European conventions», a *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pàg. 195.
- (240) Conclusions de l'advocat general Léger, del 16 de març del 1999, a C-420/97 – Leathertex / Bodetex, pàg. 114.
- (241) Vegeu també BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-167*.
- (242) Vegeu Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005 – 770, *unalex IT-185*; en la doctrina, vegeu JAYME, «Ein Klägersgerichtsstand für den Verkäufer – Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ», a *IPrax*, 1995, pàg. 14.
- (243) Conclusions de l'advocat general Lenz, a C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, pàg. 73-74.
- (244) BOSCHIERO, «Forum destinatae solutionis e norme materiali uniformi sulla vendita internazionale», a *Collisio Legum. Studi di Diritto internazionale privato per Gerardo Broggin*, Milà, 1997, pàg. 70-71.
- (245) Vegeu també les conclusions de l'advocat general Léger, del 16 de març del 1999, a C-420/97 – Leathertex / Bodetex, pàg. 122.
- (246) Vegeu ECJ 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*; ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes Suhadwarno Panjan, *unalex EU-60*.
- (247) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*.
- (248) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*.
- (249) Vegeu OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*.
- (250) Per a aquest propòsit, vegeu Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (251) Així, expressament, ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pàg. 22; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*; OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1649*; OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03, *unalex AT-12*.
- (252) Així, ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex xxx*; ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*.
- (253) Vegeu Tribunal Suprem (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex ES-6*, on s'afirma expressament que no pot ser rellevant el lloc de pagament del preu.
- (254) Així, Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 12.12.2005 – 12.12.2005 – C. M. V. Ceramiche SPA / Bischof und Klein GmbH & Co. Kg, *unalex IT-279*; LG Münster, 22.12.2004, a *Juris-Datenbank*.
- (255) OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*; OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*; OGH (AT) 28.09.2005 – 7 Ob 149/05w, *unalex AT-162*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*; OGH (AT) 02.09.2003 – 1 Ob 123/03z, *unalex AT-38*.
- (256) OLG Frankfurt am Main (DE) 31.01.2006 – 16 U 103/05, *unalex DE-687*, que ha considerat competent el jutge del *locus traditionis* també en cas de demandes basades en contractes de fiança formalitzats després del negoci de compravenda; en contra, vegeu Tribunal d'arrondissement (LU) 12.07.2001 – 541/01, *unalex LU-63*, i també, en cas de demandes acumulades: OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03, *unalex AT-10*.
- (257) OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*.
- (258) OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*.
- (259) Vegeu la Proposta de Reglament CE del Consell, relativa a la competència judicial, al reconeixement i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, de 14 de juliol del 1999, COM (1999) 348 def., on podem llegir:
«Les persones domiciliades en un Estat membre poden ser demandades en un altre Estat membre:
(1).
a) en matèria contractual, davant del tribunal del lloc en què s'hagi complert o s'hauria d'haver complert l'obligació que serveix de base per a la demanda;
b) tret que hi hagi un pacte en contra, aquest lloc és:
– quan es tracti d'una compravenda de mercaderies, el lloc de l'Estat membre en què, segons el contracte, hagin estat o haurien d'haver estat entregades les mercaderies
– quan es tracti d'una prestació de serveis, el lloc de l'Estat membre en què, segons el contracte, hagin estat o haurien d'haver estat presats els serveis».
- (260) Vegeu, respecte dels contractes de compravenda, OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; amb relació als contractes de prestació de serveis, vegeu OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*.
- (261) En el sentit que aquest pacte no es pot, sens dubte, deduir del simple fet que els contractants hagin aplicat el Conveni de Viena o n'hagin exclòs l'aplicació: OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*.
- (262) Per a aquesta qualificació, vegeu BROGGINI, «Forum destinatae solutionis: Passato, presente, futuro», a *Rivista dir. int. privé proc.*, 2000, pàg. 28.
- (263) WITZ, «The place of performance of the obligation to pay the price», a *Journal of Law and Commerce*, 2005, pàg. 330-331.
- (264) En la jurisprudència, vegeu OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*.
- (265) OLG Dresden (DE) 11.06.2007 – 3 U 336/07, *unalex DE-1708*.
- (266) OLG Wien (AT) 26.02.2007 – 13R24/07f, *unalex AT-372*.
- (267) En aquest sentit, KROPHOLLER, «Article 5», *op. cit.*, pàg. 137; KANNOVSKI, GERLING y BURRET, «Zum internationalen Gerichtsstand der Kaufpreisklage im Wechselspiel von EuGVVO und UN-Kaufrecht», a *Internationales Handelsrecht*, 2008, pàg. 5; en



- la jurisprudència, vegeu Corte di Cassazione (IT) 05.10.2009 – 21191, *unalex IT-439*.
- (268) ECJ 20.02.1997 – C-106/95 – MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft / Les Gravières Rhénanes, *unalex EU-99*.
- (269) LEIBLE, «Article 5», *op. cit.*, pàg. 114, Rn. 57; Tribunale Bolzano 18.09.2006, a *Giur. it.*, 2006, pàg. 428.
- (270) FRANZINA, «La giurisdizione in materia contrattuale. L'articolo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni», *op. cit.*, pàg. 300.
- (271) BGH (DE) 02.10.2002 – VIII ZR 163/01, *unalex DE-12*.
- (272) En la jurisprudència, vegeu BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*.
- (273) Vegeu OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OGH (AT) 03.04.2008 – 10b205/07i, *unalex AT-377*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*; OGH (AT) 30.01.2007 – 50b4/07k, *unalex AT-520*.
- (274) Cour de cassation (FR) 09.07.2008 – 07.171295, *unalex FR-1016*.
- (275) OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; en doctrina, vegeu CZERNICH, TIEFENTHALER i KODEK, *Kurzkomentar Europäisches Gerichtsstands und Vollstreckungsrecht. EuGVO und Lugano Übereinkommen*, 2a ed., Viena, 2003, pàg. 71; MAGNUS, «Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit in der neuen EGVO», a *Internationales Handelsrecht*, 2002, pàg. 47; SALERNO, «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita», a *Rivése dir. int. privéase proc.*, 2007, pàg. 389; SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht: EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO. Kommentar*, 2a ed., Munic, 2003, pàg. 73.
- (276) Vegeu, per totes, Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (277) RAGNO, *Convenzione di Vienna e Diritto europeo*, Pàdua, 2009, pàg. 5.
- (278) TROIANO, «The exclusion of the seller's liability for recognizable lacks of conformity under the CISG and the new European Sales Law: The changing fortunes of a notion of variable content», a FERRARI [ed.], *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences. Verona Conferences 2003*, Milà, 2003, pàg. 147 i seg.
- (279) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*;
- FERRARI, «L'interpretazione autonoma del Regolamento CE 44/2001 e, in particolare, del concetto di *luogo di adempimento dell'obbligazione* di cui all'articolo 5, n. 1, lett. b», a *Giur. it.*, 2006, pàg. 1022; MAYR i CZERNICH, *Europäisches Zivilprozessrecht. Eine Einführung*, Viena, 2006, pàg. 81; en contra, Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*, on s'afirma: «El Conveni de Viena, que és font de dret material uniforme, estranya el dret comunitari».
- (280) Per a aquest concepte, vegeu FERRARI, «La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», a GALGANO [dir.], *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, 2a ed., vol. XXI, Pàdua, 2006, pàg. 118-119.
- (281) OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*.
- (282) Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*; en la doctrina, vegeu LUPOI, «Il nuovo "foro" per le controversie contrattuali», a *Rivése trim. dir. proc. civéase*, 2007, pàg. 504.
- (283) FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'articolo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Pàdua, 2006, pàg. 314.
- (284) GEIMER, «Artículo 5», a GEIMER i SCHÜTZE [ed.], *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 2a ed., Munic, 2004, pàg. 176, Rn. 88.
- (285) MANKOWSKI, «Artículo 5», a MAGNUS i MANKOWSKI [ed.], *Brussels I Regulation*, Munic, 2007, Rn. 73.
- (286) MANKOWSKI, «Artículo 5», *op. cit.*, Rn. 77.
- (287) Vegeu Audiència Provincial València (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*.
- (288) FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'articolo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *op. cit.*, pàg. 315.
- (289) Sobre aquest punt, vegeu WURMNEST, «UN-Kaufrecht und Gerichtsstand des Erfüllungsort bei Nichterfüllung einer Alleinvertriebsvereinbarung», a *Internationales Handelsrecht*, 2005, pàg. 113.
- (290) Polymeles Protodikeio Athens (GR) 16.12.2003 – 5409/2003, *unalex GR-14*.
- (291) En aquest sentit, vegeu Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 16.04.2008 – 07-14697, *unalex FR-450*; Cour de cassation (FR) 05.03.2008 – 06-21949, *unalex FR-407*; Audiència Provincial València (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*;
- Cour d'appel Lyon (FR) 09.09.2004 – 2004/00108, *unalex FR-355*; en un sentit diferent, vegeu OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*; OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*.
- (292) Audiència Provincial València (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*.
- (293) Per a aquest propòsit, vegeu OGH (AT) 30.01.2007 – 50b4/07k, *unalex AT-520*.
- (294) OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*; OGH (AT) 30.01.2007 – 50b4/07k, *unalex AT-520*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*.
- (295) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; en la doctrina, vegeu MANKOWSKI, «Artículo 5 Brussels I Regulation», a MAGNUS i MANKOWSKI, Munic, 2007, Rn. 72.
- (296) BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; THEISS i BRONNEN, «Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Werklieferungsvertrages», a *EWS*, 2004, pàg. 355.
- (297) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex xxx*.
- (298) En aquest sentit, vegeu BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*.
- (299) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*; OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*.
- (300) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*.
- (301) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*; en sentit anàleg, en la jurisprudència nacional, vegeu OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*.
- (302) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994 – 10910, *unalex IT-79*.
- (303) FERRARI, «Ancora in materia di Regolamento (CE) 44/2001 e del concetto di *luogo di consegna dei beni* di cui al suo articolo 5 n. 1 lett. b», a *Giust. civéase*, vol. I, 2007, pàg. 1411.
- (304) Tribunale Padova (IT) 25.02.2004 – 40552 – SOMAGRI SAS / Erzeugerorga-



- nisation, *unalex IT-222*; Tribunale Rimini (IT) 26.11.2002 – 3095 – Al Palazzo SRL / Bernardaud SA, *unalex IT-219*.
- (305) OGH (AT) 06.02.1996 – 10 Ob 518/95 – Friedrich S. OHG / H. GmbH UA, *unalex AT-308*.
- (306) LG Flensburg (DE) 19.01.2001 – 4 O 369/99, *unalex DE-1021*.
- (307) OLG Köln (DE) 21.05.1996 – 22 U 4/96, *unalex DE-850*.
- (308) LEIBLE, «Artículo 5», *op. cit.*, pàg. 110, Rn. 4.
- (309) LG München I (DE) 29.05.1995 – 21 O 23363/94, *unalex DE-953*.
- (310) KROPHOLLER, «Artículo 5», *op. cit.*, pàg. 132.
- (311) Hof van Beroep Gent (BE) 24.11.2004 – 1998/AR/2613 – SRL Orintix / NV Fabelta Ninove, *unalex BE-241*; OLG Köln (DE) 26.08.1994 – 19 U 282/93, *unalex DE-874*.
- (312) FERRARI, «La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», *op. cit.*, pàg. 159-162.
- (313) MAGNUS, «Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortszuständigkeit in der neuen EuGVO», *op. cit.*, pàg. 47.
- (314) FERRARI, «Ancora in materia di Regolamento (CE) 44/2001 e del concetto di luogo di consegna dei beni di cui al suo articolo 5 n. 1 lett. b)», *op. cit.*, pàg. 1411.
- (315) Així, expressament, en la jurisprudència, vegeu BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*.
- (316) OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OLG Saarbrücken (DE) 02.08.2007 – 8 U 295/06 – 74, *unalex DE-1545*; OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*; OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03a, *unalex AT-12*.
- (317) OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OGH (AT) 24.01.2008 – 20b 192/07k, *unalex AT-384*; OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*; OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003 – I-23 U 199/02, *unalex DE-524*.
- (318) OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*.
- (319) En la jurisprudència, vegeu OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003 – I-23 U 199/02, *unalex DE-524*; en la doctrina, vegeu AUER, «Erläuterungen zu der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil und Handelsachen (Europäische Gerichtsstands und Vollstreckungsverordnung – Eu-GVO), a BÜLOW, BOCKSTIEGEL, GEIMER i SCHÜTZE [ed.], *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil-und Handelssachen*, Munic, 2005, pàg. 540, Rn. 56; LEIBLE, «Artículo 5», *op. cit.*, 110, Rn. 49.
- (320) En la jurisprudència, vegeu OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007 – I-16 U 230/06, *unalex DE-806*; OLG Koblenz (DE) 13.03.2008 – 6 U 947/07, *unalex DE-793*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*.
- (321) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.
- (322) Contràriament, en sentit favorable a una interpretació extensiva, vegeu, en la jurisprudència nacional, OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*; OGH (AT) 07.02.2006 – 4 Nc 5/06g, *unalex AT-266*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*.
- (323) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.
- (324) OGH (AT) 08.09.2009 – 4Ob90/09b, *unalex AT-646*.
- (325) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.
- (326) En el sentit que aquest negoci pertany a la categoria de l'article 5, apartat 1, lletra b), segon incís, vegeu Corte di Cassazione (IT) 19.05.2009 – 11532, a *Jurisdata*; Tribunal d'arrondissement (LU) 18.10.2007 – 109205, *unalex LU-159*.
- (327) Per a una afirmació favorable a l'aplicabilitat general de l'article 5, apartat 1, lletra b), amb relació a un contracte de *franchising*, Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009 – 6C1136/08g, *unalex AT-614*.
- (328) Vegeu OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*; OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03a, *unalex AT-12*; en el supòsit concret, tanmateix, es pot aplicar aquest criteri de competència judicial també a un contracte d'un dels tipus esmentats, quan no hi hagi els requisits per a l'aplicabilitat del criteri preferent; vegeu Audiència Provincial Balears (ES) 02.12.2004 – 570/2004 – Policlínica Nuestra Señora del Rosario, SA / Leisuricare Insurance Servicens Ltd., *unalex ES-76*.
- (329) Cour d'appel (LU) 12.06.2008 – 31612, *unalex LU-183*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*, on, això no obstant, de fet es va procedir a localitzar no l'obligació que caracteritza el contracte d'agència, sinó l'obligació presentada a judici; OLG Koblenz (DE) 13.03.2008 – 6 U 947/07, *unalex DE-793*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.2007 – 26746, *unalex IT-404*; OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007 – I-16 U 230/06, *unalex DE-806*; OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*; Cour de cassation (FR) 03.10.2006 – 04-14233, *unalex FR-348*; Tribunale Genova (IT) 07.08.2006 – 2408/05, *unalex IT-276*; Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006 – 11093, *unalex IT-205*.
- (330) OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003 – I-23 U 199/02, *unalex DE-524*.
- (331) OGH (AT) 07.02.2006 – 4 Nc 5/06g, *unalex AT-266*.
- (332) Cour de cassation (FR) 11.07.2006 – 05-18021, *unalex FR-323*; Cour d'appel Limoges (FR) 07.06.2005 – 625, *unalex FR-351*; OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 15.02.2005 – 04A4419, *unalex PT-10*.
- (333) OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*; OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*.
- (334) Tribunal d'arrondissement (LU) 14.03.2008 – 109162, *unalex LU-178*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*.
- (335) Vegeu OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*, segons la qual el lloc d'execució és el lloc de la seu del bufet de l'advocat; vegeu també BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*; Justice de Paix Namur (BE) 03.02.1990, *unalex BE-54*; BGH (DE) 29.01.1981 – III ZR 1/80, *unalex DE-734*; Tribunale Milano (IT) 23.01.1989 – Baldi / Società Metraplan, *unalex IT-141*, on la competència judicial dels tribunals del país en què es troba el bufet de l'advocat es fa dependre, tanmateix, d'un



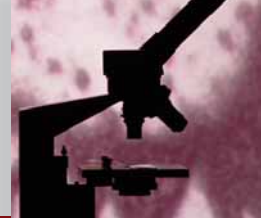
acord implícit entre els contractants sobre el lloc d'execució, admissible ex article 5, apartat 1, amb les condicions esmentades abans.

- (336) Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006 – 04/09253m, *unalex FR-242*.
- (337) OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*.
- (338) OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005 – 5 U 8/05, *unalex DE-607*.
- (339) OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*.
- (340) OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03a, *unalex AT-12*.
- (341) OLG Saarbrücken (DE) 02.08.2007 – 8 U 295/06 – 74, *unalex DE-1545*.
- (342) Vegeu LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*.
- (343) OGH (AT) 08.09.2009 – 4Ob90/09b, *unalex AT-646*.
- (344) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*.
- (345) ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU-129*.
- (346) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005 – 770, *unalex IT-185*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999 – 895, *unalex IT-105*; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995 – 6499, *unalex IT-85*; BGH (DE) 12.05.1993 – VIII ZR 110/92, *unalex DE-95*.
- (347) OGH (AT) 08.09.2009 – 4Ob90/09b, *unalex AT-646*.
- (348) Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 16.04.2008 – 07-14697, *unalex FR-450*; Audiència Provincial València (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*; Cour de cassation (FR) 23.01.2007 – 05-12166, *unalex FR-163*, on s'afirma també que el contracte de distribució no constitueix ni tan sols un contracte de prestació de serveis; Cour d'appel Lyon (FR) 09.09.2004 – 2004/00108, *unalex FR-355*.
- (349) Audiència Provincial València (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*; Cour de cassation (FR) 23.01.2007 – 05-12166, *unalex FR-163*; contra Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 16.04.2008 – 07-14697, *unalex FR-450*.
- (350) Vegeu OLG Oldenburg (DE) 05.01.2000 – 4 U 34/99, *unalex DE-1018*; OLG Hamburg (DE) 05.10.1998 – 12 U 62/97, *unalex DE-882*; BGH (DE) 23.07.1997 – VIII ZR 130/96, *unalex DE-920*; en contra, Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999 – 895, *unalex IT-105*.
- (351) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; en la jurisprudència nacional, vegeu BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03,

unalex DE-492; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*.

- (352) OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*.
- (353) OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*.
- (354) Vegeu Tribunal de commerce (LU) 14.01.1999 – 47824, *unalex LU-70*.
- (355) LG Düsseldorf (DE) 11.01.2005 – 16 O 201/04, *unalex DE-480*.
- (356) JUNKER, «Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung – Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts», a *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2002, pàg. 572.
- (357) WITZ, «The place of performance of the obligation to pay the price», *op. cit.*, pàg. 329.
- (358) PILTZ, *Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträge*, *op. cit.*, pàg. 55; en la jurisprudència, vegeu OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*.
- (359) SILVESTRI, «L'interpretazione del "luogo di consegna" ai sensi del novellato articolo 5, n. 1, lett. b) Reg. 44/2001: Qualche osservazione sui limiti del criterio fattuale», a *Int'L Lis*, 2004, pàg. 134 i seg.
- (360) GSELL, «Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel I-Verordnung», a *IPrax*, 2002, pàg. 491; MANKOWSKI, «Der Erfüllungsortsbegriff unter Artículo 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO – ein immer größer werdendes Rätsel?», a *Internationales Handelsrecht*, 2009, pàg. 47.
- (361) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*; OGH (AT) 30.05.2007 – 7Ob112/07g, *unalex AT-362*.
- (362) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*.
- (363) En sentit crític, GARDELLA, «The ECJ in Search of Legal Certainty: The Color Drack Decision», a *Yearbook of Private International Law*, 2007, pàg. 447.
- (364) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*.
- (365) Per a aquesta solució, en la jurisprudència, vegeu BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*.
- (366) LEIBLE i REINART, «Gerichtsstand bei Verkauf beweglicher Sachen mit mehreren Lieferorten in einem Mitgliedstaat», a *Europäischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, pàg. 373.

- (367) ECJ 13.07.06 – C-103/05 – Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH, *unalex EU-137*.
- (368) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.
- (369) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.
- (370) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.
- (371) Vegeu OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*; OGH (AT) 30.05.2007 – 7Ob112/07g, *unalex AT-362*; OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*; OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*.
- (372) SILVESTRI, «Brevi note in tema di proroga di competenza e forum contractus nel passaggio dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 al Regolamento 44/2001», a *Foro it.*, 2006, c. 2192.
- (373) Sobre aquesta qüestió, vegeu ELTZSCHIG, «Art 5 Nr lit b EuGVO: Ende oder Fortführung von forum factoris und Erfüllungsortbestimmung *lege causae*», a *IPrax*, 2002, pàg. 481 i seg.; GSELL, «Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüsseler I-Verordnung», *op. cit.*, pàg. 487; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3a ed., Munic, 2002, pàg. 123.
- (374) LG Freiburg (DE) 13.05.2005 – 2 O 401/04, *unalex DE-1071*.
- (375) OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*.
- (376) OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*.
- (377) OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; vegeu, en referència al Conveni de Brussel·les, BayObLG (DE) 29.06.2001 – 4Z AR 56/01, *unalex DE-548*.
- (378) CARBONE, «Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE n. 44/2001», a CARBONE, FRIGO i FUMAGALLI [ed.], *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milà, 2004, pàg. 20.
- (379) OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*.
- (380) Vegeu OGH (AT) 01.10.2008 – 6Ob176/08p, *unalex AT-561*.



- (381) Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436 – Bourjois SAS / Gommatex Poliuretani SPA, *unalex IT-216*.
- (382) OGH (AT) 01.10.2008 – 6Ob176/08p, *unalex AT-561*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*.
- (383) Corte di Cassazione (IT), 05.10.2009 – 21191, *unalex IT-439*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*; OLG Dresden (DE) 11.06.2007 – 3 U 336/07, *unalex DE-1708*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 – [2006] EWCA Civ 1750 – Scottish & Newcastle International Ltd. / Othon Ghalanos Ltd., *unalex UK-242*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*; OLG Frankfurt am Main (DE) 31.01.2006 – 16 U 103/05, *unalex DE-687*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*; OLG Hamm (DE) 06.12.2005 – 19 U 120/05, *unalex DE-1067*; Tribunale Verona (IT) 22.02.2005 – 541/05, *unalex IT-186*; OGH (AT) 14.12.2004 – 1 Ob 94/04m, *unalex AT-11*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224, *unalex IT-117*.
- (384) FAWCETT, HARRIS i BRIDGE, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, 2005, pàg. 108; STAUDINGER, «Einl. Brüssel I-VO», a RAUSCHER [ed.], *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, 2a ed., Munic, 2006, pàg. 27.
- (385) Tribunale Vicenza, ord. 27.2.2009, ined.; Tribunale Bolzano (IT) 18.09.2006, a *Giur. it.*, 2006, pàg. 428; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (386) OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*.
- (387) Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299, *unalex IT-235*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436, *unalex IT-216*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (388) Así, OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1639*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 14.01.2007 – 13891, *unalex IT-401*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436, *unalex IT-216*; Corte di Cassazione (IT) 27.09.2006 – 20887, *unalex IT-206*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Tribunale Verona (IT) 09.12.2006 – 2488/2004 R. G. – Specchiasol SRL / Laboratorios Vendrell [...], *unalex IT-217*.
- (389) Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436, *unalex IT-216*; Corte di Cassazione (IT) 27.09.2006 – 20887, *unalex IT-206*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; en la doctrina, vegeu FERRARI, «L'interpretazione autonoma del Regolamento CE 44/2001 e, in particolare, del concetto di «luogo di adempimento dell'obbligazione» di cui all'articolo 5, n. 1, lett. b», *op. cit.*, pàg. 1023; FAWCETT, HARRIS i BRIDGE, *International sales of goods in the conflict of laws*, Oxford, 2005, pàg. 108; SALERNO, «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita», a *Riveste dir. int. privée proc.*, 2007, pàg. 390 i seg.
- (390) OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*.
- (391) FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'articolo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *op. cit.*, pàg. 390 i seg.
- (392) Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299 – Dpt. Duroplast-Technik Verwaltungs GmbH / Chemiplastica SPA, *unalex IT-235*; Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296 – Formeco SRL / SA Eco-Dec N. V., *unalex IT-231*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941 – Euro Elevators SPRL / Centoducati SPA, *unalex IT-236*; Rechtbank van Koophandel Kortrijk (BE) 04.12.2003 – AR/04279/03, *unalex BE-459*.
- (393) BGH (DE) 09.07.2008 – VIII ZR 184/07, *unalex DE-1583*.
- (394) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*.
- (395) Corte di Cassazione (IT) 5.10.2009 – 21191, in *Jurisdata*.
- (396) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (397) House of Lords (UK) 20.02.2008 – [2008] UKHL 11 – Scottish & Newcastle International Limited / Othon Ghalanos Limited, *unalex UK-349*; OGH (AT) 14.12.2004 – 1 Ob 94/04m, *unalex AT-11*.
- (398) Amb tot, vegeu l'opinió contrari, constantment expressada per la Corte di Cassazione italiana; entre altres, Corte di Cassazione (IT) 5.10.2009, n. 21191, a *Jurisdata*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299 – Dpt. Duroplast-Technik Verwaltungs GmbH / Chemiplastica SPA, *unalex IT-235*; en termes dubitatius, vegeu OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*, que considera necessari atendre a les particularitats del cas concret.
- (399) MAGNUS i LÜSING, «CISG und INCOTERMS. Leistungsverzug und Fixgeschäft», a *Internationales Handelsrecht*, 2007, pàg. 6; PILT, *Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträge*, *op. cit.*, pàg. 55; BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*; House of Lords (UK) 20.02.2008 – [2008] UKHL 11 – Scottish & Newcastle International Limited / Othon Ghalanos Limited, *unalex UK-349*, amb relació a una clàusula FOB; Court of Appeal (Civil Division) (UK) 20.12.2006 – A3/2006/1245 – Scottish & Newcastle International Ltd. / Othon Ghalanos Ltd., *unalex UK-242*, respecte d'una clàusula CFR; OLG Karlsruhe (DE) 28.03.2006 – 8 U 218/05m, *unalex DE-612*, respecte d'una clàusula EXW; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*, per a una avaluació de caràcter general; vegeu, durant la vigència del Conveni de Brussel·les, Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 29.06.1998 – 16787/1998, *unalex GR-70*, en referència a una clàusula FOB.
- (400) FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'articolo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *op. cit.*, pàg. 397, MANKOWSKI, «Artículo 5», *op. cit.*, Rn. 103; tanmateix, vegeu, respecte de la clàusula *cost-insurance-freight*, Ephetio Athens (GR) 27.07.1995 – 8723/1995, *unalex GR-34*.
- (401) OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299, *unalex IT-235*; Tribunale Verona (IT) 09.12.2006 – 2488/2004 R. G. – Specchiasol SRL / Laboratorios Vendrell [...], *unalex IT-217*; OLG München (DE) 03.12.1999 – 23 U 4446/99, *unalex DE-701*; OLG Schleswig-Holstein (DE) 27.04.1995 – 11 U 191/93, *unalex DE-1198*; Corte di Cassazione (IT) 25.01.1995 – 892, *unalex IT-379*; Corte di Cassazione (IT) 25.10.1993 – 10600/93, *unalex IT-374*.
- (402) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.
- (403) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*.
- (404) HAU, «Der Vertragsgerichtstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption», *op. cit.*, pàg. 359; KROPHOLLER, «Artículo 5», *op. cit.*, pàg. 135.
- (405) Cfr. Exposició de Motius a la Proposta de Reglament CE del Consell, relatiu a la competència judicial, al reconeixement i a l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, de 14 de juliol del 1999, COM (1999) 348 def., punto 4.2; BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-167*.
- (406) ECJ 23.04.09 – C-533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

La renúncia implícita a l'exempció de l'IVA en transmissions immobiliàries

La renúncia a l'exempció de l'IVA constitueix un dels aspectes més conflictius i problemàtics del panorama de la fiscalitat contenciosa. En aquest article s'analitza l'evolució doctrinal que la pròpia doctrina jurisprudencial ha tingut fins arribar a la fixada per la important Sentència del Tribunal Suprem de 20 de gener de 2011.

Jorge de Juan Casadevall

*Soci de Cuatrecasas Gonçalves-Pereira,
Advocat de l'Estat i Doctor en Dret*

Laia Colomé Barbà

Associada de Cuatrecasas Gonçalves-Pereira i Màster AGT a ESADE

compensació i les adjudicacions d'aquestes als propietaris, i sobre els segons i ulteriors lliuraments d'edificacions. El seu fonament jurídic, enllaçat en la normativa comunitària, resideix en la pròpia naturalesa del tribut, que grava el consumidor final, i en el correlatiu principi de neutralitat que informa la seva configuració jurídica.

Potser per això, el Legislador tributari nacional ha incrustat a la renúncia un cert revestiment formal que ha estat interpretat amb major o menor rigor formal, segons l'interès recaptatori de l'operador jurídic implicat. En efecte, en el nostre sistema d'imposició indirecta, cohabiten l'IVA, que grava els lliuraments de béns, prestacions de

I. Plantejament

La renúncia a l'exempció de l'IVA constitueix un dels aspectes més conflictius i problemàtics de l'actual panorama de la fiscalitat contenciosa. L'art. 20.1.20, 21 i 22 de la Llei 37/92, reguladora de l'IVA (d'ara endavant, LIVA), contempla una exempció objectiva, de caràcter renunciabla (art. 20.2 LIVA i art. 8 del Reglament de l'IVA, aprovat pel Reial decret 1624/1992, de 29 de desembre de 1992; d'ara endavant, RI-VA), que es projecta sobre certes transaccions immobiliàries i, en particular, sobre el lliurament de terrenys rústics i altres que no tinguin la condició d'edificables; sobre les aportacions de terrenys a les juntes de





serveis i adquisicions comunitàries, realitzats per empresaris o professionals; i l'Impost de Transmissions Patrimonials (ITP), que grava el tràfic patrimonial civil. La coordinació entre ambdues peces de l'engranatge tributari es realitza sobre la base dels criteris de subjecció i/o exempció: les operacions subjectes a IVA estan no subjectes a l'ITP (art. 4.4 LIVA), les no subjectes a IVA se sotmeten a l'ITP (art. 7.5 del Reial decret 1/1993, de 24 de setembre, que aprova la Llei de l'Impost sobre Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats; d'ara endavant, LITP) i les operacions subjectes i exemptes d'IVA es graven per l'ITP (art. 7.5, paràgraf 2n., LITP). Aquest últim és el cas que aquí ens interessa: les operacions immobiliàries exemptes que estan subjectes a l'ITP, però en les quals aquesta exempció és renunciable. D'altra banda, l'IVA és un impost estatal la gestió del qual correspon a l'AEAT⁽¹⁾, mentre que l'ITP és un impost cedit el rendiment del qual s'atribueix íntegrament a l'Administració tributària autonòmica, que assumeix i exerceix plenament les potestats de gestió, recaptació i inspecció en relació amb aquest tribut.

No és infreqüent, a la pràctica quotidiana, que l'interès recaptatori concurrent entre Administració estatal i autonòmica es tradueixi en una descarnada conflictivitat entre aquestes sobre els supòsits de subjecció o no subjecció, o sobre els requisits exigibles per validar la renúncia a l'exempció, en la qual el contribuent no es troba en una situació jurídica precisament còmoda⁽²⁾. La duplictat de procediments d'inspecció o de comprovació limitada (encara que, recentment, i de forma impròpia, segons la nostra opinió, s'ha anat utilitzant el nou procediment de verificació de dades) conclourà en una regularització que afectarà no només les quotes tributàries deixades d'ingressar, sinó també els interessos de demora, la qual cosa, eventualment, pot donar lloc a la imposició de sancions. Naturalment, aquesta duplictat impositiva i el seu respectiu i des-coordinat zel financer es transforma en dos litigis davant la Hisenda pública, en els quals aquesta desplegarà totes les prerrogatives funcionals que defineixen la seva posició jurídica exorbitant de *potentior persona*: presumpció de legalitat de les seves liquidacions tributàries, desplaçament de la càrrega de la prova de la renúncia, esgotament preceptiu de la via economicoadministrativa i, sobretot, prèvia prestació d'aval o caució

suficient per suspendre l'executivitat immediata de les liquidacions tributàries⁽³⁾.

El major o menor rigor formalista amb què s'han interpretat els requisits formals de la renúncia a l'exempció (sempre trasbalsat d'una indissimulada voracitat recaptatòria) ha tingut el seu reflex també a la doctrina administrativa i a la jurisprudència, el rítmic moviment pendular de la qual no ha dibuixat un panorama clar fins a dates ben recents. Després d'algun titubeig inicial (Sentència del Tribunal Suprem de 9 de novembre de 2004), el Tribunal Suprem (Sentència del Tribunal Suprem de 14 de març de 2006) va fer callar la doctrina contradictòria emanada de la jurisprudència menor i dels tribunals economicoadministratius, en admetre la renúncia implícita a l'exempció de l'IVA en escriptura pública. Amb tot, no es va produir l'aquietament de les comunitats autònomes sobre aquesta qüestió, en part, per l'existència de doctrina contradictòria (en aquest cas, del propi Tribunal Suprem). Amb la recent Sentència del Tribunal Suprem de 20 de gener de 2011 (recurs contenciós 24/2005), pronunciada en un recurs de cassació en interès de Llei, instat per la Diputació General d'Aragó, s'ha resolt definitivament aquesta qüestió, obviant els problemes que, per un excessiu zel formalista, se suscitaven als transmissors que, via repercussió de l'impost, havien recuperat l'IVA suportat en operacions anteriors, o als adquirents que no només s'haurien deduït impropediment les quotes de l'IVA suportat, sinó que, a més, havien d'afrontar una nova liquidació per ITP. L'Alt Tribunal, amb la funció nomofilàctica qualificada que és inherent a la cassació en interès de Llei⁽⁴⁾, ha admès la renúncia implícita a l'exempció per la simple «constància d'haver-se repercutit l'impost en la pròpia escriptura de compra-venda». Vegem-ho més detingudament, no sense abans fer una breu exposició sobre el fonament de la renúncia a l'exempció i dels requisits legals que la condicionen.

II. Fonament teòric de la renúncia a l'exempció

La característica essencial de l'IVA és la seva neutralitat, això és, la seva configuració com un impost que grava el consum final de productes i serveis, qualssevol que siguin les fases de producció o comercialització del seu cicle productiu. Pretén evitar

la distorsió fiscal de preus i, per això, sotmet a tributació només el valor afegit de cada fase de producció, a diferència dels anomenats *impostos plurifàsics en cascada*, en els quals l'impost s'acumula sobre els impostos exigits a fases anteriors. Aquesta neutralitat fiscal es garanteix mitjançant la seva mecànica liquidadora, que descansa sobre l'esquema de la repercussió/dedució, que permet deduir les quotes suportades o instar-ne l'eventual compensació amb quotes futures o la seva devolució.

No és infreqüent, a la pràctica quotidiana, que l'interès recaptatori concurrent entre Administració estatal i autonòmica es tradueixi en una descarnada conflictivitat entre aquestes sobre els supòsits de subjecció o no subjecció, o sobre els requisits exigibles per validar la renúncia a l'exempció

No obstant això, la doctrina ha advertit que aquesta desitjable neutralitat fiscal coneix «impureses» quan, per exemple, es reconeixen exempcions objectives o subjectives. Assistim, llavors, a un «avantatge fictici», perquè, certament, l'empresa exempta s'exonera de la meritació de l'IVA, però també es produeix «una fallida a l'estructura de l'impost que es manifesta per dos camins diferents. En primer lloc, la pròpia empresa exempta (ja sigui subjectivament o per l'exempció objectiva dels seus productes o serveis) no podrà rescabalar-se de l'impost que es va carregar a les seves compres mitjançant la via de la deducció, ja que no té impost sobre el valor de les seves vendes del qual poder deduir, ni mitjançant la via del reemborsament directe, ja que així ho disposa la norma. En segon lloc, les empreses clients o compradores dels productes o serveis de l'empresa exempta no podran deduir de la seva quota cap impost, ja que no els va ser repercutit a les seves factures de compra»⁽⁵⁾.

Es produeix així una distorsió en la mecànica de l'impost, que consisteix a convertir l'empresari en consumidor final, disfunció que s'agreuja a les operacions immobiliàries exemptes per la seva correlativa subjecció a l'ITP (art. 4, en relació amb l'art. 20.1.21, 22 i 23 LIVA). En



aquest últim cas, el panorama resultant és el següent: l'empresari o professional que, a més de les operacions subjectes i no exemptes que integren el seu tràfic habitual, realitza lliuraments immobiliaris subjectes però exemptes de l'art. 20.1 LIVA, queda sotmès al règim de prorata (art. 102 i ss. LIVA), amb la consegüent limitació del dret a deduir l'IVA suportat, mentre que l'adquirent tributarà per ITP, que no pot ser deduït.

La fallida irreparable a la neutralitat fiscal de l'exempció que apareix a la fase intermèdia del cicle produeix un doble efecte econòmic: l'«efecte recuperació» i l'«efecte en cascada»⁽⁶⁾. L'«efecte en cascada» és l'augment de preus a conseqüència de la impossibilitat del subjecte passiu de deduir les quotes suportades en les adquisicions de béns i serveis anteriors a la realització de les operacions exemptes. La repercussió jurídica, que hagués permès absorbir les quotes suportades, es converteix en una repercussió o translació econòmica del cost impositiu suportat, mitjançant l'increment del preu de béns i serveis que presta el subjecte exempt. L'«efecte recuperació» (o «efecte acumulació») descriu la inexistència de cost recaptatori per a la Hisenda pública per la implantació d'exempcions en l'IVA i suposa l'acumulació de la quota no repercutida corresponent a l'operació exempta a la següent fase del cicle econòmic, en la qual l'adquirent no pot deduir-se cap quota suportada i el valor afegit no gravat s'acumula a la següent fase, recaptant-se una quota superior, de tal manera que la recaptació global no es veu afectada.

Per obviar aquestes dificultats estructurals, preservar la neutralitat de l'impost i facilitar l'exercici del dret a la deducció, s'estableix la renúncia a l'exempció

Per obviar aquestes dificultats estructurals, preservar la neutralitat de l'impost i facilitar l'exercici del dret a la deducció, s'estableix la renúncia a l'exempció. La Sisena Directiva va admetre l'opció per la tributació de l'IVA per a certes operacions immobiliàries⁽⁷⁾, i la trasposició al nostre Dret intern va consistir, precisament amb

la vigent LIVA, a la regulació de la renúncia a l'exempció⁽⁸⁾. Com diu la seva Exposició de Motius, la incorporació de la renúncia a l'exempció contribueix a «*perfeccionar la legislació de l'Impost*», en evitar les conseqüències de la ruptura de la cadena de les deduccions produïda per les exempcions».

Arribats a aquest punt, podem afirmar que l'exempció de l'IVA apareix envoltada d'unes circumstàncies singulars. D'antuvi, no respon a exigències del principi constitucional de capacitat econòmica, sinó que revesteix un caràcter essencialment tècnic. En segon lloc, és una exempció tributària que constitueix una *rara avis* dins el *genus* dels beneficis fiscals, perquè perjudica més que no pas beneficia al subjecte passiu i perquè no produeix una minoració d'ingressos fiscals per a l'Administració Tributària («efecte recuperació»). En tercer lloc, transcendeix l'obligació tributària bilateral entre creditor tributari i subjecte passiu per projectar els seus efectes fiscals en tercers, els adquirents d'immobles exempts, que veuen com s'esvaeix el seu dret a deduir⁽⁹⁾.

Aquesta última circumstància, la seva evident projecció sobre l'esfera jurídica de tercers, és la que mou al Legislador a regular els requisits de la renúncia, que no es configura com una simple renúncia abdicativa i merament potestativa, sinó com una renúncia condicional, que se subjecta al rigorós compliment d'uns requisits subjectius, objectius i formals i que s'exterioritza mitjançant una declaració de voluntat receptícia dirigida a l'adquirent dels immobles gravats⁽¹⁰⁾.

III. Requisits de la renúncia a l'exempció

Analitzat el fonament teòric que justifica l'existència de la renúncia a l'IVA, ara ens hem de centrar en els requisits exigits en l'art. 20.2 LIVA i en l'art. 8 RIVA perquè el subjecte passiu pugui renunciar a l'exempció de l'IVA en l'exercici de determinades operacions de caràcter immobiliari.

L'art. 20.2 LIVA estableix:

2. Les exempcions relatives als números 20è, 21è i 22è de l'apartat anterior poden ser objecte de renúncia pel subjecte passiu, en la forma i amb els requisits que es determinin per

reglament, quan l'adquirent sigui un subjecte passiu que actuï en l'exercici de les seves activitats empresarials o professionals i, en funció del seu destí previsible, tingui dret a la deducció total de l'impost suportat per les corresponents adquisicions.

S'entén que l'adquirent té dret a la deducció total quan el percentatge de deducció provisionalment aplicable l'any en què s'hagi de suportar l'impost permeti la seva deducció íntegra, fins i tot en el supòsit de quotes suportades abans de començar a fer lliuraments de béns o prestacions de serveis corresponents a activitats empresarials o professionals.

L'art. 8 RIVA afegeix que:

Article 8. Aplicació de les exempcions en determinades operacions immobiliàries

1. La renúncia a les exempcions regulades als números 20è, 21è i 22è de l'apartat un de l'article 20 de la Llei de l'impost sobre el valor afegit haurà de comunicar-se fefaentment a l'adquirent amb caràcter previ o simultani a l'entrega dels corresponents béns.

La renúncia es practicarà per cada operació realitzada pel subjecte passiu i, en tot cas, haurà de justificar-se amb una declaració subscripta per l'adquirent en la qual aquest faci constar la seva condició de subjecte passiu amb dret a la deducció total de l'impost suportat per les adquisicions dels corresponents béns immobles.

Per tant, per tal que procedeixi la renúncia a l'exempció de l'IVA, haurem de tenir en compte els requisits de caràcter objectiu (les operacions que poden acoïllir-se a la renúncia a l'exempció de l'IVA), els subjectius (les condicions que han de complir els subjectes passius que participin de les operacions immobiliàries) i, finalment, els requisits formals que ha de revestir la renúncia a l'exempció perquè sigui eficaç.

1. Requisits objectius

Per fitar l'àmbit objectiu de l'exempció renunciabile, hem de detenir-nos en les



operacions del tràfic immobiliari susceptibles de renúncia que quedaran subjectes a tributació per IVA i no a l'ITP.

En primer lloc, l'art. 20.1.20 LIVA preveu que els subjectes passius puguin renunciar a l'exempció de l'IVA en els lliuraments de terrenys rústics i altres que no tinguin la condició d'edificables, incloses les construccions de qualsevol naturalesa en ells enclavades, que siguin indispensables per al desenvolupament d'una explotació agrària, i els destinats exclusivament a parcs i jardins públics o a superfícies vials d'ús públic.

En segon lloc, l'art. 20.1.21 LIVA es refereix als lliuraments de terrenys que es realitzin a les juntes de compensació per part dels propietaris de terrenys compresos en polígons d'actuació urbanística, i a la posterior adjudicació per les pròpies juntes als propietaris en proporció a les seves aportacions inicials, sempre que es compleixin els requisits previstos a la normativa urbanística.

Respecte a aquest tipus de transaccions, hem d'indicar que la Llei de l'ITP estableix, al seu art. 45.B.7, que estaran exemptes els lliuraments de terrenys a les juntes de compensació, amb la qual cosa la renúncia a l'exempció de l'IVA manca de virtualitat pràctica per l'adquirent, ja que, en qualsevol cas, l'operació es troba exempta d'IVA i d'ITP.

En tercer i últim lloc, la renúncia a l'exempció de l'IVA també es permet en el lliurament de segones i ulteriors edificacions, inclosos els terrenys on estan enclavades, quan es lliurin un cop finalitzada la seva construcció o rehabilitació, entenent per «primer lliurament» l'efectuat pel promotor una vegada la construcció o rehabilitació de l'immoble hagi finalitzat.

Podem observar que el Legislador espanyol limita a tres el nombre d'operacions immobiliàries que poden beneficiar-se de la renúncia a l'exempció. Si bé aquestes es realitzen amb molta freqüència, no podem pas oblidar que existeixen altres transaccions que s'executen habitualment en el tràfic mercantil i que, en quedar fora de les operacions descrites a l'art. 20.2, tributen en seu de l'ITP. Així, per exemple, podem citar l'exempció d'arrendament de terrenys i d'immobles que es

destinin a habitatge de l'art. 20.1.23 LIVA, que seria insusceptible de renúncia.

Com assenyala la doctrina⁽¹¹⁾, el Legislador espanyol permet la renúncia a l'exempció de l'IVA en les operacions immobiliàries que tinguin per objecte el lliurament d'immobles deixant al marge les prestacions de serveis. Per això, amb independència que la norma comunitària inclogui els arrendaments com a operacions que puguin beneficiar-se de l'exempció de l'IVA, la veritat és que la norma espanyola no contempla que per a aquestes operacions pugui ser aplicable el règim. Aquesta postura sembla lògica, des d'una interpretació conjunta dels requisits de caràcter subjectiu exigits per la norma, atès que els subjectes passius que arrenden un habitatge actuen com a particulars i no com a empresaris, per la qual cosa permetre l'aplicació del règim de renúncia a l'exempció de l'IVA en els casos d'arrendament d'habitatges suposarà l'incompliment del segon dels requisits subjectius.

Més sorprenent resulta la negativa del Legislador espanyol a permetre la renúncia a l'exempció de l'IVA en l'arrendament de terrenys, ja que aquest pot tenir per objecte una activitat empresarial, donant compliment íntegre als requisits subjectius exigits per la normativa de l'IVA. Segons la nostra opinió, tindria ple sentit permetre la renúncia a l'exempció en aquests supòsits sempre que la destinació donada al terreny arrendat estigui relacionada amb l'activitat empresarial desenvolupada per l'arrendatari, permetent que aquest es pugui deduir íntegrament l'IVA suportat.

2. Requisits subjectius

Els requisits subjectius aborden les condicions imposades als subjectes que participen en la transacció immobiliària i que pretenen acollir-se al règim de renúncia a l'exempció de l'IVA.

En primer lloc, l'art. 20.2 LIVA exigeix que transmissor i adquirent siguin subjectes passius de l'IVA⁽¹²⁾ actuant en l'exercici de la seva activitat; en cas contrari, l'operació no podrà ser objecte a la renúncia de l'IVA i, per tant, estarà subjecta a l'ITP.

Per aquest motiu, tot i que tots dos subjectes puguin habitualment operar com a subjectes passius, s'exigeix addicionalment que, per a la concreta opera-

ció immobiliària objecte de la renúncia a l'exempció, ambdues parts estiguin actuant en aquest moment com a subjectes passius de l'IVA i en exercici de la seva activitat empresarial o professional.

Aquest requisit, *a priori*, pot semblar de fàcil apreciació, sobretot en els casos en què les parts contractants del negoci jurídic siguin societats mercantils, que, excepte prova en contrari, estaran realitzant el negoci jurídic en exercici de les seves activitats⁽¹³⁾.

El Legislador imposa a l'adquirent l'obligació de manifestar fefaentment que és subjecte passiu de l'IVA i que té dret a la deducció total de l'IVA suportat

En qualsevol cas, la jurisprudència ha establert que la càrrega de la prova sobre la condició del subjecte passiu del transmissor incumbeix a l'Administració, virtut de la presumpció de certesa de les declaracions tributàries de l'art. 108.4 de la Llei General Tributària (d'ara endavant, LGT). Per això, serà la pròpia Administració Tributària la que haurà de provar que el subjecte que transmet el bé immoble no el lliura en exercici de les seves activitats empresarials.

No obstant això, i com analitzarem més detingudament en el proper apartat, dedicat a les formalitats de l'exercici de la renúncia a l'exempció de l'IVA, aquesta no és una qüestió que pugui ser apreciada sense una anàlisi prèvia de l'operació realitzada i del percentatge de deducció provisional (prorrata) de la societat adquirent. Conscient d'això, el Legislador imposa, a l'art. 8.1 RIVA, l'obligació a l'adquirent de manifestar fefaentment que és subjecte passiu de l'IVA i que té dret a la deducció total de l'IVA suportat.

En efecte, el precepte reglamentari exigeix al transmissor declarar formalment, de manera prèvia o simultàniament a la realització del negoci jurídic, que actua com a subjecte passiu, manifestació que ha de complementar-se amb la declaració de l'adquirent de la seva condició de subjecte passiu amb dret a la deducció total.

Cal advertir que aquesta comunicació únicament s'exigeix a l'adquirent del bé

immoble; no obstant això, no s'exigeix cap formalitat al subjecte transmissor, més enllà de la constància de la renúncia.

El que és indubtable, i així ho han manifestat els nostres tribunals i la Direcció General de Tributs (d'ara endavant, DGT), és que el règim de renúncia a l'exempció de l'IVA haurà de denegar-se quan s'acrediti que almenys un dels subjectes participants en la transacció no actua com a empresari o professional, la qual cosa suposarà la tributació en seu de l'ITP i no de l'IVA.

El segon dels requisits subjectius previstos en el RIVA és que l'adquirent tingui dret a la deducció total de la quota suportada en l'adquisició del bé objecte de la transacció immobiliària. Si, com hem dit, la voluntat del Legislador, plasmada a l'art. 20.2 LIVA, és permetre l'exercici de les deduccions, és lògic que el Legislador exigeixi que l'adquirent tingui dret a deduir-se íntegrament la quota de l'IVA suportada en l'operació immobiliària i no trencar així la cadena de deduccions.

En relació amb aquest segon requisit subjectiu, el propi art. 20.2 LIVA estableix que s'entendrà que l'adquirent té dret a la deducció total de l'impost quan el percentatge de deducció provisional de l'exercici en què hagi de deduir-se l'IVA permeti la seva deducció íntegra.

El Legislador, per tant, ens remet a les normes de prorrata (art. 92 i ss. LIVA) per determinar si l'adquirent té dret a la de-

ducció total de l'impost suportat. Convé subratllar que el règim de prorrata s'aplica quan el subjecte passiu efectua, de manera indistinta, lliuraments de béns o prestacions de serveis que originen dret a la deducció, juntament amb altres operacions que no habiliten per a l'exercici de l'esmentat dret, o bé perquè estan exemptes o bé perquè estan subjectes a diferents tipus impositius.

D'acord amb l'art. 104.2 LIVA, el percentatge de deducció provisional de l'exercici s'obté amb els percentatges provisionals que corresponen al volum d'operacions de l'exercici anterior a aquell en què s'efectua l'operació a l'exempció de la qual es pretén renunciar. És a dir, hem de prendre com a referència els percentatges de prorrata de l'exercici anterior a aquell en què es realitza l'operació per saber si ens trobem davant un subjecte passiu total.

En els supòsits en els quals l'adquirent de l'immoble hagués iniciat l'activitat en el mateix exercici en el qual es realitza la renúncia a l'exempció de l'IVA, i d'acord amb el que es disposa a l'art. 111 LIVA, el percentatge provisional, a falta de paràmetres comparatius amb l'exercici anterior, serà el proposat pel subjecte passiu a l'Administració, que haurà de ser necessàriament del 100 % de prorrata; en cas contrari, no es podrà renunciar a l'exempció de l'IVA.

La jurisprudència ha declarat que la renúncia a l'IVA ha de fer-se de forma prèvia o simultània al lliurament del bé, no podent adherir-se amb posterioritat ni tan sols en una escriptura d'esmena d'una altra anterior

Resulta interessant fer una succinta referència a la situació que es produeix quan el percentatge provisional de prorrata no és del 100 % i, per tant, no s'ha pogut realitzar el lliurament del bé d'acord amb l'art. 20.2 LIVA, però al final de l'exercici corrent (en el qual s'ha realitzat efectivament l'operació) el subjecte passiu tingui dret a deduir-se la totalitat de l'IVA suportat en l'operació. En aquests casos, encara que el més just seria permetre la deducció *a posteriori*, la veritat és que permetre aquesta pràctica no només

seria complex (pels càlculs que requereix la regularització de la situació), sinó que també entraria en col·lisió directa amb un dels requisits formals exigits pel RIVA: el que estableix que la renúncia a l'IVA ha de produir-se amb caràcter previ o simultani.

En la nostra opinió, no resultaria possible una renúncia condicionada des d'una interpretació literal de l'art. 8 RIVA, atès que la normativa expressament preveu que la renúncia ha de ser prèvia o simultània al lliurament del bé. En el mateix sentit, tot i que s'establís en una de les clàusules del contracte de compravenda (o a l'escriptura d'elevació a públic d'aquest) una renúncia condicionada, si es permetés aquesta pràctica podríem entrar en el perillós sistema d'incompatibilitat entre l'ITP i l'IVA, atès que, tot i que al final de l'exercici l'operació podria subjectar-se a l'IVA, la veritat és que amb anterioritat ho estaria per l'ITP i, per tant, l'adquirent hauria declarat i liquidat l'ITP davant l'Oficina Liquidadora de la comunitat autònoma que correspongui. Per aquest motiu, el transmissor hauria de rectificar l'autoliquidació de l'IVA i l'adquirent hauria de presentar una sol·licitud de devolució d'ingressos indeguts de l'ITP a l'òrgan de la comunitat autònoma, la qual cosa suposaria, durant un lapse de temps, que una mateixa operació pogués estar subjecta a dos tributs incompatibles.

D'altra banda, i com exposarem a continuació, la jurisprudència ha declarat que la renúncia a l'IVA ha de fer-se de forma prèvia o simultània al lliurament del bé, no podent adherir-se al règim de l'art. 20.2 LIVA amb posterioritat ni tan sols en una escriptura d'esmena d'una altra anterior. En conclusió, podem afirmar que, malgrat que al final de l'exercici en què s'ha produït l'adquisició del bé immoble l'adquirent tingui una prorrata del 100 %, la veritat és que no podrà aplicar amb efectes retroactius la renúncia a l'exempció de l'IVA, tributant l'operació a l'ITP.

3. Requisits formals

En tercer i últim lloc, hem d'analitzar els requisits formals que condicionen la viabilitat de la renúncia a l'exempció, que són els que revesteixen una major transcendència i en els quals la seguretat jurídica preventiva, que suposa la intervenció d'un fedatari públic també en





aquest àmbit estrictament fiscal, opta per impedir el conflicte larvat entre dos tributs incompatibles i gestionats per dues administracions tributàries diferents.

L'art. 20.2 LIVA fa una remissió expressa al RIVA, que, al seu art. 8.1, estableix dos requisits de caràcter formal. Sintèticament, exigeix que: I) l'adquirent comuniqui fefaentment al transmissor, amb caràcter previ o simultani al lliurament dels corresponents béns, la seva condició de subjecte passiu amb el dret a la deducció total de l'impost suportat en l'adquisició del corresponent bé immoble, i II) que, també de forma prèvia o simultània al lliurament del bé, el transmissor informi que es renuncia a l'exempció de l'IVA.

D'altra banda, la renúncia a l'exempció de l'IVA ha de realitzar-se per a cadascuna de les operacions de manera individual. Així, si en una mateixa transacció es transmeten dos o més immobles, el compliment dels requisits ha de realitzar-se per separat i individualment per a cada operació; en cas contrari, no serà vàlida la renúncia a l'exempció de l'IVA i les operacions estaran subjectes a l'ITP en la modalitat TPO.

a) Comunicació fefaent de l'adquirent de la seva condició de subjecte passiu amb dret a la deducció total de l'impost suportat

L'art. 8 RIVA exigeix que l'adquirent comuniqui fefaentment al transmissor que actua com a subjecte passiu de l'IVA en l'exercici de les seves activitats com a empresari o professional i que, així mateix, té dret a la deducció del 100 % de la quota de l'IVA reportada en la transmissió de l'immoble.

Aquesta declaració de l'adquirent revesteix la mateixa transcendència que la comunicació de la renúncia de l'exempció de l'IVA, de manera que, si aquesta no existeix a l'expedient, no es podrà optar pel règim previst a l'art. 20.2 LIVA.

Els nostres tribunals han admès que aquesta declaració pugui fer-se directament a l'escriptura pública, sense que sigui necessari que hi hagi una declaració subscrita pel subjecte passiu que calgui adjuntar a l'escriptura de compravenda o negoci anàleg pel qual es lliura el bé objecte de transacció. Com analitzarem

més endavant, nosaltres sostenim que, de la mateixa forma que és possible una renúncia implícita a l'exempció, també cal entendre implícit aquest requisit formal, per la simple formalització de l'escriptura pública amb la repercussió de l'impost.

b) Comunicació fefaent del subjecte passiu (el transmissor) de la renúncia a l'exempció de l'IVA prèvia o simultània al lliurament del bé immoble

Per tal que el règim previst a l'art. 20.2 LIVA esdevingui efectiu, haurà de comunicar fefaentment a l'adquirent la renúncia a l'exempció de l'IVA.

En relació amb aquest requisit formal, cal detenir-nos, en primer lloc, en l'aspecte «temporal» (de forma prèvia o simultània al lliurament del bé) i en la interpretació que la jurisprudència i la doctrina han donat al terme *fefaent*.

De la interpretació de l'art. 8 RIVA es desprèn que manca de tota validesa la renúncia realitzada amb posterioritat al lliurament de l'immoble, fins i tot si es fa constar en una escriptura d'esmena d'una altra anterior. Així ho han establert el Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura, a la Sentència de 17 de gener de 2007 (recurs 285/2005); el de Madrid, a la Sentència de 30 de desembre de 2009 (recurs 604/2007); el d'Andalusia, a les sentències de 15 de juny de 2008 (recurs 3430/2001) i de 15 de juny de 2009 (recurs 3430/2001), i el del País Basc, a la Sentència de 17 de març de 2009 (recurs 666/2006), per citar alguns casos.

El precepte reglamentari exigeix que la renúncia sigui fefaent. La doctrina sosté⁽¹⁴⁾ que aquesta veridicitat s'obté a través de «*qualsevol mitjà que serveixi per manifestar de manera diàfana, que no ofereixi dubtes a l'adquirent, la voluntat del renunciant*», i no caldria acceptar la comunicació verbal, havent de constar necessàriament per escrit la intenció de l'adquirent d'aplicar la renúncia a l'exempció de l'IVA i, per tant, sotmetre's a tributació per aquest impost.

La DGT, a la Resolució de 10 de maig de 1996, exigia que constés de forma clara i indubtable la comunicació de l'adquirent manifestant la seva intenció de renunciar a l'exempció de l'IVA, admetent

la renúncia en escriptura pública, la qual cosa ha donat lloc a múltiples matisacions administratives i jurisprudencials.

Més recentment, el debat jurídic no s'ha centrat en si la declaració ha de justificar-se en un document públic o privat, sinó en la possibilitat que aquesta renúncia es desprengui implícitament de l'escriptura pública de transmissió del bé immoble, controvertida que ha estat recentment resolta per la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de gener de 2011, que ara analitzarem.

IV. La renúncia implícita en escriptura pública: la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de gener de 2011

Partint del fonament teòric de la renúncia a l'exempció, tal com hem exposat anteriorment, i sempre que concorrin els requisits subjectius i objectius que la condicionen, caldria plantejar-se si és admissible la renúncia implícita mitjançant la simple constància de la repercussió de l'impost en escriptura pública. I, admesa aquesta hipòtesi, caldria preguntar-se també si aquesta renúncia implícita cobriria també el requisit que l'adquirent manifesti ser subjecte passiu total de l'IVA i quins són els efectes jurídics d'aquesta manifestació de l'adquirent.

La primera qüestió ha estat resolta recentment pel Tribunal Suprem a la seva Sentència de 20 de gener de 2011, que, com ja hem indicat, ha estat dictada en un recurs de cassació en interès de llei, resolent definitivament una descarnada controvèrsia jurisprudencial en què el propi Alt Tribunal no havia romàs aliè.

La renúncia a l'exempció de l'IVA ha de realitzar-se per a cadascuna de les operacions de manera individual

En efecte, des d'una perspectiva neta-ment antiformalista, la DGT, a la consulta de 10 de maig de 1996, ja havia advertit que:

A l'efecte de la renúncia a l'exempció, ha de considerar-se suficient que a l'escriptura pública es faci constar el gravamen per l'impost sobre el Valor Afegit,

encara que no aparegui literalment una renúncia expressa pel transmissor

No obstant això, al Tribunal Economi-coadministratiu (d'ara endavant, TEAC) no van ser permeables a la doctrina administrativa d'aquest Centre Directiu, que té legalment encomanada la iniciativa i proposta de les disposicions tributàries i la determinació del seu abast i interpretació.

Així, primerament, el TEAC va sostenir la necessària existència d'una comunicació expressa emesa pel transmissor mitjançant la qual manifestés la seva voluntat de renunciar a l'exempció de l'IVA, si bé no era necessari que aquesta comunicació hagués d'eleva-se a públic, sent suficient que constés a l'expedient d'adquisició del bé immoble. En aquest sentit, podem citar, a manera d'exemple, les resolucions del TEAC de 26 de maig de 2009 (reclamació economicoadministrativa, d'ara endavant, REVA, 4556/2008), de 3 de maig de 2007 (REVA 2486/2005), de 28 de juny de 2006 (REVA 277/2006), de 10 de novembre de 2005 (REVA 846/2005) i de 17 de gener de 2001 (REVA 846 i 244/2000).

Així mateix, el TEAC ha negat l'aplicació del règim de renúncia a l'IVA en els supòsits en què, si bé constava la repercussió de l'impost en les escriptures públiques, a l'expedient no comptaven les factures o bé aquestes eren incompletes o errònies. Així, a les resolucions de 9 de juny de 2000 i de 7 de març de 2001, va exigir que constés de manera fefaent un document de l'adquirent que comunicués al transmissor la seva voluntat de renunciar a l'exempció de l'IVA, si bé no era necessari que aquest es realitzés en document públic, acceptant, per tant, la validesa de la renúncia comunicada en escrit privat.

En la jurisdicció contenciosa hi va haver dos corrents jurisprudencials contraris: un menys antiformalista, que admetia la renúncia a l'exempció de l'IVA quan es despregués implícitament de l'escriptura, i un altre més proper a la doctrina administrativa, que exigia que constés expressament el terme *renúncia*

Recentment, havia adoptat una postura menys formalista, consistent a perme-

tre la renúncia tàcita de l'exempció quan consti a l'escriptura de compravenda la subjecció a l'IVA, però exigint que prèviament l'adquirent hagi manifestat expressament la seva voluntat d'aplicar el règim al transmissor. Així, les resolucions d'11 de juny de 2008 (REVA 1735/2006) o de 16 de maig de 2007 (REVA 278/2006)⁽¹⁵⁾.

Més fragmentari va ser el panorama que es va dibuixar a la jurisdicció contenciosa administrativa. En efecte, durant anys hi ha hagut dos corrents jurisprudencials contraris: un menys antiformalista, que admetia la renúncia a l'exempció de l'IVA quan així es desprèn implícitament de l'escriptura, i una altra tesi més propera a la doctrina administrativa, que exigia l'existència de la comunicació fefaent a l'expedient i fins i tot la constància expressa en l'escriptura del terme *renúncia*.

L'Audiència Nacional va admetre recentment, a la Sentència de 17 de juny de 2009 (recurs 15/2008), la renúncia tàcita de l'exempció de l'IVA quan a l'escriptura d'adquisició consti la repercussió de l'impost. La veritat és que no existeixen molts pronunciaments de l'Audiència Nacional, ja que, habitualment, la controvèrsia jurídica se suscita entorn de la liquidació de l'ITP que dicta l'òrgan de la comunitat autònoma amb posterioritat a l'operació d'adquisició de l'immoble. Per aquest motiu, el tribunal competent resulta ser, en la majoria dels casos, el Tribunal Superior de Justícia que correspongui; és per aquest motiu que no hi ha un fons jurisprudencial molt extens de l'Audiència Nacional relatiu a aquesta qüestió.

Per això, cal acudir a la jurisprudència dels Tribunals Superiors de Justícia per conèixer els diferents pronunciaments que s'han decantat en els últims anys i tenir en compte la necessària intervenció del Tribunal Suprem, que ha casat les sentències contradictòries i ha determinat la possibilitat de renunciar a l'IVA implícitament en l'escriptura de transmissió del bé immoble.

Així, en primer lloc hi ha una sèrie de Tribunals de Justícia des de sempre molt en pro del contribuent, que han permès la renúncia a l'exempció de l'IVA quan implícitament es desprengui de l'escriptura de compravenda la repercussió de l'IVA i no hi hagi dubte que les parts coneixen i voluntàriament volen subjectar l'opera-

ció a l'IVA. En efecte, el fet important per a aquests tribunals no és la formalitat que aparegui el terme *renúncia* a l'expedient de compravenda o a l'escriptura de compravenda, sinó que la voluntat de les parts sigui efectivament subjectar l'operació al règim de l'IVA, i si aquest fet es desprèn del propi expedient, s'entén complert el requisit establert a l'art. 8 RIVA. Per exemple, el Tribunal Superior de Justícia de Múrcia (sentències de 29 d'octubre de 2001, recurs 2690/1998, i de 26 de febrer de 2010, recurs 363/2005) sempre ha recolzat la tesi de la renúncia implícita, sempre que es complissin els altres requisits exigits per la normativa. En el mateix sentit, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid i el de Castella-la Manxa sostenen la mateixa tesi.

Per contra, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, si bé inicialment sostenia que la renúncia a l'exempció de l'IVA havia de constar expressament a l'escriptura, a partir de l'any 2006 va adoptar una tesi menys formalista. Per això, l'actual doctrina jurisprudencial, iniciada a la sentència 359/2006, de 6 d'abril de 2006, que s'ha consolidat amb les sentències de 5 d'octubre de 2006, de 19 d'abril de 2007 i, més recentment, de 22 de gener de 2009 (recurs 530/2005)⁽¹⁶⁾, ha admès la renúncia implícita a l'escriptura de transmissió de l'immoble.

Finalment, alguns Tribunals de Justícia, com ara els de les Illes Balears o La Rioja, han resolt de forma contradictòria supòsits similars, doncs en alguns casos s'ha acceptat la renúncia tàcita de l'exempció a l'IVA quan de forma indubtable es desprèn de l'expedient la voluntat de les parts, mentre que altres vegades han exigint amb un formalisme ferri el compliment de tots els requisits formals enumerats a l'art. 8 RIVA, és a dir, la referència expressa a l'escriptura de la renúncia i la comunicació fefaent de l'adquirent manifestant la seva intenció de subjectar a l'IVA l'operació immobiliària.

Per exemple, el Tribunal Superior de Justícia de La Rioja s'ha mostrat excessivament formalista en la Sentència de 21 de desembre de 2001, entenent que la comunicació no és un mer requisit de caràcter formal, sinó un element constitutiu per a la validesa de la renúncia realitzada, l'absència de la qual implica la inexistència d'aquesta i, per tant, la inaplicació del règim.



En el mateix sentit, el Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, en la Sentència de 13 de juny de 2001, defensa que un document privat no esdevé efectiu davant de tercers, exigint, per tant, que la comunicació hagi de protocol·litzar-se en l'escriptura pública del contracte d'adquisició del bé immoble que correspongui.

Per la seva banda, el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, en la Sentència de 13 de juny de 2000, considera correcta la renúncia comunicada a través d'un document privat, indicant que no és necessari que per tal que aquest esdevingui efectiu calgui presentar-se en un registre públic o bé davant un funcionari públic per raó del seu ofici, com exigiria l'art. 1227 del Codi civil.

En l'àmbit dels Tribunals de Justícia, la tesi amb més suport fou la més antiformalista, sense que sigui necessari protocol·litzar la comunicació en l'escriptura pública o bé presentar-la davant l'autoritat competent

Observem, doncs, que la majoria dels Tribunals de Justícia dona suport a la tesi més antiformalista, acceptant com a suficient la comunicació realitzada per l'adquirent quan es pugui determinar de l'expedient que el transmissor és coneixedor de la voluntat del primer per aplicar el règim previst a l'art. 20.2 LIVA, sense que sigui necessari protocol·litzar la comunicació en l'escriptura pública o bé presentar-la davant l'autoritat competent.

Finalment, la controvèrsia va arribar al Tribunal Suprem, que, primer, en la Sentència de 9 de novembre de 2004, no va ser molt receptiu a l'admissió de la renúncia implícita. La seva inicial interpretació formalista la sintetitza la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de gener de 2011 en els següents termes:

El Tribunal Suprem, en respondre a la seva Sentència de 9 de novembre de 2004 (LA LLEI. 10914/2005) (rec. 7991/1999) a les pretensions del recurrent en cassació en relació amb aquest tema, va establir, en el seu Fonament de Dret Cinquè, que «quant a la virtu-

alitat de la possible "renúncia a la citada exempció", la solució arbitrada per la sentència d'instància és, com s'hi ha raonat, la jurídicament correcta, doncs l'article 8.1 del RD 1624/1992, perfectament habilitat (sense cap excés perceptible en l'essencial respecte a l'article 20.1.20 de la Llei 37/1992), exigeix, com a garantia dels drets i interessos de totes les parts afectades, que la renúncia hagi de comunicar-se fefaentment a l'adquirent, amb caràcter previ o simultani al lliurament dels terrenys (circumstància no concurrent en el present cas, quan va haver d'atorgar-se una escriptura pública posterior per intentar esmenar tal omissió formal—circumstància, i acte propi, que demostra que els interessats no concedien a la dada d'aparèixer a l'escriptura de compravenda que "el transmissor havia rebut una suma de diners en concepte d'IVA" el valor d'una renúncia tàcita o implícita de l'exempció d'aquest Impost—), i, a més, que, en tot cas, la renúncia, que es practicarà per cada operació realitzada pel subjecte passiu, es justifiqui amb una declaració subscripta per l'adquirent», en la qual aquest faci constar la seva condició de subjecte passiu amb dret a la deducció total d'IVA suportat per les adquisicions dels corresponents béns (declaració que, lògicament, ha de ser, així mateix, coetània a la comunicació fefaent de la renúncia).

I és que, en definitiva, s'ha volgut revestir la renúncia d'un caràcter formalista que condiciona essencialment la seva validesa.

En suma, el Tribunal Suprem va negar inicialment la pretesa virtualitat de l'anomenada renúncia tàcita o implícita a l'exempció en fer seus els arguments esgrimits a la Sentència de l'Audiència Nacional i emfatitzar que el compliment estricte dels requisits formals establerts a l'article 8.1 del Reglament de l'IVA són una condició essencial per a la validesa d'aquesta renúncia, criteri que considerem ha d'estendre's al present cas.

En definitiva, l'Alt Tribunal no només rebutjava la renúncia implícita, sinó que, com a pàl·lid reflex de la doctrina dels actes propis, extreu de l'existència d'una escriptura d'esmena posterior el reconei-

xement palmari de la inexistència d'una prèvia renúncia.

Per contra, en la posterior Sentència del Tribunal Suprem de 14 de març de 2006, es produeix un canvi de doctrina legal⁽¹⁷⁾ i s'afirma que:

Allò que realment interessa no és la constància en l'escriptura del terme *renúncia*, sinó la dada real del compliment de la finalitat perseguida en la norma, que no és una altra que la de garantir la posició de l'adquirent davant de repercussions no volgudes, i aquesta finalitat pot aconseguir-se bé mitjançant la utilització del terme *renúncia* en l'escriptura o a través de qualsevol altre terme de què es pugui derivar que el transmissor renuncia, de forma explícita o implícita, a l'exempció, que propicia una opció a favor de la mecànica del tribut i no l'exoneració del gravamen.

La Sentència del Tribunal Suprem de 13 de desembre de 2006 (recurs 4704/2001) havia admès la tesi de la renúncia implícita. Després de recordar que la finalitat de la renúncia no és una altra que evitar la distorsió de la cadena de deduccions en l'IVA i que no és necessària la renúncia expressa en escriptura pública, sosté que:

La renúncia a l'exempció de l'IVA pel subjecte passiu no necessita la renúncia expressa pel transmissor en escriptura pública. N'hi ha prou que les parts es comuniquin la voluntat de renúncia i el compliment de les condicions per a aquesta, sent aquestes comunicacions entre les parts fefaents i per escrit, sense que sigui necessària la protocol·lització notarial de les comunicacions perquè produeixin efectes contra tercers ni presentar una declaració subscripta per l'adquirent davant l'Administració d'Hisenda del seu domicili fiscal. La renúncia a l'exempció de l'IVA es concep com un acte inter partes i no davant la Hisenda pública, exprés i amb comunicació per escrit de certes circumstàncies. És cert que la renúncia s'ha volgut revestir d'un cert caràcter formalista que condicioni essencialment la seva validesa; per això no n'hi ha prou que pugui provar-se que es compleixen els dos primers requisits materials anteriorment enunciat, sinó



que han de reflectir-se i comunicar-se per escrit al transmissor, de la mateixa forma que aquest ha de deixar constància de la renúncia a l'exempció, la qual ha de ser comunicada fefaentment a l'adquirent amb caràcter previ o simultani al lliurament del bé, però resulta clar que en cap precepte s'exigeix que hagi de reflectir-se necessàriament en document públic.

La necessitat de notificació «fefaent» no implica necessàriament la intervenció del Notari, però sí hi ha d'haver constància efectiva de la notificació en el moment del lliurament del bé. Normalment se sol incloure a la pròpia escriptura pública de transmissió, havent entès la Direcció General de Tributs, en la Resolució de 10 de maig de 1996, contestant a una consulta formulada per la societat que compareix com recorreguda, que es considera «renúncia comunicada fefaentment» la constància en escriptura pública que el transmissor ha rebut una suma de diners en concepte d'IVA encara que no aparegui la renúncia expressament a l'exempció, atès que, amb la referida indicació, es compleix suficientment el requisit establert reglamentàriament, amb el qual es pretén que ambdues parts coneguin l'Impost al qual se sotmet l'operació mitjançant una manifestació que igualment faci fe davant de tercers (la Hisenda pública, en aquest cas).

Encara que no sigui necessària la formalització d'escriptura pública i la comunicació fefaent no requereixi de conducte notarial, és indubtable la seva consideració de vehicle formal idoni per a la seguretat jurídica preventiva que eviti plets i la consegüent erosió de recursos i energies

En el supòsit de fet que dona lloc a la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de gener de 2011, el transmissor ven un habitatge situat a Saragossa atorgant escriptura pública el 17 de setembre de 1997, en la qual, sense contenir *expresis verbis* la renúncia a l'exempció, es fa constar que «l'operació a què es refereix

aquesta escriptura és acte subjecte a l'Impost sobre el Valor Afegit i, a l'efecte de l'entitat venedora, manifesta que ha rebut del comprador, pertal concepte, la quantitat d'1.435.000 ptes.». Iniciat per la Diputació General d'Aragó el procediment de comprovació i investigació per ITP, l'adquirent aporta fotocòpia de la factura emesa pel transmissor, de la comunicació de la seva condició de subjecte passiu de l'IVA amb dret a la deducció total i de l'escriptura de rectificació de 27 de març de 2000, modificant la de 17 de setembre de 1997, en la qual es manifestava que, «per omissió involuntària, no es va fer constar en aquesta escriptura que la transmissió, encara que subjecta a l'Impost sobre el Valor Afegit, estava exempta d'aquest, conforme el que estableix l'art. 20.1.22 de la Llei 37/92, de 28 de desembre, reguladora d'aquest impost; i que, de conformitat amb el que s'estableix a l'art. 20.2 d'aquest text legal, la societat venedora [...] va renunciar a aquesta exempció en el mateix acte», en concórrer els requisits legals per a això.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Aragó de 31 de gener de 2005, combatuda en la *litis*, admet la doctrina de la renúncia tàcita o implícita, consistent a atribuir a l'acte de repercussió de l'IVA documentat en escriptura pública la virtualitat de «comunicació fefaent» de la renúncia a l'exempció. Contra aquesta Sentència, s'alça el Lletrat de la Diputació General d'Aragó, considerant aquesta doctrina antiformalista greument errònia i danyosa per a l'interès general, que justifica en l'interès recaptatori expectant de la Hisenda pública estatal i autonòmica.

La sentència de cassació confirma, i bàsicament reproduceix, els raonaments abocats en la seva precedent Sentència de 13 de desembre de 2006, en afirmar que:

Per tot això, cal entendre que no resulta essencial que aparegui literalment en l'escriptura una renúncia expressa del transmissor a l'exempció de l'IVA, sent suficient la constància d'haver-se repercutit l'Impost en la pròpia escriptura de compravenda, atès que, d'aquesta forma, és inqüestionable que adquirent i transmissor manifesten la seva intenció i coneixement indubtable que l'operació queda subjecta a l'IVA.

En conclusió, allò que realment interessa no és la constància en l'escrip-

tura del terme renúncia, sinó la dada real del compliment de la finalitat perseguida en la norma, que no és una altra que la de garantir la posició de l'adquirent davant de repercussions no volgudes, i aquesta finalitat pot aconseguir-se bé mitjançant la utilització del terme renúncia en l'escriptura o a través de qualsevol altre terme de què es pugui derivar que el transmissor renuncia, de forma explícita o implícita, a l'exempció, que propicia una opció a favor de la mecànica del tribut i no l'exoneració del gravamen.

L'interès de la Sentència no resideix tant en una eventual innovació de la nova tesi antiformalista que havien inaugurat les sentències del Tribunal Suprem de 5 d'octubre de 2005 i de 13 de desembre de 2006, sinó en la definitiva fixació d'una doctrina legal que, per les pròpies característiques del recurs de cassació d'interès de Llei, ara esdevé incontrovertible.

Potser l'única novetat ressenyable sigui l'afirmació, referida a la prèvia o simultània comunicació a l'adquirent, que «cap norma no exigeix que tal comunicació es realitzi en document públic, per això una escriptura en la qual el representant de la societat transmissora manifesta que ha rebut del comprador pel concepte d'IVA una quantitat satisfà l'exigència que s'hagi comunicat fefaentment a l'adquirent la renúncia amb caràcter previ o simultani al lliurament de l'immoble» (FD Cinquè). Per això, més que de «renúncia tàcita», parlem de «renúncia implícita», perquè sembla que la sola constància de la repercussió del gravamen en escriptura equival no només a la renúncia, sinó que, a més, pressuposa que ha existit o constitueix *per se* una comunicació fefaent a l'adquirent, tornant d'aquesta manera al sentit originari de la consulta del maig de 1995.

Cal observar que en el relat fàctic de totes les sentències que admeten la renúncia tàcita apareix, al costat d'una referència explícita a la subjecció a l'IVA, o bé un document privat de comunicació *inter partes* (amb el qual la controvèrsia jurídica gira entorn de la significació del terme *comunicació fefaent*), o bé una escriptura de rectificació que, desbordant les estretes costures de les escriptures de rectificació⁽¹⁸⁾, esmeni el suposat error o



l'omissió patida en l'escriptura originària, on no constava la renúncia expressa. En la nostra opinió, amb la jurisprudència definitivament assentada i atenent a la *ratio* de la renúncia, que no és una altra que evitar la seqüència de deduccions en un tribut que es caracteritza per la seva neutralitat, la tesi antiformalista ha de suposar que la sola referència a la subjecció a l'IVA a l'escriptura pública (allò que impròpiament podríem denominar *repercussió en escriptura*)⁽¹⁹⁾ equival a *renúncia a comunicació*, sense necessitat d'un altre additament documental o formal.

És cert que la jurisprudència ha precisat que no és necessària la formalització d'escriptura pública i que la comunicació sigui fefaent no significa que hagi de realitzar-se necessàriament per conducte notarial. Però és indubtable que l'escriptura pública constitueix el vehicle formal idoni per exterioritzar la voluntat del transmissor de sotmetre's a l'IVA i fins i tot per incorporar la declaració de l'adquirent de ser subjecte passiu amb dret a la deducció total, declaració especialment apta per allotjar-se en una escriptura pública⁽²⁰⁾. D'aquesta forma, la seguretat jurídica preventiva s'estén també a un dels conflictes jurídics més cancellats de la tributació immobiliària i evita la constant reproducció de litigis amb la consegüent erosió de recursos i energies.

(1) És cert que un percentatge del rendiment de l'IVA (el 35 %) s'atribueix a la comunitat autònoma on es recapta, però la seva gestió tributària segueix sent privativa de l'Estat a través de l'AEAT (art. 11.f de la Llei Orgànica de Finançament de les Comunitats Autònomes i art. 27 de la Llei 21/2001, de 27 de desembre, per la qual es regulen les mesures fiscals i administratives del nou sistema de finançament de les comunitats autònomes de règim comú i ciutats amb estatut d'autonomia).

(2) En no poques ocasions poden sorgir situacions de doble liquidació d'IVA i ITP, fins i tot sobre el mateix subjecte passiu, a qui, d'una banda, se li nega la deducció de l'IVA suportat, i, d'una altra, se li exigeix l'ITP; o amb diferents subjectes passius, al transmissor exigint-li l'IVA que va haver de repercutir i a l'adquirent girant-li una liquidació per ITP. Per obviar aquestes situacions disfuncionals, s'estableix la Junta o Comissió mixta IVA/ITP.

(3) Com a lenitiu a aquesta duplicitat de garanties, o de garanties i de pagament, l'art 62.8 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària (d'ara endavant, LGT) preveu la suspensió, total o parcial, sense aportació de garanties, «*quan es comprovi que per la mateixa operació s'ha satisfet a la mateixa o una altra administració un deute tributari o s'ha suportat la repercussió d'un altre impost, sempre que el pagament realitzat o la repercussió suportada sigui incompatible amb el deute exigint*». Amb tot, la norma ha previst el cas més sagnant, però no esgota tots els possibles supòsits conflictius. Sense anar més lluny, en cas de controvèrsia sobre l'àmbit de l'exempció o de la validesa de la renúncia, poden aflorar dos procediments d'inspecció diferents: per regularitzar l'IVA en seu del transmissor i per exigir l'ITP a l'adquirent. La nova LGT també ha previst, des d'una perspectiva garantista, una norma especial de *dies a quo per tal que el còmput de la prescripció del dret a la devolució d'ingressos indeguts, que l'art 67.1 LGT, paràgraf 5è., per a tributs incompatibles que gravin una mateixa operació, desplaça a la data de «resolució de l'òrgan específicament per dirimir quin és el tribut procedent»*.

(4) En el nostre sistema processal, la cassació constitueix un recurs extraordinari

que només és possible davant de determinades resolucions judicials, per uns motius taxats, i la seva funció és depurar la correcta aplicació de la llei pel tribunal d'instància i garantir-ne la interpretació uniforme, transsumpte del valor constitucional de la seguretat jurídica (9.3 CE). Aquesta funció es revela, de forma molt significativa, en el recurs de cassació en interès de llei, que només és possible davant de les sentències insusceptibles de recurs de cassació ordinària, quan «sigui greument danyosa per a l'interès general i errònia la resolució dictada», i versarà sobre «la correcta interpretació i aplicació» de les normes jurídiques (art. 100.1 i 2 de la Llei 29/98, de 29 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa). El recurrent haurà de postular l'adopció d'una determinada doctrina legal que, en cas de prosperar el recurs, quedarà fixada en la dispositiva de la sentència i es publicarà al BOE, i des de la seva publicació, «vincularà tots els jutges i tribunals inferiors en grau en aquest ordre jurisdiccional» (art 100.7 de la Llei de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa). És a dir, la Llei Processal Contenciosa, malgrat que la situació jurídica particular creada per la sentència recorreguda es manté inalterada, confereix a la sentència un singular efecte vinculant que no tenen les altres sentències



del Tribunal Suprem, molt proper al que, per a les sentències del Tribunal Constitucional, reserva l'art. 38 de la Llei Orgànica del Tribunal Constitucional.

- (5) LAMPREAVE, GIMENO i TEROL, *La empresa española ante el Impuesto sobre el Valor Añadido*, Madrid, IEF, 1985, pàg. 367.
- (6) Sobre aquest particular, i sobre els efectes disfuncionals de l'exempció de l'IVA en la fase productiva intermèdia, vegeu BANACLOCHE PALAO, *La renuncia a las exenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido*, Thomson Aranzadi.
- (7) La Directiva del Consell de les Comunitats Europees de 17 de maig de 1977, coneguda com a Sisena Directiva, que, amb l'establiment d'una base imposable uniforme, constitueix la primera baula en el procés d'harmonització de l'IVA, va contemplar una enumeració tancada d'exempcions en operacions interiors, per raons d'interès general o de caràcter tècnic. Entre aquestes últimes, i quant a allò que ens interessa, implantava, al seu art. 13.b), una exempció en l'arrendament de béns immobles, els lliuraments d'edificis i els lliuraments de béns immobles no edificats. En aquestes operacions immobiliàries exemptes, l'art. 13.c), amb caràcter potestatiu, permetia als estats membres concedir als subjectes passius exempts el dret a optar per la tributació per IVA, facultant-los per «restringir l'abast del dret d'opció» i «modalitats del seu exercici». Segons BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, pàg. 47, el Legislador comunitari preveia la renúncia a l'exempció perquè es tractava d'operacions immobiliàries que acostumen a donar-se en el tràfic empresarial, en les quals tant el transmissor com el destinatari són subjectes passius d'IVA, per la qual cosa és més lògica la tributació per aquest impost i, per descomptat, més beneficiosa per a ambdues parts contractants.
- (8) Després del silenci inicial de la primera Llei de l'IVA, la Llei 30/85, de 2 d'agost, reguladora de l'IVA, que va incorporar la llista tancada d'exempcions però no va permetre als subjectes passius renunciar a l'exempció, opció legislativa legítima, perquè, com hem indicat, l'art. 13.c) de la Sisena Directiva conferia als estats membres no només llibertat de transposició de la facultativa opció («els estats membres podran concedir als subjectes passius el dret a optar per la tributació»), sinó que, a més, els permetia «restringir l'abast del dret d'opció» i regular les «modalitats del seu exercici». Com ha assenyalat VARONA ALABERN, aquesta alternativa legislativa era tan vàlida com la que posteriorment va

adoptar la vigent LIVA, perquè «la Sisena Directiva no obliga als estats membres al fet que les seves legislacions admetin el dret del subjecte passiu a renunciar a l'exempció» (VARONA ALABERN, «Las exenciones renunciabiles en la nueva Ley del IVA», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 1993, pàg. 24). En aquest mateix sentit, CAYÓN GALLARDO, FALCÓN Y TELLA i DE LA HUCHA CELADOR, *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema Tributario Español: Incidencia y convergencia*, IEF, 1990, pàg. 246. Segons aquests autors, l'art. 13.c) permetia als estats concedir als subjectes passius «el dret a optar entre la subjecció i l'exempció a l'IVA», però no permetia limitar o condicionar el gaudi de les exempcions previstes a la pròpia Directiva.

- (9) Com adverteix VARONA ALABERN, *op. cit.*, pàg. 15, a l'IVA no s'entaula una relació bilateral entre el subjecte passiu (empresari o professional) i el creditor tributari, «sinó trilateral (cal incloure el destinatari de l'operació)». Segons la nostra opinió, caldria afegir un quart subjecte imbricat: un creditor tributari expectant, que és la Hisenda autonòmica, el crèdit tributari per ITP de la qual penja de l'existència d'una operació immobiliària subjecta però exempta.
- (10) Important categories dogmàtiques del Dret Privat, direm que no estem davant una renúncia en perjudici de tercers, vedada per l'art. 6.2 del Codi civil, sinó tot el contrari. Aquest és precisament el criteri que va adoptar el Tribunal Económico-administratiu Central en la seva Resolució de 29 de maig de 1997, per admetre renúncia a exempcions d'IVA, quan la Llei no ho havia previst expressament. En Dret Tributari, la qüestió no sembla tan clara i, si més no, havia suscitat alguna discussió doctrinal si l'exempció comporta un autèntic dret subjectiu (cosa que semblava clara en les exempcions pregades, el reconeixement de les quals havia de sol·licitar-se pel subjecte passiu, com les de l'art. 5 RIVA), o si es tractava d'aspectes del tribut, indisponibles pel contribuent. Sobre aquest particular, vegeu BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, pàg. 36 i ss. Segons la nostra opinió, des d'una perspectiva iustributària, la categorització de l'exempció tributària com a dret subjectiu, com a poder de voluntat reconegut per l'ordenament jurídic o com a interès jurídicament protegit, sembla discutible quan es tracta d'una exempció objectiva de caràcter tècnic, que transcendeix a tercers, per la qual cosa no sembla admissible a les altres exempcions de l'art. 20

LIVA, per a les quals no es contempla específicament la facultat de renunciar. El caràcter indisponible del crèdit tributari (art. 18 LGT) i el caràcter reglat dels seus elements abonen aquesta tesi o, si més no, l'oposabilitat de la renúncia a la Hisenda pública (art. 17.4 LGT).

- (11) BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, pàg. 59.
- (12) Cal recordar que, d'acord amb l'art. 5 LIVA, són subjectes passius de l'IVA, entre d'altres, «les persones o entitats que realitzin les activitats empresarials o professionals».
- (13) Art. 5.1.b) LIVA, que estableix que seran subjectes passius «les societats mercantils, excepte prova en contra».
- (14) VARONA ALABERN, «El sector inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido», pàg. 21.
- (15) Que es manifesta en els següents termes: «Per tot això, cal entendre que no resulta essencial que aparegui literalment en l'escriptura una renúncia expressa del transmissor a l'exempció de l'IVA, sent suficient la constància d'haver-se repercutit l'impost en la pròpia escriptura de compravenda, doncs d'aquesta manera és inqüestionable que adquirent i transmissor manifesten la seva intenció i coneixement indubtable que l'operació queda subjecta a l'IVA.
En conclusió, allò que realment interessa no és la constància en l'escriptura del terme renúncia, sinó la dada real del compliment de la finalitat perseguida en la norma, que no és una altra que la de garantir la posició de l'adquirent davant de repercussions no volgudes, i aquesta finalitat pot aconseguir-se bé mitjançant la utilització del terme renúncia en l'escriptura o a través de qualsevol altre terme de què es pugui derivar que el transmissor renuncia, de forma explícita o implícita, a l'exempció, que propicia una opció a favor de la mecànica del tribut i no l'exoneració del gravamen. En aquest mateix sentit s'ha pronunciat també el Tribunal Suprem a les sentències de 5 Oct. 2005 (rec. de cassació núm. 7352/2000) i de 13 Des. 2006 (rec. de cassació núm. 4704/2001)».
- (16) En concret, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 22 de gener de 2009 estableix, en el Fonament de Dret 3r., el següent: «La renúncia a l'exempció de l'IVA pel subjecte passiu no necessita la renúncia expressa pel transmissor en escriptura pública. N'hi ha prou que les parts es comuniquin la voluntat de renúncia i el compliment de les condicions per a aquesta, sent aquestes comunicacions entre les parts fefaents i per escrit, sense que sigui necessària la



protocol·lització notarial de les comunicacions perquè produeixin efectes contra tercers ni presentar una declaració subscrita per l'adquirent davant l'Administració d'Hisenda del seu domicili fiscal. La renúncia a l'exempció de l'IVA es concep com un acte inter partes i no davant la Hisenda pública, exprés i amb comunicació per escrit de certes circumstàncies. D'aquesta manera, no es pot pas negar validesa a la comunicació pel fet que no es lliuri a l'Administració Tributària amb caràcter previ a la realització de l'operació. La norma únicament exigeix que tal comunicació es realitzi a l'adquirent. Però no és exigible, en cap cas, que l'adquirent comuniqui a la Hisenda pública que compleix els requisits exigits per a una vàlida renúncia a l'exempció de l'IVA.

És cert que la renúncia s'ha volgut revestir d'un cert caràcter formalista que condicioni essencialment la seva validesa; per això no n'hi ha prou que pugui provar-se que es compleixen els dos primers requisits materials anteriorment enunciat, sinó que han de reflectir-se i comunicar-se fefaentment a l'adquirent amb caràcter previ o simultani al lliurament del bé, però resulta clar que en cap precepte s'exigeix que hagi de reflectir-se necessàriament en document públic.

La necessitat de notificació «fefaent» no implica necessàriament la intervenció del Notari, però sí hi ha d'haver constància efectiva de la notificació en el moment del lliurament del bé. Normalment se sol incloure a la pròpia escriptura pública de transmissió, havent entès la Direcció General de Tributs, en la Resolució de 10 de maig de 1996, contestant a una consulta formulada per la societat que compareix com recorreguda, que es considera «renúncia comunicada fefaentment» la constància en escriptura pública que el transmissor ha rebut una suma de diners en concepte d'IVA encara que no aparegui la renúncia expressament a l'exempció, atès que, amb

la referida indicació, es compleix suficientment el requisit establert reglamentàriament, amb el qual es pretén que ambdues parts coneguin l'impost al qual se sotmet l'operació mitjançant una manifestació que igualment faci fe davant de tercers (la Hisenda pública, en aquest cas).

Per tot això, cal entendre que no resulta essencial que aparegui literalment en l'escriptura una renúncia expressa del transmissor a l'exempció de l'IVA, sent suficient la constància d'haver-se repercutit l'impost en la pròpia escriptura de compravenda, atès que, d'aquesta forma, és inqüestionable que adquirent i transmissor manifesten la seva intenció i coneixement indubtable que l'operació queda subjecta a l'IVA.

En conclusió, allò que realment interessa no és la constància en l'escriptura del terme renúncia, sinó la dada real del compliment de la finalitat perseguida en la norma, que no és una altra que la de garantir la posició de l'adquirent davant de repercussions no volgudes, i aquesta finalitat pot aconseguir-se bé mitjançant la utilització del terme renúncia en l'escriptura o a través de qualsevol altre terme de què es pugui derivar que el transmissor renuncia, de forma explícita o implícita, a l'exempció, que propicia una opció a favor de la mecànica del tribut i no l'exoneració del gravamen».

(17) Amb anterioritat a aquesta Sentència, hi va haver un altre pronunciament del Tribunal Suprem, encara que es referia a un cas de renúncia expressa per document privat (Sentència del Tribunal Suprem de 5 d'octubre de 2005). I més tard es va acollir de nou la tesi de la renúncia tàcita en un supòsit en què resultava inaplicable per no reunir l'adquirent els requisits necessaris per a la seva deducibilitat (Sentència del Tribunal Suprem de 24 de gener de 2007).

(18) No sembla que la falta de constància de la renúncia expressa constitueixi un simple error de fet, susceptible de rectificar-

se en una escriptura d'esmena posterior (art. 153 del Reglament Notarial).

(19) Impròpiament, perquè la repercussió ha de realitzar-se mitjançant l'emissió de la corresponent factura (art. 88.2 LIVA i Reial decret 1496/2003, de 28 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament pel qual es regulen les obligacions de facturació i es modifica el Reglament de l'Impost sobre el Valor Afegit), que, per cert, pot ben entendre's també com una comunicació tàcita de la renúncia, almenys des d'una òptica antiformalista que, certament, no es compadeix amb el zel reglamentista de l'Administració.

(20) Almenys en la mesura en què la fe pública notarial s'estén a la veracitat extrínseca de la declaració del subjecte passiu adquirent, però no penetraria en la veritat material de si l'adquirent estava subjecte o no al règim de prorata o quin era la seva prorata provisional. És més, el propi Legislador tributari, tan amic d'exigir certificats administratius per obviar derivacions de responsabilitat subsidiàries (art. 43.1.f LGT) o solidàries (art. 42.1.c LGT), ha renunciat a establir aquí una norma específica de prèvia acreditació de la veracitat intrínseca mitjançant l'exhibició de l'oportú certificat expedit per l'Administració. D'altra banda, la pròpia jurisprudència ha imposat una certa relaxació d'aquest requisit, en interpretar-ho com una simple exteriorització d'un pressupost material per a la deducció. I, més recentment, el TEAC, a la seva Resolució de 22 de març de 2011, ha admès la renúncia a l'exempció vàlida, ja que, en el moment en què es va produir l'operació, es complien tots els requisits, sense perjudici que, en un moment posterior i com a conseqüència d'una comprovació d'ofici de l'Administració, s'adverteixi una incorrecta determinació del percentatge de prorata provisional deguda a un error fundat en dret.

El termini per impugnar davant els tribunals la desestimació per silenci del recurs governatiu

(Breu reflexió sobre la sentència del Tribunal Suprem de 3 de gener de 2011)

La sentència objecte d'anàlisi d'aquest article aborda els efectes que té el silenci administratiu no en una activitat estrictament administrativa, sinó en la funció de qualificació que realitzen els registradors de la propietat, mercantils i de béns mobles quan se'ls presenten documents per a la seva inscripció als registres corresponents. Més concretament, és objecte d'anàlisi si el transcurs del termini de tres mesos (art. 327, paràgraf 9è, LH) converteix en ferma la desestimació del recurs governatiu o si, per contra, aplicant la regulació administrativa i com a conseqüència de l'obligació de resoldre que té l'Administració, permet una resolució expressa posterior al venciment del termini sense cap vinculació al sentit del silenci.

Benjamín Górriz Gómez

Jutge substitut de Barcelona i professor tutor de la UNED

I. EL SILENCI ADMINISTRATIU

1. Origen del silenci administratiu

La institució del silenci administratiu es troba íntimament lligada a la naturalesa revisora de la jurisdicció contenciosa administrativa i la seva conseqüent necessitat que existeixi un acte administratiu previ, la conformitat a l'ordenament jurídic del qual és revisada per aquest ordre jurisdiccional. Una conseqüència directa d'aquesta necessitat és que, en principi, queden fora de l'àmbit de fiscalització per l'ordre jurisdiccional contenciós aquelles situacions en





què no hi hagi un previ acte administratiu o, dit en altres paraules, la inexistència d'un acte administratiu exprés determina la impossibilitat d'accedir a la via jurisdiccional contenciosa administrativa. Per solucionar el problema, sorgeix la doctrina del silenci administratiu, que, inspirada en la Llei francesa de 17 de juliol de 1900, apareix plasmada amb caràcter general a l'art. 38 LJCA, de 27 de novembre de 1956, i, posteriorment, a l'art. 94 de la Llei de Procediment Administratiu, de 17 de juliol de 1958.

Si es considera que la desestimació per silenci administratiu negatiu és ferm en via administrativa pel transcurs del termini establert per resoldre, la conseqüència obligada és la de la nul·litat radical de qualsevol resolució del recurs dictada amb posterioritat ja que l'Administració manca de competència per modificar una resolució administrativa ferma

L'origen de la institució està inqüestionablement lligat a l'absència d'una resposta per part de l'Administració i la seva aplicació pràctica es va concretar en l'àmbit processal administratiu, possibilitant interposar el recurs procedent. No obstant això, el silenci administratiu, com a patologia del procediment aliena al correcte funcionament de l'Administració (segons paraules de l'Exposició de Motius de la Llei 4/1999, de 13 de gener, modificadora de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, precisament en matèria de silenci administratiu), segueix sent font de polèmica doctrinal i jurisprudencial.

2. Configuració del silenci administratiu

Segons el sentit que la Llei doni al silenci, cal parlar de silenci negatiu o desestimatori i de silenci positiu o estimatori. En relació amb el silenci administratiu negatiu (que és el que interessa ara), pot considerar-se que, després de la Llei 4/1999, de 13 de gener⁽¹⁾, la seva configuració en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, és substancialment igual a la de la

Llei de Procediment Administratiu de 1958. En ambdues regulacions es configura (a diferència del positiu) no com un veritable acte administratiu, sinó com una mera ficció legal a efectes exclusivament processals, amb la finalitat de permetre a l'interessat interposar el recurs jurisdiccional o administratiu pertinent; i l'Administració segueix obligada a dictar una resolució expressa, sense estar vinculada pel sentit negatiu del silenci.

II. APLICACIÓ DEL SILENCI ADMINISTRATIU EN RELACIÓ AMB EL PROCEDIMENT DE QUALIFICACIÓ REGISTRAL

La Sentència del Tribunal Suprem de 3 de gener de 2011, dictada pel Ple de la Sala civil, aborda els efectes que hagi de tenir el silenci administratiu no en una activitat estrictament administrativa, sinó en una activitat en la qual intervé l'Administració, però sense que pugui qualificar-se netament d'«administrativa»⁽²⁾; quina és la funció de qualificació que realitzen els registradors de la propietat, mercantils i de béns mobles quan se'ls presenten documents per a la seva inscripció als registres corresponents, i, en concret, es planteja la Sentència si el transcurs del termini de tres mesos al fet que es refereix l'art. 327, paràgraf 9è, LH⁽³⁾ convergeix en ferma la desestimació del recurs governatiu, o si, per contra, s'ha d'entendre aplicable supletòriament la regulació que conté la Llei 30/1992 (LRJAP-PAC) sobre el silenci administratiu negatiu, de manera que l'obligació de resoldre que té l'Administració ex art. 42 LRJAP-PAC⁽⁴⁾ permet una resolució expressa posterior al venciment del termini sense cap vinculació al sentit del silenci (art. 43.3.b LRJAP-PAC)⁽⁵⁾. El Tribunal Suprem ja avançava que, en el cas que es consideri que la desestimació per silenci administratiu negatiu és ferm en via administrativa pel transcurs del termini establert per resoldre, la conseqüència obligada és la de la nul·litat radical de qualsevol resolució del recurs dictada amb posterioritat, ja que l'Administració manca de competència per modificar una resolució administrativa ferma, excepte quan es tracti dels procediments específicament establerts per a això amb caràcter extraordinari.

La importància de la Sentència comentada radica en el fet que és la primera vegada que el Tribunal Suprem es pronuncia sobre la qüestió i el pronunciament ve del Ple

de la Sala civil, a fi d'unificar doctrina en la matèria, davant l'existència de criteris oposats en les diferents audiències provincials.

1. Posicions de les audiències provincials

Algunes audiències provincials s'han inclinat per admetre la validesa de la resolució recaiguda extemporàniament basant-se, essencialment, en la consideració de la DGRN com a òrgan administratiu que resol mitjançant un procediment d'aquesta naturalesa els recursos interposats contra les qualificacions negatives del registrador, per la qual cosa consideren d'aplicació els arts. 42 i 43 LRJAP-PAC.

Unes altres, per contra, s'han inclinat per entendre que la Resolució de la DGRN recaiguda amb posterioritat al moment en què s'ha d'entendre que s'ha produït el silenci negatiu incorre en nul·litat basant-se, essencialment, en les particularitats de la qualificació del registrador, que no permet considerar-la com un acte administratiu ordinari; en el caràcter específic del procediment regulat a la LH davant del règim general del procediment administratiu; en el mandat exprés contingut a l'art. 327, paràgraf 9è, LH; en la falta de remissió de la LH en matèria de silenci administratiu a la LRJAP-PAC; en la falta de seguretat jurídica que genera l'existència de possibles resolucions contradictòries, i en la naturalesa dels interessos afectats en els procediments registrals.

2. Antecedents de la Sentència del Tribunal Suprem de 3 de gener de 2011

Es presenta per a la seva inscripció, en el Registre de la Propietat corresponent, una escriptura de compravenda. La Registradora de la Propietat suspèn la inscripció perquè els termes del poder de la representant de la venedora no s'hi relacionen de forma suficient per permetre'n la qualificació i tampoc no s'acompanya còpia autoritzada de l'escriptura de poder.

El dia 15 de juliol de 2002 el Notari autoritzant interposa recurs governatiu.

La DGRN, per Resolució de 29 de setembre de 2005 (havent transcorregut més de tres anys des de la interposició),

va estimar el recurs i va revocar la qualificació de la Registradora.

La Registradora va acudir al Jutjat de Primera Instància corresponent, interposant demanda en sol·licitud que es deixés sense efecte la Resolució de la DGRN, per considerar que el recurs governatiu havia d'entendre's desestimat pel transcurs de tres mesos, en virtut de l'art. 327, paràgraf 9è, LH.

En la regulació general del silenci administratiu, la voluntat d'afavorir l'administrat davant de l'exercici de les potestats exorbitants de l'Administració és un principi bàsic; no obstant això, en l'àmbit registral, predomina la protecció dels drets dels tercers que poden resultar afectats per l'accés al Registre d'un dret reconegut amb caràcter extemporani

El Jutjat va estimar la demanda i va declarar la nul·litat de la Resolució de la DGRN perquè, en síntesi, una vegada transcorregut el termini de tres mesos, l'acte presumpte per silenci administratiu és ferm en via administrativa i tampoc no es pot modificar quan ja no és possible impugnar-lo en via judicial per haver transcorregut el termini d'un any des de la interposició del recurs governatiu.

Interposat el recurs d'apel·lació, l'Audiència Provincial el va desestimar, argumentant que no es pot admetre l'aplicació automàtica de les normes administratives ordinàries per satisfer les seves llacunes en tots els casos de les resolucions de la DGRN, tenint en compte les seves pecuïars característiques. En aquest cas, no resulta d'aplicació supletòria la normativa sobre el silenci administratiu, tenint en compte que:

- L'art. 327, paràgraf 10è, LH no s'hi remet, a diferència del que succeeix en altres passatges del mateix article.
- L'art. 327, paràgraf 11è, LH fa desaparèixer la protecció que atorga l'assenament de presentació, ja que la seva pròrroga venç quan hagi transcorregut un any i un dia hàbil des de la data d'interposició del recurs governatiu, que és el termini per recórrer la deses-

timació presumpta que es consumeixi després de tres mesos, la qual cosa ens porta a concloure que, almenys des d'aquest moment, ja no és possible la modificació jurídica del statu quo (estat de l'assumpte) creat per aquesta desestimació presumpta, ni per interposició d'un recurs judicial, ni per una ulterior resolució expressa de la DGRN.

- Les funcions i objectius que el nostre ordenament atribueix al Registre de la Propietat i les especialitats del procediment registral respecte a l'activitat estrictament administrativa aconsellen en aquest punt una regulació diversa, com preconitza una part important de la doctrina.
- La solució adoptada no causa indefensió, atès que el transcurs del termini de tres mesos permet l'obertura de la via judicial i, amb ella, s'evita una situació d'incertesa *sine die*.

Contra la sentència de l'Audiència Provincial, l'Advocat de l'Estat va interposar recurs de cassació, que va ser admès a l'empara de l'art. 477.2.3 LECv, per raó d'interès cassacional i que és resolt pel Tribunal Suprem a la Sentència objecte d'aquest comentari.

3. Fundaments del Tribunal Suprem

La Sentència del Tribunal Suprem considera que la qüestió s'ha de resoldre en el sentit que el transcurs del termini imposit a la DGRN, en el paràgraf 9è de l'art. 327 LH, per resoldre i notificar el recurs interposat contra la qualificació negativa del Registrador, determina que s'entengui desestimat el recurs i comporta la nul·litat de la resolució del recurs recaiguda amb posterioritat al transcurs d'aquest termini. Les raons en què es basa són les següents:

- L'aplicació supletòria de les normes de procediment administratiu a l'àmbit de la qualificació registral no es pot acceptar amb caràcter general ni de manera abstracta. La funció de qualificació presenta particularitats de notòria importància respecte del règim de les activitats de les administracions públiques que justifiquen el seu tractament específic des del punt de vista científic, normatiu i jurisdiccional.

— Des del punt de vista jurisdiccional, la revisió de l'activitat registral immobiliària no correspon a l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu, sinó al civil, per raó de la naturalesa privada i patrimonial dels drets que constitueixen el seu objecte [art. 3.a) LJCA].

— La DGRN és un òrgan administratiu i les seves resolucions tenen naturalesa administrativa, però amb característiques molt especials davant del règim de l'activitat administrativa. La Resolució de la DGRN no és, en conseqüència, un acte administratiu abstracte, sinó que té com a pressupòsit i objecte un acte de qualificació del Registrador, que no pot ser considerat per raó del seu contingut com a acte subjecte al Dret Administratiu, i el seu conseqüent jurídic és l'examen de la seva legalitat per part de l'ordre jurisdiccional civil.

— De l'anterior, se segueix que la naturalesa d'acte administratiu que tenen les resolucions de la DGRN per les quals es resolen recursos contra les qualificacions negatives dels registradors de la propietat no permet, sense més, projectar el règim administratiu general sobre la seva regulació, doncs això podria determinar efectes incompatibles amb els principis del sistema registral en el qual es desenvolupa la funció de qualificació dels registradors i l'examen de la seva legalitat per la jurisdicció civil.

— Si no es pot partir d'una aplicació automàtica del règim administratiu a les resolucions de la DGRN per les quals es resolen recursos contra qualificacions negatives dels registradors, sembla raonable esperar del Legislador una remissió específica als aspectes d'aquest règim que consideri aplicables a la funció registral.

— L'art. 327 LH conté remissions concretes al règim administratiu, però no pel que fa al silenci administratiu, sinó que els efectes del silenci es regulen de manera específica, establint que el recurs s'entendrà desestimat pel transcurs d'un determinat termini.

— La LRJAP-PAC no segueix principis que puguin considerar-se generals en la regulació d'aquesta institució i, de fet, aquests han estat modificats de manera rellevant per la Llei 4/1999.



Mentre que, a la primera redacció de la LRJAP-PAC, el silenci negatiu tenia característiques més properes a les d'un acte presumpte, en certes condicions de caràcter irrevocable, a partir de la Llei 4/1999, el silenci negatiu es configura com una mera ficció que no permet sostenir l'existència d'un acte administratiu.

- Finalment, resulta decisiu per al Tribunal Suprem el fet que la DGRN pogués modificar la decisió una vegada transcorregut el termini per resoldre, la qual cosa crearia una situació d'inseguretat jurídica. En efecte, el sistema registral està encaminat a la protecció de drets de caràcter privat (que no són els propis de l'interès general, a la consecució del qual va dirigida l'activitat administrativa). Mentre que en la regulació general del silenci administratiu opera de manera prevalent la voluntat d'afavorir l'administrat davant de l'exercici de les potestats exorbitants per part de les administracions públiques, en l'àmbit registral predomina, en aquest supòsit, la protecció dels drets dels tercers que, després d'obtenir la inscripció del seu dret, poden resultar afectats per l'accés al Registre d'un dret reconegut per la DGRN amb caràcter extempore, com passa en el cas examinat, amb diversos anys de retard respecte del moment en què va haver de decidir-se l'expedient.

4. Conseqüències

De la Sentència del Tribunal Suprem de 3 de gener de 2011 cal extreure dues importants conseqüències:

- a) La desestimació del recurs governatiu pel transcurs del termini que disposa la DGRN per resoldre (ex art. 327, paràgraf 9è, LH, tres mesos), és a dir, pel silenci de la DGRN, és ferma en via administrativa.
- b) Atès que l'Administració manca de competència per modificar una resolució administrativa ferma, excepte pels procediments específicament establerts a aquest efecte, la conseqüència obligada és la nul·litat radical de la Resolució expressa posterior del recurs.

La Sentència del Tribunal Suprem es pronuncia exclusivament sobre la qüestió de la fermesa de la desestimació per silenci administratiu del recurs governatiu, però no ho fa sobre una altra qüestió sobre la qual sí es va pronunciar la Sentència del Jutjat de Primera Instància que porta causa la sentència de cassació: la Sentència del Tribunal Suprem no es pronuncia sobre quin és el termini d'interposició de la demanda judicial contra la desestimació per silenci del recurs governatiu o, millor dit, sobre quin és el *dies a quo* del termini previst a l'art. 328, paràgraf 2n, LH. Referent a això, la Sentència del Jutjat de Primera Instància va afirmar que l'acte presumpte de desestimació del recurs governatiu era immodi­ficable perquè també havia transcorregut el termini d'un any des de la interposició del recurs governatiu (Antecedent de fet 1r. de la Sentència del Tribunal Suprem).

La pregunta ha de posar-se en relació amb la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el termini d'interposició del recurs contenciós administratiu en els casos de desestimacions per silenci administratiu, previst a l'art. 46.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, segons la qual el termini per interposar el recurs contenciós administratiu serà de dos mesos a comptar de l'endemà de la publicació de la disposició impugnada o de la notificació o publicació de l'acte que posi fi a la via administrativa, si fos exprés; si no ho fos, el termini serà de sis mesos a comptar, per al sol·licitant i altres possibles interessats, de l'endemà del dia en què, d'acord amb la seva normativa específica, es produeixi l'acte presumpte.

III. EL TERMINI PER IMPUGNAR DAVANT ELS TRIBUNALS LA DESESTIMACIÓ PER SILENCI DEL RECURS GOVERNATIU

L'art. 328 LH estableix que les resolucions presumptes de la DGRN en matèria del recurs contra la qualificació dels registradors seran recurribles davant els òrgans de l'ordre jurisdiccional civil, sent aplicables les normes del judici verbal, havent d'interposar-se la demanda, en el cas de recursos desestimats per silenci administratiu, en el termini de cinc mesos i un dia des de la data d'interposició del recurs (segons redacció de l'art. 328, paràgraf

2n, LH, donada per la Llei 24/2005, de 18 de novembre, de reformes per a l'impuls a la productivitat; abans d'aquesta modificació, el termini era d'un any des de la data d'interposició del recurs governatiu).

a) El termini per interposar el recurs contenciós administratiu en els casos de silenci administratiu negatiu segons el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre el silenci administratiu en casos en què resultaven afectats drets fonamentals, essencialment el dret a la tutela judicial efectiva, en el seu vessant d'accés a la jurisdicció (art. 24.1 CE). Entre d'altres, cal destacar els següents pronunciaments:

- El silenci administratiu negatiu és una ficció legal que respon a la finalitat que l'administrat pugui, previs els recursos pertinents, arribar a la via judicial superant els efectes d'inactivitat de l'Administració. [STC 6/1986, de 21 de gener (rec. 797/1984), FJ 3.c; STC 72/2008, de 23 de juny (rec. 6615/2005) FJ 3r.]
- La doctrina constitucional sobre el silenci administratiu negatiu ha estat construïda des de la perspectiva de garantir el dret fonamental d'accés a la jurisdicció. En aquest sentit, l'Administració no pot veure's beneficiada per l'incompliment de la seva obligació de resoldre expressament en termini sol·licituds dels ciutadans, deure que entronca amb la clàusula de l'Estat de Dret (art. 1.1 CE), així com amb els valors que proclamen els arts. 24.1, 103.1 i 106.1 CE. [STC 188/2003, de 27 d'octubre (rec. 1497/2000), FJ 6r.]
- Si el silenci negatiu és una institució creada per evitar els efectes paralitzants de la inactivitat administrativa, és evident que, davant una resolució presumpta d'aquesta naturalesa, el ciutadà no pot estar obligat a recórrer, sempre i en tot cas, sota pretext de convertir la seva inactivitat en consentiment amb l'acte presumpte, i exigir-se-li un deure de diligència que no li és exigit a l'Administració en el compliment del seu deure legal de dictar resolució expressa en



tots els procediments. [STC 188/2003, de 27 d'octubre (rec. 1497/2000), FJ 6è; STC 72/2008, de 23 de juny (rec. 6615/2005), FJ 3r]

- Enfront de les desestimacions per silenci, el ciutadà no pot estar obligat a recórrer, sempre i en tot cas, sota pretext de convertir la seva inactivitat en consentiment de l'acte presumpte, imposant-li un deure de diligència que, no obstant això, no li és exigible a l'Administració en el compliment del seu deure legal de dictar resolució expressa en tots els procediments. [STC 72/2008, de 23 de juny (rec. 6615/2005), FJ 3r; STC 175/2008, de 22 de desembre (rec. 3389/2005), FJ 3r]
- Deduir d'aquest comportament passiu (que, no ho oblidem pas, ve derivat de la pròpia actitud de l'Administració) un consentiment amb el contingut d'un acte administratiu que va ser impugnat dins el termini i en la forma escaient suposa una interpretació absolutament desenraonada des del punt de vista del dret d'accés a la jurisdicció. [STC 188/2003, de 27 d'octubre (rec. 1497/2000), FJ 6è]

Per tot això, i encara que l'art. 46.1 de la Llei de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa estableix que el termini per interposar el recurs contenciós administratiu, quan l'acte no sigui exprés, serà de sis mesos a comptar de l'endemà del dia en què, d'acord amb la seva normativa específica, es produeixi l'acte presumpte, la conclusió a la qual arriba el Tribunal Constitucional amb els anteriors pronunciaments (i molts altres que conformen un consolidat cos de doctrina sobre aquest tema) és que, des de la perspectiva del dret fonamental a la tutela judicial efectiva, en el seu vessant d'accés a la jurisdicció, no són admissibles les resolucions judicials que declaren l'extemporaneïtat i consegüent inadmissió del recurs contenciós administratiu per haver estat interposat una vegada transcorregut el termini previst per recórrer en via judicial contra la desestimació presumpta, perquè aquesta declaració d'extemporaneïtat pren com a pressupòsit l'obligació de l'administrat de reaccionar en via jurisdiccional contra la desestimació presumpta per silenci administratiu negatiu. En altres paraules, no són constitucionalment admissibles les decisions judicials d'inad-

missió del recurs contenciós administratiu (que impedeixen un pronunciament sobre el fons de la qüestió) quan l'Administració ha incomplert la seva obligació de resoldre expressament, fet que en la pràctica es tradueix que, d'acord amb aquesta doctrina del Tribunal Constitucional, les desestimacions produïdes per silenci administratiu poden ser recorregudes en via contenciosa administrativa sense subjecció a termini.

b) I, arribats a aquest punt, cal preguntar-se: és aplicable aquesta doctrina del Tribunal Constitucional en relació amb el termini d'interposició del recurs contenciós administratiu, en el cas de la interposició de la demanda davant de la desestimació per silenci del recurs governatiu?

Cal partir del fet que les decisions d'inadmissió dels òrgans jurisdiccionals afecten el dret a la tutela judicial efectiva sense indefensió, en el seu vessant d'accés a la jurisdicció, i, per tant, del que es tracta és d'evitar decisions que, pel seu rigorisme o pel seu formalisme excessiu, impedeixin que l'òrgan jurisdiccional es pronuncii sobre el fons de l'assumpte.

Estant, per tant, en joc el dret fonamental d'accés a la jurisdicció, han de resultar indiferents tant l'ordre jurisdiccional al que es pretén accedir (sigui el contenciós administratiu o el civil) com la naturalesa de l'activitat prèvia l'enjudiciament de la qual pretén sotmetre's a la jurisdicció (sigui estrictament administrativa o no o sigui civil). Per això, entenem que, amb independència de la doctrina continguda a la Sentència del Tribunal Suprem de 3 de gener de 2011, que afecta la declaració de fermesa de la desestimació per silenci administratiu (fet que és una qüestió de pura legalitat ordinària)(6), la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el dret d'accés a la jurisdicció en els casos d'interposició de recurs contenciós administratiu davant de desestimacions per silenci administratiu ha de ser igualment aplicable en el cas d'interposició de la demanda civil davant de la desestimació per silenci del recurs governatiu, ja que no es pot desconèixer que la DGRN és un òrgan administratiu i que, amb independència de la concreta regulació del silenci administratiu en la Llei 30/1992, el

deure de l'Administració de resoldre expressament en termini les sol·licituds dels ciutadans entronca amb la clàusula de l'Estat de Dret (art. 1.1 CE), així com amb els valors que proclamen els arts. 24.1, 103.1 i 106.1 CE [STC 188/2003, de 27 d'octubre (rec. 1497/2000), FJ 6è], per la qual cosa aquest deure té un origen constitucional i és independent de la naturalesa de l'activitat que dugui a terme l'Administració.

Per tant, l'essencial no és la naturalesa de l'activitat en què es produeix el silenci de l'Administració, sinó que l'Administració no ha contestat (que hi ha silenci administratiu). A això cal afegir que els legitimats per interposar el recurs governatiu no són exclusivament el Notari autoritzant, sinó també els propis particulars interessats(7), amb el que la situació de partida podria ser exactament la mateixa que en el cas d'una desestimació per silenci d'un recurs administratiu: enfront de la decisió (qualificació) negativa d'un funcionari(8) s'interposa, pel particular afectat, un recurs (governatiu) davant un òrgan administratiu (la DGRN) i aquest no contesta en termini.

Donant per fet que, segons el parer de qui escriu aquestes línies, la doctrina del Tribunal Constitucional ha de ser aplicable també en el cas de la desestimació per silenci del recurs governatiu, amb el resultat pràctic que, enfront de les afirmacions del Jutjat de Primera Instància, la desestimació del recurs governatiu per silenci administratiu ha de ser recurrible davant els òrgans de l'ordre jurisdiccional civil sense subjecció a cap termini, no podem pas concloure sense recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional conté una certa contradicció que consisteix, molt en síntesi, que el Tribunal Constitucional retreu que, en els casos de silenci administratiu negatiu, es computi el termini per recórrer, sense cap altra consideració, com si d'una notificació amb tots els requisits es tractés, i retreu, igualment, la contradicció existent entre el règim aplicat a les notificacions defectuoses i l'aplicat al silenci negatiu, però sense plantejar-se la constitucionalitat dels preceptes legals implicats. Hem defensat en treballs anteriors sobre la qüestió(9) que aquests retrets no deriven d'una determinada interpretació de les normes jurídiques aplicables (que el propi Tribunal Constitucional reconeix que no és arbitrària o desenraonada, sinó, simplement, no ajustada al principi de proporcionalitat), sinó que deriven de



la pròpia Llei. La contradicció no deriva tant de l'establiment per la Llei d'un termini per interposar el recurs jurisdiccional en els casos de desestimacions presumptes per silenci administratiu com de la forma de computar-ho i, més concretament, de com ha estat fixat el *dies a quo* (o dia inicial d'aquest còmput). El Legislador no s'ha limitat, a l'art. 46.1 LJCA, de 1998, a establir un termini, sinó que ha estat una determinada interpretació dels òrgans jurisdiccional la que ha concretat el *dies a quo* en un cas o un altre; és el Legislador qui ha fixat el *dies a quo* per al còmput del termini en els casos de silenci negatiu, establint, a més, que es computi, sense cap altra consideració, a partir de l'endemà del dia en què, d'acord amb la seva normativa específica, es produeixi l'acte presumpte, i és el Legislador qui ha fixat el *dies a quo* per al còmput del termini, quan es tracta d'impugnació d'actes notificats defectuosament, a partir de la data en què l'interessat realitzi actuacions que suposin el coneixement del contingut i l'abast de la resolució o acte objecte de la notificació o interposi qualsevol recurs que procedeixi.

L'essencial no és la naturalesa de l'activitat en què es produeix el silenci de l'Administració, sinó que l'Administració no ha contestat (que hi ha silenci administratiu). Així cal afegir que els legitimats per interposar el recurs governatiu són exclusivament el Notari autoritzant, sinó també els propis particulars interessats

La interpretació del Tribunal Constitucional salva el problema plantejat per l'existència de la contradicció a la qual hem fet referència anteriorment, resultant del diferent règim aplicable a les notificacions defectuoses i als supòsits de silenci negatiu, i que és considerada pel Tribunal Constitucional contrària al principi *pro actione*, però crea un altre problema no menys important: xoca frontalment amb allò previst pel Legislador. I, sent així, els retrets d'inconstitucionalitat no haurien de recaure sobre les resolucions judicials que apliquen la legislació en els propis termes establerts pel Legislador i, conseqüentment, no salven la contradic-

ció existent, sinó, si s'escau, sobre els preceptes legals que originen la contradicció.

- (1) No cal oblidar que, en la redacció originària de la Llei 30/1992, el silenci negatiu no era una mera ficció, sinó un autèntic acte administratiu, un acte presumpte immodificable excepte pels procediments de revisió.
- (2) La pròpia Sentència citada recull tres posicions respecte de la naturalesa de la qualificació registral: 1) la d'aquells que defensen la seva naturalesa administrativa, en emanar els actes de qualificació d'autèntiques administracions públiques que ostenten potestat administrativa; 2) la d'un sector minoritari de la doctrina civilista, que defensa la seva naturalesa judicial, i 3) la de qui considera que s'assembla més als procediments de jurisdicció voluntària. La DGRN, per la seva banda, ha establert que la qualificació registral no és ni un acte de jurisdicció voluntària ni un *tertius genus* entre el procediment administratiu i el de jurisdicció voluntària, sinó que participa dels caràcters propis d'una funció pública l'exercici de la qual ha de subjectar-se al règim jurídic propi d'actuació de les administracions públiques; a més, el Legislador ha anat progressivament administrativitzant aquesta funció. Vegeu, sobre aquest tema, la Resolució de 14 de juliol de 2006, que destaca alguns exemples d'aquesta administrativització: en la configuració del recurs enfront de la qualificació negativa, la Llei 24/2001, de 27 de desembre, va optar per prendre com a model el recurs d'alçada previst en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, demostrant d'aquesta manera que el Registrador, en l'exercici de la seva funció, està subjecte a dependència jeràrquica de la DGRN. Per aquesta mateixa raó, l'art. 322, paràgraf 2n, LH ordena que s'apliquin a la notificació de la qualificació negativa els requisits de la notificació de l'acte administratiu (arts. 58 i 59 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre); per la mateixa raó, l'art. 327, paràgraf 3r, LH aplica les previsions de l'art. 38.4 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre. I, finalment i d'enorme transcendència, el paràgraf 2n de l'art. 19 bis LH ordena la forma d'efectuar la qualificació negativa i exigeix la seva motivació prenent com a clara referència l'art. 54 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.
- (3) Art. 327, paràgraf 9è, LH: «La Direcció General haurà de resoldre i notificar el recurs interposat en el termini de tres mesos,

computats des que el recurs va tenir la seva entrada en Registre de la Propietat la qualificació del qual es recorre. Transcorregut aquest termini sense que recaigui resolució, s'entendrà desestimat el recurs, quedant expedida la via jurisdiccional, sense perjudici de la responsabilitat disciplinària al fet que això donés lloc».

- (4) Art. 42.1 de la Llei 30/1992: «L'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments i a notificar-la, sigui quina sigui la seva forma d'iniciació».
- (5) Art. 43.3 de la Llei 30/1992: «L'obligació de dictar resolució expressa a que fa referència l'apartat primer de l'article 42 se subjectarà al següent règim: a) En els casos d'estimació per silenci administratiu, la resolució expressa posterior a la producció de l'acte només podrà dictar-se si és confirmatòria d'aquest. b) En els casos de desestimació per silenci administratiu, la resolució expressa posterior al venciment del termini s'adoptarà per l'Administració sense cap vinculació al sentit del silenci».
- (6) En relació amb la fermesa de resolucions administratives, la Sentència del Tribunal Constitucional 243/2006, de 24 de juliol (Sala Primera, rec. 1878/2002, ponent Maria Emilia Casas Baamonde), va establir que, si el transcurso del termini fixat per resoldre un recurs sense haver recaigut resolució (que permet tenir-ho per desestimat) autoritza o no l'Administració a considerar ferme l'acte exprés originari, és una qüestió de legalitat ordinària aliena, en principi, a la jurisdicció constitucional.
- (7) Segons l'art. 325 LH, estan legitimats per interposar el recurs governatiu, entre d'altres, «la persona, natural o jurídica, al favor de la qual s'hagués de practicar la inscripció, qui tingui interès conegut a assegurar els efectes d'aquesta, com a transferidor o per un altre concepte, i qui ostenti notòriament o acrediti en forma autèntica la representació legal o voluntària d'uns i d'altres per tal objecte».
- (8) La Sentència del Tribunal Constitucional 207/1999, d'11 de novembre (Ple, rec. 1840/1989, ponent Pablo García Manzano), FJ 8è, va afirmar el caràcter de funcionaris públics dels registradors.
- (9) «El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de desestimaciones presuntas por silencio administrativo», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2099, 15 desembre 2009, pàg. 7-36; «La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo», *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 150, juny 2010, pàg. 55-59.

Recomanacions sobre la concessió de préstecs en moneda estrangera

La Junta Europea de Risc Sistèmic ha recomanat un control dels préstecs concedits en moneda estrangera a prestataris no coberts per evitar la creació de «bombolles» en els preus dels actius.

Elisabeth García Cueto

Notària de Santa Coloma de Queralt

La Recomanació de la Junta Europea de Risc Sistèmic de 21 de setembre de 2011, sobre la concessió de préstecs en moneda estrangera (DOUEC de 22 de novembre de 2011), es basa en l'augment, en diversos estats membres de la Unió Europea, de la concessió de préstecs en moneda estrangera a prestataris no coberts. Es preveu que un augment exagerat en la concessió pot comportar certs

riscos i efectes negatius indirectes entre els diferents estats. És per això que es busca limitar l'exposició a aquests, augmentant (encara més, si fos possible) la fortalesa del sistema financer mitjançant un control dels préstecs concedits, el preu del risc vinculat a la concessió d'aquests, i evitant la creació de «bombolles» en els preus dels actius. I, per tant, el contagi a altres membres.





Per poder articular aquesta regulació, s'ha de començar mitjançant la millora de la consciència del risc que impliquen aquestes operacions per part dels prestataris i, d'aquesta manera, fomentar la concessió de préstecs d'una manera responsable. Moltes vegades, els prestataris no són conscients que les alteracions en els tipus de canvi poden realment afectar la seva capacitat de pagament dels deutes en moneda estrangera; és per això que la fase prèvia de verificació de la solvència dels prestataris abans de la concessió del préstec no és només capital, sinó que s'ha d'anar revisant durant tota la vida d'aquest.

Exigències de l'Estat membre a les entitats financeres

D'altra banda, no menys important és determinar les exigències de l'Estat membre a les entitats financeres. En aquest sentit, es recomana:

- a) Exigir a les institucions financeres que facilitin als prestataris la informació adequada sobre els riscos que suposen els préstecs en moneda estrangera. Aquesta informació ha de ser suficient perquè els prestataris puguin prendre decisions fundades i prudentes i comprendre, almenys, els efectes que es poden produir en les quotes com a conseqüència d'una forta depreciació de la moneda de curs legal de l'Estat membre del domicili del prestatari i d'un augment del tipus d'interès estranger.
- b) Vigilar els nivells de concessió de préstecs en moneda estrangera. Les autoritats, a més, hauran d'estar pendents també dels desajustaments monetaris del sector privat no financer i adoptar les mesures necessàries per limitar la concessió de préstecs en moneda estrangera.
- c) Concedir préstecs en moneda estrangera només a aquells prestataris que demostrin la seva solvència, tenint en compte l'estructura de reemborsament dels préstecs i la capacitat d'aquests per resistir pertorbacions adverses dels tipus de canvi i del tipus d'interès estranger.

- d) Millorar la incorporació dels riscos en la concessió d'aquests préstecs mitjançant un canvi en els sistemes interns de gestió de riscos. Les directrius que cal tenir en compte giren entorn de la determinació interna del preu del risc i l'assignació interna de capital; aplicant-les, les entitats financeres, de manera proporcional a la seva mida i complexitat.

Paper de les autoritats nacionals de supervisió

I, finalment, les autoritats nacionals també han de tenir un paper de vital importància, com es posa de manifest a partir de la Recomanació E. Així, es preveu que les autoritats nacionals haurien d'aplicar les mesures específiques del segon pilar del marc revisat de Basilea II i, especialment, exigir a les institucions financeres que mantinguin un capital adequat que cobreixi els riscos relacionats amb la concessió de préstecs en moneda estrangera (en particular, tots aquells derivats de la relació no lineal entre els riscos de crèdit i mercat). Les entitats s'han de sotmetre a certes proves. L'avaluació corresponent haurà de fer-se segons l'examen supervisor i al procés d'avaluació descrit a l'article 124 de la Directiva 2006/48/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de juny de 2006, relativa a l'accés a l'activitat de les entitats de crèdit i al seu exercici, o segons una futura legislació anàloga que ho prevegi, si escau.

Tot això, sense perjudici que la Unió Europea pugui arribar a establir els requisits de capital de les entitats de crèdit. Es recomana, en aquest punt relatiu a la revisió o control de les institucions financeres, que l'autoritat encarregada de l'entitat de crèdit que es tracti prengui, en primer lloc, mesures reguladores; si el supervisor consolidat considera que aquestes mesures són insuficients per a respondre adequadament als riscos relacionats amb la concessió de préstecs en moneda estrangera, aquest podrà prendre mesures apropiades per mitigar els riscos observats, en particular, mitjançant la imposició de requisits de capital addicionals a l'entitat de crèdit matriu de la Unió.

Es recomana de nou a les autoritats nacionals de supervisió que vigilin atenta-

ment els riscos de finançament i liquiditat als quals s'exposin les institucions financeres en relació amb la concessió de préstecs en moneda estrangera, a més de les seves posicions de liquiditat generals. Cal posar especial atenció als riscos relatius a:

- a) Tot augment dels desajustaments de venciments i monedes entre actius i passius.
- b) La dependència dels mercats estrangers per les permutes de divises (incloses les permutes de tipus d'interès de divises).
- c) La concentració de les fonts de finançament.

S'ha d'evitar que l'exposició als riscos esmentats arribi a nivells excessius, podent les autoritats nacionals de supervisió, si ho creuen oportú, considerar que han de limitar-la sense que es desfacin de manera desordenada les estructures financeres existents.

Es recomana a les autoritats nacionals de supervisió que vigilin atentament els riscos de finançament i liquiditat als quals s'exposin les institucions financeres en relació amb la concessió de préstecs en moneda estrangera, a més de les seves posicions de liquiditat generals

Finalment, i ja en el marc de cooperació i reciprocitat entre els diferents estats membres de la Unió Europea, es recomana a les autoritats nacionals de supervisió dels membres d'origen de les institucions financeres pertinents que imposin mesures a la concessió de préstecs en moneda estrangera que siguin, almenys, tan estrictes com les vigents en els estats membres d'acolliment on aquestes institucions operin mitjançant la prestació de serveis transfronterers o mitjançant sucursals. La recomanació s'aplica només als préstecs en moneda estrangera concedits a prestataris domiciliats en els estats membres d'acolliment. Si escau, les mesures han d'aplicar-se a nivell individual, subconsolidat i consolidat.



Ressenyes de normativa

Modificació en la Llei d'Estrangeria

Llei Orgànica 10/2011, de 27 de juliol, de modificació dels articles 31 bis i 59 bis de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social

La present modificació de la Llei d'Estrangeria (Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener) s'encarrega, d'una manera específica, de resoldre dues situacions molt concretes: la de la dona estrangera que està sent víctima de la violència de gènere i la d'aquelles víctimes d'explotació de persones. En tots dos casos, cal que es denunciï aquesta situació de fet i el maltractador o agressor.

La conseqüència de trobar-se en aquesta situació és que aquestes dones seran objecte d'un expedient administratiu sancionador per trobar-se de forma irregular al nostre país; aquest, al seu torn, quedarà suspès fins a la resolució del procediment penal relacionat amb el maltractament o l'explotació de persones. Així mateix, i paral·lelament, com a novetat introduïda per aquesta Llei, es podrà sol·licitar una autorització de residència i treball per circumstàncies extraordinàries. Doncs, si no es concedeix aquesta autorització, ens trobaríem (i és el que ha estat passant fins ara) amb el fet que moltes dones no vulguin denunciar aquesta situació.

Davant aquests fets, el Legislador espanyol ha volgut donar major importància als fets constitutius de delicte, enfront de la situació d'irregularitat de la denunciada. I per aquest motiu el fonament de la norma resideix, tal com esmenta la seva Exposició de Motius, en què es faci prevaler la protecció dels drets a la integritat física i moral de la dona quan pateix situacions especials, com la de violència de gènere, i el seu dret a la tutela judicial efectiva, davant d'una sanció per estar en situació d'irregularitat. Cal, en definitiva, donar una protecció adequada a les víctimes d'aquests delictes per part de l'Administració.

Ara bé, per evitar l'ús fraudulent de la norma, si es donés el cas que judicialment s'hagi considerat que no existeix la situ-

ació de violència de gènere, l'expedient sancionador d'irregularitat que estava suspès continuarà el seu curs.

Sent així les coses, ja a la pròpia Exposició de Motius es fa una especial èmfasi en la situació «límit» en què es troben o poden trobar-se aquestes persones. Per aquest motiu també s'introdueix allò que es denomina un període de «restabliment i reflexió», que tindrà una durada mínima de trenta dies, durant el qual la víctima ha de decidir si coopera amb les autoritats en la investigació del delicte i, si escau, en el procés penal subsegüent.

En definitiva, del que es tracta és de proporcionar mesures de protecció a les dones víctimes de violència de gènere i a aquelles víctimes de l'explotació de persones que tinguin el valor de denunciar els seus maltractadors o explotadors, segons el cas. Mesures que, en tot cas, es troben dins de la tutela dels drets constitucionals de la víctima i, en concret, del dret a la tutela judicial efectiva.

Europa

Reglament intern del Comitè de Vigilància de l'Oficina Europea de Lluita contra el Fraud (OLAF)

El Comitè de Vigilància de l'OLAF té com a finalitat principal l'acompliment de les funcions establertes al Reglament CE núm. 1073/1999 i a la Decisió 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comissió, de 28 d'abril de 1999, per la qual es va crear l'Oficina Europea de Lluita contra el Fraud (OLAF).

Un dels pilars bàsics d'aquesta institució és la independència en la seva actuació, realitzant un control periòdic a tota la informació i documentació que li transmeti el Director General de l'OLAF que tingui a veure amb qualsevol fet, possible activitat il·legal o conducta inadequada.

Convenis entre Espanya i diversos països

Panamà

Conveni per evitar la doble imposició en matèria d'impostos sobre la renda

i sobre el patrimoni i prevenir l'evasió fiscal (7 d'octubre de 2010, a Madrid), aplicant-se a qualsevol resident en un dels dos estats signataris.

Els impostos actuals als quals s'aplica aquest Conveni són, en particular i respecte a Espanya: 1) l'Impost sobre la Renda de les Persones Físiques; 2) l'Impost de societats; 3) l'Impost sobre el Patrimoni; 4) l'Impost sobre la Renda de no Residents, i 5) els impostos locals sobre la renda i el patrimoni.

Tunísia

Acord per al reconeixement recíproc i el bescanvi dels permisos de conducció nacionals (22 de juny de 2010, Madrid).

Tots dos països reconeixen recíprocament el permís de conduir en vigor i expedit per les autoritats competents en cadascun d'ells, quan el titular tingui la residència legal fixada a l'altre territori.

Xile

Acord per a l'aplicació del Conveni Multilateral Iberoamericà de Seguretat Social (11 de setembre de 2009, Lisboa).

S'ha procedit a la signatura, per part de la República de Xile, el dia 1 de setembre de 2011.

Equador

Acord de caràcter administratiu per a l'aplicació del Conveni de Seguretat Social entre el Regne d'Espanya i la República d'Equador (18 de juliol de 2011, Madrid).

Es creen uns enllaços entre certs organismes: s'estableixen com a tals, a Equador, l'Institut Equatorià de Seguretat Social per a totes les prestacions. Per la seva banda, a Espanya, l'Institut Nacional de la Seguretat Social, l'Institut Social de la Marina i la Tresoreria General de la Seguretat Social.

Ressenya de les principals sentències del Tribunal Suprem

Datades entre juny i setembre de 2011

Per Redacció de LA LEY

COMPRAVENDA

Falta de legitimació del tercer a qui els venedors van cedir determinats drets que formaven part del preu, per exigir l'elevació del contracte privat a escriptura pública

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 400/2011, d'1 de juny. (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LEY 71515/2011

Les sentències d'instància van estimar la demanda en què s'interessava que es declarés vàlid un contracte privat de compravenda i un contracte privat de transmissió a la demandant dels drets de la venedora derivats d'aquella compravenda, i es condemnés a les entitats compradora i venedora a elevar a públic aquests documents privats. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació, cassa la sentència recorreguda i, en canvi, desestima íntegrament la demanda.

Ens trobem, no davant d'una cessió de contracte sinó, per contra, davant d'una simple cessió de drets derivats d'aquest. L'objecte de la transmissió no va ser una posició jurídica contractual sinó que únicament la part venedora va realitzar una dació en pagament l'objecte de la qual eren determinats drets que formaven part de la contraprestació que havia de satisfer la compradora, la cessió de la qual havien previst els mateixos contractants i que efectivament queda emparada pel que es disposa a l'article 1112 del Codi Civil, encara que aquesta previsió contractual ni tan sols hagués estat necessària, ja que això seria així en el cas de cessió del contracte o, el que és el mateix, de transmissió de la relació contractual en la seva integritat, mentre que la cessió de drets no requereix, en general, consentiment

del deutor cedit, ja que l'article 1112 del Codi Civil disposa que «tots els drets adquirits en virtut d'una obligació són transmissibles amb subjecció a les lleis, si no s'hagués pactat el contrari». Partint de les consideracions anteriors, és clar que no s'ha produït una correcta aplicació del que es disposa als articles 1257 del Codi Civil, sobre els efectes personals del contracte, i 1279 del mateix Codi, sobre la facultat d'exigència recíproca per part dels contractants del compliment de l'obligació d'elevació del contracte a escriptura pública en determinats casos, perquè —tal com ja s'ha reiterat— l'actora Tenerife Canaria Compañía Internacional Tecacin SL no va assumir la condició de part en el contracte, sinó la de mer cessionari de drets derivats d'aquest, per tant, no pot exigir l'elevació a escriptura pública del que s'ha pactat en un contracte en què no ha estat part, de la qual cosa, a més a més, en constitueix bona prova l'estranya petició que s'incorpora a la «pètica» de la demanda en el sentit que es condemni les demandades a elevar a escriptura pública el contracte «a favor de la demandant».

JUDICI CANVIARI

El lliurador d'un pagaré «de favor» pot oposar el «pacte de favor» davant dels que es troben en la mateixa posició que el prenedor afavorit

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 341/2011, de 6 de juny. (Ponent: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 72135/2011

Les sentències d'instància van desestimar l'oposició deduïda davant la demanda de judici canviari formulada i van declarar proce-



Sentències

dent el despatx d'execució. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació, cassa la sentència recorreguda i estima la demanda d'oposició.

El pagaré de favor o de complaença, caracteritzat pel fet que la causa externa de la declaració canviària està constituïda pel disseny del declarant d'afavorir el prenedor per augmentar el seu crèdit i, si escau, facilitar el seu descompte bancari, respon a un contracte pel qual el lliurador s'obliga davant del prenedor només aparentment, sense perjudici que assumeixi una posició propera a la de l'avalador canviar en cas que el títol circuli de manera canviària. El pacte de favor és determinant perquè el prenedor assumeixi davant del lliurador l'obligació de mantenir-lo indemne malgrat l'assumpció de l'obligació canviària davant de tercers creditors canviaris i, en cas que aquest exerceixi l'acció canviària, de conformitat amb els art. 20 i 67 LCCH, el deutor canviar afavoridor pot oposar al creditor afavorit l'excepció personal de «pacte de favor» o «pacte de no demanar». De conformitat amb el que s'ha exposat, l'obligat de favor pot oposar el «pacte de favor» davant dels que es troben en la mateixa posició que el prenedor afavorit per ostentar la condició de cessionaris ordinaris subrogats en la seva posició, que no han adquirit els drets derivats del títol canviar, atesa la inexistència d'endós o circulació canviària, sense perjudici, és clar, de les accions civils no canviàries o penals que en un altre procediment poguessin assistir a qui amb desconeixement del pacte de favor va descomptar el títol, davant de qui va crear l'aparença de crèdit en emetre una declaració canviària.

ACCIÓ DECLARATIVA DE DOMINI

Immatriculació de la finca dels demandats amb declaració de major cabuda, fet que va provocar una doble immatriculació d'aquest excés de cabuda en perjudici de la finca contigua, propietat de la demandant. Identificació de la finca de l'actora. Doctrina jurisprudencial sobre la doble immatriculació

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 429/2011, de 9 de juny. (Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 83101/2011

Les sentències d'instància van estimar l'acció declarativa de domini i rectificació del Registre de la Propietat. El Tribunal Suprem declara que no són procedents els recursos per infracció processal i de cassació interposats pels demandats.

Aquesta és una situació patològica que es produeix al Registre de la Propietat, la qual consisteix en què una mateixa finca consta immatriculada dos cops en folis diferents i amb número diferent. Tal com diu la sentència de l'11 d'octubre de 2004, es genera una situació irregular que, com a contrària a l'exigència de foli únic per a cada finca, determina la neutralització de qualsevol efecte positiu de la publicitat registral que pogués derivar dels assistents respectius. Això fa referència l'article 313 del Reglament Hipotecari que preveu la situació, regula el tràmit, però a falta d'acord, simplement es reserva als interessats titulars registrals contradictoris, les accions de les quals es considerin assistits sobre declaració del millor dret a l'immoble, que podran exercir en el judici declaratiu corresponent. Aquest és el procés que ara arriba a aquesta Sala en virtut dels recursos formulats pels codemandats. El criteri que, a falta d'una normativa sobre això,

s'ha mantingut per doctrina i jurisprudència és el de prevalença de la inscripció de la finca, el domini de la qual sigui de millor condició conforme al Dret civil pur, amb omisió de les normes d'índole hipotecària continguda en la Llei d'aquesta matèria, ja que la coexistència de dos assentaments registrals d'igual rang i naturalesa, contradictoris i incompatibles entre si, origina la fallida dels principis rectoris del mecanisme tabular, perquè la protecció a un dels titulars suposaria per a l'altre el desconeixement dels mateixos principis bàsics de la publicitat, legitimació i prioritat, que són els que en el recurs es consideren infringits per inaplicació, tal com expressa la sentència de 30 de desembre de 1993, i la de 29 de maig de 1997 ho reitera i adverteix que una d'aquestes normes és la de la preferent qualitat del títol prioritari, que utilitza com a criteri accessori el de la immatriculació anterior del títol.

COMPRAVENDA

D'immoble. Acció de compliment formulada pels compradors. Incompliment de la part actora que impedeix l'èxit de la seva acció. Falta de pagament del preu en el termini acordat que va motivar la resolució del contracte per part del venedor

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 457/2011, de 27 de juny. (Ponent: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 182065/2011

Les sentències d'instància van desestimar l'acció de compliment de contracte de compravenda d'immoble formulada pels compradors. El Tribunal Suprem declara que el recurs de cassació no és procedent.

Tot i que, en supòsits com el d'actuacions, de vendes de béns immobles per preu ajornat, l'art. 1504 CC permet als compradors pagar inclús després del termini convingut mentre, tal com va ser el cas, no haguessin estat requerits pel venedor judicial o notarialment, es tracta d'un benefici del comprador, que impedeix a la part venedora instar la resolució, encara que s'hagués pactat expressament, el pressupòsit de la qual es que hi hagi hagut pagament. Atès que sol ser l'habitual que el pagament del preu ajornat es financi amb un préstec hipotecari, en cas que la part compradora es trobés en aquesta situació, té lògica la seva argumentació referent al fet que no se li podia retreure que no pagués ni consignés, ni judicialment ni notarialment, la suma esmentada, abans de la data màxima convinguda per a l'atorgament de l'escriptura. Però, per contra, sí que se li podia exigir que acredités que havia gestionat aquell finançament, a fi de valorar si el retard es devia al fet que l'elecció del notari i la data per a l'atorgament de l'escriptura estava supeditada a la conformitat de l'entitat bancària. En aquest cas concret, és un fet demostrat que en cap moment els compradors van acreditar aquests punts davant el venedor, ni tampoc no ho van fer després durant el procés. Aquesta circumstància justifica el rebuig de la seva acció de compliment del contracte, ja que no es pot dir que estiguessin en condicions de complir ni abans que s'exhaurís el termini contractual, ni després, sense que resulti raonable que el compliment del contracte quedi en mans d'una sola de les parts, o el que és el mateix, que la part compradora pugui romandre en la passivitat més absoluta, i que aquesta conducta no permeti a la contrapart valorar el seu incompliment a l'efecte de desentendre's del contracte, tal com va succeir.



RETRACTE DE COMUNERS

Reemborsament per part del que retreu al comprador-retret de la comissió pagada per aquest al mediador en la compra

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 441/2011, de 30 de juny. (Ponent: Francisco Marín Castán) LA LEY 119767/2011

El Jutjat de Primera Instància va desestimar la demanda per caducitat de l'acció de retracte. L'AP València va revocar la sentència del Jutjat i va estimar parcialment la demanda i va declarar el dret de la demandant de retreure la part indivisa de les finques venudes amb obligació d'abonar a la demandada determinades quantitats. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació i cassa en part de la sentència recorreguda deixant sense efecte la seva decisió quan disposa que l'actora aboni a la demandada la comissió de l'intermediari, la comissió d'obertura de crèdit i els interessos meritats d'acord amb el que s'estableix al contracte d'obertura de crèdit en compte corrent.

El Tribunal Suprem ratifica la doctrina jurisprudencial que estableix que en cas de retracte, el que retreu no ha de reemborsar al comprador les despeses ni els interessos del préstec o crèdit obtingut per aquest per finançar l'adquisició de la finca, ja que no mereixen la consideració de «despeses del contracte» ni de «pagaments legítims» fets per a la compra: en primer lloc, perquè la seva relació amb la compra és només indirecta i, en segon lloc, perquè són la conseqüència d'un risc que el comprador decideix córrer lliurement quan no té liquiditat per a l'adquisició o prefereix realitzar-la recurrent al finançament d'un tercer. No obstant això, sí que matisa o precisa l'esmentada doctrina jurisprudencial en el sentit de considerar reemborsable la comissió del mediador satisfeta pel comprador quan es demostrï que la mediació va ser raonablement necessària per a la compra i s'hagi comunicat l'import de la comissió al qui retreu juntament amb les condicions essencials de la compravenda, és a dir, com una més de les dades segons les quals el facultat per al retracte ha de decidir si l'exerceix o no. L'Alt Tribunal considera que la importància econòmica de la compravenda i la dedicació professional o activitat dels subjectes intervinents, comprador, venedor i el que retreu, no són raons suficients per justificar un canvi de jurisprudència, ja que la conseqüència serien dos règims diferents la frontera dels quals mai no estaria ben delimitada, o fins i tot que com a regla general, prescindint ja de la importància econòmica de la compravenda i de la condició dels subjectes intervinents, s'inclouessin en el concepte legal «despeses del contracte i qualsevol altre pagament legítim realitzat per a la venda» els que en rigor no ho són o, almenys, no tenen per què ser-ho.

TÍTOLS NOBILIARIS

Improcedència de l'aplicació retroactiva de la Llei 33/2006, sobre igualtat de l'home i la dona en l'ordre de successió dels títols nobiliaris, a un supòsit de distribució de títols efectuada quan regia el principi de masculinitat

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 314/2011, de 4 de juliol. (Ponent: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 119765/2011

Les sentències d'instància van desestimar l'acció de reclamació del millor dret a posseir uns títols nobiliaris. El Tribunal Suprem desestima els recursos d'extraordinari per infracció processal i de cassació interposats.

El d'actuacions és el primer cas en què el Tribunal Suprem s'ha de pronunciar sobre l'aplicació retroactiva de la Llei 33/2006 de 30 d'octubre (igualtat de l'home i la dona en l'ordre de successió dels títols nobiliaris) —d'ara endavant LITN— a un procés en què una dona reclama el millor dret a posseir uns títols nobiliaris davant dels seus germans menors, als quals se'ls va distribuir els títols en un moment en què regia el principi de masculinitat. Doncs bé, l'Alt Tribunal considera que l'acte de distribució dels títols no està en l'àmbit objectiu de retroactivitat que preveu la disposició trans. única, apartat 3 de la dita Llei i això en virtut dels raonaments següents: a) la disposició esmentada no suposa l'aplicació indiscriminada de la LITN a qualssevol situacions en litigi, relacionades en més o menys mesura, amb l'aplicació del principi de masculinitat. L'àmbit objectiu d'aquesta norma està delimitat per via negativa, és a dir, només s'aplica a aquelles situacions que no estiguin exhaurides o consagrades, ja que es tracta d'una previsió de retroactivitat impròpia; b) la distribució dels títols feta en testament per l'antecessor comú dels litigants, el 1974, es va ajustar als requisits establerts per la llei vigent en el moment de realitzar-se, per tant, l'acte de distribució va quedar exhaurit amb l'exercici de la facultat, i va produir plens efectes en el moment en què es van atorgar les Reials Cartes de successió per distribució a favor dels dos demandats, el 1983 i el 1985, també ajustades a la Llei aleshores vigent, i c) la LITN únicament permetria deixar sense efecte l'acte de distribució en cas que aquest no es pugui considerar generador d'una situació consolidada. No obstant això, les característiques de l'acte de distribució permeten considerar-lo com un supòsit d'aquesta naturalesa, ja que es tracta d'una situació en què, per deixar sense efecte la preferència de l'home sobre la dona, caldria declarar la nul·litat radical d'un negoci jurídic de contingut dispositiu ajustat a la legislació vigent en el moment en què es va produir.

FILIACIÓ

L'acció d'impugnació de la filiació extramatrimonial, determinada per un reconeixement de complaença, es pot exercir durant els quatre anys següents a la data del reconeixement

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 318/2011, de 4 de juliol. (Ponent: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 165555/2011

Les sentències d'instància van desestimar l'acció d'impugnació de la filiació extramatrimonial. El Tribunal Suprem estima el recurs de cassació, cassa la sentència recorreguda i, en canvi, estima la demanda.

El reconeixement de fill extramatrimonial, prescindint del fet que sigui un reconeixement de complaença, està sotmès a la normativa general de tot reconeixement, com a mitjà de determinació de la filiació extramatrimonial —art. 120.1r CC—, i dins d'aquest, a l'acció d'impugnació que preveu l'art. 140 CC. Aquesta acció és diferent de la que preveu l'art. 141 CC, que és l'acció d'impugnació, no de la filiació en si mateixa considerada, sinó del reconeixement, que inclou



necessàriament la de la filiació, i s'exerceix basant-se en l'existència d'un vici de la voluntat: error, violència o intimidació, amb la breu caducitat d'un any. L'acció d'impugnació derivada de l'art. 141 CC no té com a finalitat posar en dubte determinades situacions que, pel transcurs del temps, es poden entendre com a situacions socials o familiars consolidades, per haver assolit permanència i reconeixement general, en les quals ha de prevaler el principi de seguretat jurídica i el caràcter indisponible de l'estat civil. No obstant això, res no obsta a l'exercici de l'acció d'impugnació durant el termini de caducitat de quatre anys establert amb caràcter general per a la impugnació de la filiació ordinària. Atès el que s'ha exposat, la Sala 1a del Tribunal Suprem fixa la doctrina següent: l'acció d'impugnació de la filiació extramatrimonial, determinada per un reconeixement de complaença, es pot exercir per qui ha efectuat aquest reconeixement, a l'empara de l'art. 140 CC, durant els quatre anys següents a la data del reconeixement.

COMPRAVENDA D'IMMOBLE

Ineficàcia del requeriment resolutori de la compravenda d'immobles efectuat mitjançant burofax

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 315/2011, de 4 de juliol. (Ponent: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 119766/2011

El Jutjat de Primera Instància va desestimar l'acció declarativa de resolució de compravenda d'immoble formulada pel venedor i va estimar la reconvençió en què el comprador instava el compliment del contracte i la condemna del venedor al lliurament de la nau i a l'atorgament de l'escriptura o, subsidiàriament, en cas que no fos possible el compliment *in natura*, a que l'indemnitzés amb el preu de la finca. L'AP Castelló va revocar la sentència del Jutjat en el sentit de deixar sense efecte el pronunciament estimatori de la pretensió de condemna principal (relativa al lliurament de la nau i l'atorgament d'escriptura pública), i quant a la petició subsidiària, de limitar la condemna de l'actor a lliurar al demandat la quantitat lliurada a compte, en lloc del preu total de la nau. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació formulat pel venedor, cassa i anul·la la sentència recorreguda i, en canvi, estima íntegrament la demanda i desestima la reconvençió, declarant resolt el contracte de compravenda, per incompliment del comprador, amb devolució a aquest de l'import actualitzat de la suma lliurada al seu dia a compte del preu.

Respecte a la forma de dur a terme el requeriment resolutori de la compravenda d'immobles, partint literalment de l'art. 1504 CC, que parla de requeriment judicial o mitjançant acta notarial, la jurisprudència ha declarat tradicionalment que aquestes formes, en què s'hi inclou l'acte de conciliació, són les úniques fefaents i garants de la realitat del fet notificat. No obstant això, és cert que en algunes sentències recents del TS s'ha admès el requeriment efectuat per mitjans fefaents diferents, com ara a través del telegrama, i fins i tot mitjançant burofax, en allò que s'ha considerat com una interpretació extensiva d'aquell precepte, més conforme a la realitat social —art. 3.1 CC—. Un cop arribats a aquest punt, les raons relacionades amb la protecció especial que atorga el CC a les transmissions de béns immobles, juntament amb la conveniència d'entendre el precepte en els seus termes estrictes, com que no es pot interpretar extensivament un pressupòsit que, en cas que es doni, impedirà que el

comprador faci ús de la facultat de pagar un cop expirat el termini, la qual se li reconeix expressament en la norma esmentada i constitueix la raó fonamental de la seva especialitat, porten la Sala 1a del TS, reunida en Ple, a mantenir el criteri tradicional i a fixar la doctrina jurisprudencial en el sentit que no escau reconèixer vàlids efectes resolutoris en l'àmbit de l'art. 1504 CC al requeriment efectuat mitjançant burofax, pel fet que actualment continua sent imprescindible —el legislador ha tingut l'oportunitat de mitigar el rigor del precepte i no ho ha fet— que el coneixement fefaent del fet notificat compti amb la singular garantia que li atorga la supervisió de l'autoritat judicial o d'un fedatari públic notarial.

ARRENDAMENTS URBANS

Quan l'art. 51 LAU 1964 sanciona l'arrendatari amb la resolució de la compra del pis que va adquirir per tanteig o retracte, si el ven abans de 2 anys, es refereix tant a habitatges com a locals de negoci

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 680/2011, de 26 de setembre. (Ponent: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 186199/2011

El Jutjat de Primera Instància va estimar l'acció de resolució de contracte de compravenda, prevista a l'article 51 LAU 1964, realitzada entre el propietari d'un immoble amb qui la demandant havia signat un contracte per a la seva adquisició i l'arrendatari que va exercir l'acció de tanteig. L'AP Madrid va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i confirma la primera instància.

Els drets de tanteig i retracte del llogater i de l'arrendatari del local de negoci tenen com a finalitat facilitar l'accés a la propietat de l'immoble que tenen arrendat, amb preferència o en substitució d'un tercer adquirent. En el marc d'aquest propòsit ha de ser entès l'art. 51 LAU 1964, que estableix que el qui retreu o el qui hagués adquirit per dret de tanteig no podrà transmetre per actes *inter vivos* el pis adquirit fins que no passin dos anys des de l'adquisició; i, en cas d'incompliment d'aquesta prohibició, el contracte originari i el de la segona transmissió es consideraran resolts. El criteri mantingut en el cas per l'Audiència Provincial, referent al fet que la limitació temporal de l'art. 51 LAU 1964 i la seva sanció corresponent no són d'aplicació als locals de negoci, no és acceptable, ja que el fonament de l'exercici del tanteig i retracte és únic, facilitar l'accés a la propietat, tant per a habitatges com per a locals de negoci. El fet que el precepte utilitzi el terme *pis* no és rellevant, mentre el legislador de 1964 no empra aquest terme com a sinònim d'habitatge en tot el seu articulat. En el mateix Capítol VI LAU 1964, dedicat al tanteig i retracte, l'art. 55, regulador dels documents necessaris per a la inscripció al Registre de Propietat, empra el terme *finques urbanes* en el primer apartat i el de *pisos* en el segon; a l'art. 54.1 el legislador parla de pisos i a l'art. 54.2, d'habitatges; l'art. 52 distingeix entre pisos i departaments. No obstant això, quan vol establir una distinció clara entre habitatge o local de negoci, així es recull de manera expressa —art. 47.2 o art. 50—.



DONACIÓ

Nul·litat. Actuació dolosa dels donataris que determina la nul·litat del consentiment prestat per la donant

Sentència Tribunal Suprem, Sala Primera, núm. 658/2011, de 28 de setembre. (Ponent: Antonio Salas Carceller) LA LEY 185794/2011

El Jutjat de Primera Instància va estimar la demanda de nul·litat de donacions d'immobles. L'AP Castelló de la Plana va revocar la sentència del Jutjat i va desestimar la demanda. El Tribunal Suprem declara que és procedent el recurs de cassació interposat per la demandant, cassa la sentència recorreguda i, en canvi, confirma la de primera instància.

L'art. 1265 CC disposa que «serà nul el consentiment prestat per error, violència, intimidació o dol». I l'art. 1269 CC disposa que «hi ha dol quan, amb paraules o maquinacions insidioses de part d'un dels contractants, l'altre és induït a formalitzar un contracte que, sense aquestes, no hagués fet». Doncs bé, l'actuació dels demandats en el cas incorre en dol que assoleix la suficient gravetat per determinar la nul·litat dels contractes de donació als quals es refereix la demanda.

No es discuteix que el fill de l'actora, demandat, actuant per si mateix i a favor dels seus fills, també demandats, va acudir a la Notaria aportant la documentació necessària per a la preparació de les escriptures de donació i precisant quins eren els béns immobles donats per la seva mare, tot això sense comptar amb la voluntat i el consentiment d'aquesta, la qual, convençuda com estava que es tractava de la donació al seu fill d'un sol immoble, es va sorprendre quan, ja a la Notaria, es va trobar amb la presència dels seus néts i amb el fet que les escriptures que s'havien preparat es referien a altres immobles i s'havien d'atorgar no només a favor del seu fill sinó també dels seus néts; una situació de sorpresa que, davant la pressió que imposaven les circumstàncies configurades conscientment pel fill amb aquesta finalitat, la va conduir a prestar en l'acte un consentiment que evidentment estava viciat. Lògicament, s'ha d'entendre que la donació de béns immobles integra un negoci jurídic de prou rellevància i transcendència econòmica com per exigir que el consentiment del donant sigui meditat i reflexiu i no prestat, tal com va succeir en el cas, sota un estat emocional provocat per la situació creada deliberadament pel demandant per tal d'arrencar aquest consentiment de manera irreflexiva.



Wolters Kluwer
España

Este es el fruto de la **ALIANZA** entre dos grandes Editoriales, para proveerle a Usted con el **mayor fondo editorial jurídico**



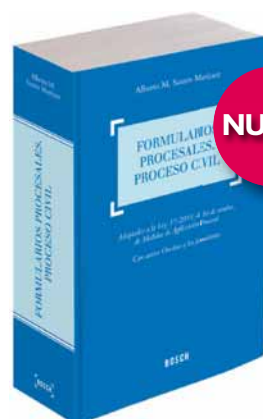
- Con acceso on-line a los formularios.
- **Adaptados a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal**
- Una obra eminentemente práctica cuyo objeto es facilitar la redacción de demandas y otros escritos de parte en el proceso civil buscando la máxima eficiencia profesional.

AUTOR: Alberto M. Santos Martínez

Páginas: 1.214 • Encuadernación: Cartoné • ISBN: 978-84-9790-899-3

[BOSCH]

FORMULARIOS PROCESALES. PROCESO CIVIL



NUEVO

ADQUIERA SU EJEMPLAR. Servicio de Atención al Cliente 902 250 500

Consígalo también en Internet
<http://tienda.laley.es>



Ressenya de les principals sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya^(*)

Publicades durant el tercer trimestre del 2011

Per Víctor Esquirol Jiménez. Notari del Masnou

PROPIETAT HORITZONTAL: CANVI D'ÚS

El canvi d'ús no requereix el consentiment de la Junta de Propietaris, tret que els Estatuts ho exigeixin així, fins i tot en la normativa anterior al llibre V

Sentència 23/2011, de 3 de juny (ponent: M. Eugenia Alegret Burgués)

Resum: Anteriorment a l'entrada en vigor del llibre V del CC-Cat, una comunitat de propietaris demanda el propietari d'un local comercial de l'edifici perquè n'ha canviat l'ús a habitatge. En el títol constitutiu no s'inclou específicament la prohibició de canviar el destí de l'immoble.

El Tribunal desestima la demanda sobre la base del següent:

- Les restriccions a les facultats dominicals s'han d'interpretar restrictivament.
- La mera descripció de l'ús i del destí de l'entitat en el títol constitutiu no suposa per si mateixa una limitació de l'ús o de les facultats dominicals.
- Les limitacions o prohibicions que es refereixen al canvi d'ús de l'immoble han de constar de manera expressa.
- En aquest sentit s'ha pronunciat el TS en les sentències de 5 de març del 1998 i de 27 de novembre del 2008, entre altres.
- No es declara provat que el canvi produeixi a la comunitat de propietaris una pertorbació inadmissible.
- La nova regulació del llibre V del CCCat, article 553-10.1.c), estableix que no cal el consentiment de la Junta de Propietaris per

modificar el títol constitutiu per alteració del destí dels elements privatis, tret que els Estatuts ho prohibeixin.

Comentari: Aquesta sentència ha perdut gran part del seu interès a efectes pràctics després de la promulgació del llibre V del CCCat, on l'article 553-10, tal com hem vist, exonera del consentiment de la Junta de Propietaris per canviar l'ús d'un element privatiu i on la DT 6a estableix l'aplicació de les normes del CCCat als edificis establerts en règim de propietat horitzontal abans de la seva entrada en vigor. En aquest supòsit s'aplica la Llei sobre propietat horitzontal del 1960, ja que la demanda es va presentar abans que entrés en vigor el llibre V, però per a totes les demandes presentades després de l'1 de juliol del 2006, ja s'aplicarà el que preveu l'article 553-10.1.c) CCCat. En el mateix sentit es va pronunciar la RDGRN de 23 de març del 1998.

CENSOS

La inscripció feta pel censalista d'una escriptura relativa al dret de cens equival a l'acreditació de la vigència d'aquesta a l'efecte de la DT 3a de la Llei 6/1990

Sentència 24/2011, de 3 de juny (ponent: Carlos Ramos Rubio)

Resum: Es planteja la prescripció d'un cens la pensió del qual es va deixar de pagar el 1971 i del qual la censalista va inscriure el dret al Registre de la Propietat el 1992. El TSJC reitera la seva doctrina (sentències 29/1993, 21/2003, 26/2003, 44/2003, 10/2009, 2/2011 i 10/2011) segons la qual:

1. És d'aplicació per als censos constituïts abans de l'entrada en vigor de la Llei 6/1990, de 16 de març, la Llei de 31 de desembre del 1945, cosa que no obsta perquè puguin resultar afectats per les causes d'extinció previstes a la llei del 1990, derivades de l'incompliment de l'obligació d'acreditar la vigència en el termini establert legalment, així com les que conté la nova regulació del llibre V CCCat.

(*) El text íntegre de les sentències es pot consultar a <http://www.poderjudicial.es>.



2. Les inscripcions registrals realitzades pel censalista o pel censatari (en aquest cas, només quan impliquen reconeixement del cens) en el termini de cinc anys previst a la DT 3a de la Llei del 1990 tenen la mateixa virtualitat que la nota marginal de vigència del cens que exigeix l'esmentada DT, evidentment, sempre que la prescripció no s'hagués produït en el previ transcurs dels trenta anys, atès que no és possible reviuir el cens amb els mecanismes registrals indicats un cop el lapse temporal extintiu s'hagi consumat.

Per tant, en el cas que ens ocupa, el termini de la prescripció va començar a comptar el 1971 a causa de l'impagament de la pensió, però es va interrompre el 1992 amb la inscripció del cens per part del censatari. Com a conseqüència de la interrupció, va començar novament a transcórrer el termini de la prescripció, però en la data en què es va interposar la demanda no s'havia completat, per la qual cosa el cens és vigent.

Comentari: Aquesta sentència té interès a causa del compendi que realitza de l'abundant doctrina del TSJC en matèria de prescripció dels censos. Podem aprofitar igualment aquest comentari per fer un esquema de l'aplicació d'aquesta doctrina i de la legislació relativa a la prescripció dels censos.

- I. El termini de prescripció dels censos és de deu anys (article 121-20 CCCat). Malgrat això, atès que la immensa majoria dels censos existents a Catalunya es van constituir abans de l'entrada en vigor d'aquest precepte (l'1 de gener del 2004, establert per la Llei 29/2002), hem de tenir en compte la legislació vigent en el moment de la constitució i les disposicions transitòries de les lleis que posteriorment han regulat la matèria. Així, l'article 44 de la Llei d'inscripció, divisió i redempció de censos, de 31 de desembre del 1945, va fixar el termini de prescripció general dels censos en trenta anys; posteriorment, la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos, va derogar la Llei del 1945, però no va fixar un termini especial de prescripció, per la qual cosa es va passar a aplicar el termini general, també de trenta anys, de l'article 344 CDCC, que encara s'aplica avui als censos constituïts abans de l'1 de gener del 2004, tret que sigui més favorable per a la prescripció el de deu anys de la Llei 29/2002 [DT Única, apartat c), de la Llei 29/2002].
- II. El problema consisteix a determinar des de quan es compta aquest termini de deu anys, ja que la Llei 29/2002 va disposar, amb caràcter general, que era efectiu des de l'1 de gener del 2004, però posteriorment la DT 15a de la Llei 5/2006, que va aprovar el llibre V CCCat, relatiu als drets reals, va establir, en l'apartat 1, que les normes d'aquesta llei que regulen la prescripció dels censos s'apliquen a tots els censos, siguin de la mena que siguin, i sigui quina sigui la data de constitució i la normativa aplicable; com ja vaig comentar respecte a la STSJC 2/2011, de 13 de gener, sorprenentment, la Llei 5/2006 no regula la prescripció dels censos, sinó que l'article 565-11.1 es remet a les causes generals d'extinció dels drets reals; pel que fa als drets reals, l'article 532-1, que tracta de la seva extinció, no parla de la prescripció i es limita a dir que els drets reals s'extingeixen quan ho estableix aquest codi, cosa que ens porta altre cop al termini general de deu anys de l'article 121-20. La qüestió que es deixa sense resoldre és la incongruència entre: a) la DT Única de la Llei 29/2002, que diu que els deu anys de la prescripció, en general, es compten a partir de

l'entrada en vigor d'aquesta llei, és a dir, des de l'1 de gener del 2004, i b) la DT 15a de la Llei 5/2006, apartat 2, que disposa que el termini de prescripció dels censos es compta des de l'entrada en vigor del llibre V, és a dir, des de l'1 de juliol del 2006. El TSJC encara no ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre aquesta contradicció, però, per la seva l'especialitat i posterioritat, penso que ens hauríem de decantar per la data de l'1 de juliol del 2006.

- III. La prescripció s'inicia el dia en què el censatari deixa de pagar la pensió. La Llei 5/2006 no ho diu perquè, com hem comentat, no regula la prescripció dels censos, però ho disposava així l'article 10.d) de la Llei 6/1990 i així ho ha interpretat la jurisprudència del TSJC. La càrrega de la prova del pagament de les pensions correspon al censalista (STSJC 10/2009, de 12 de març). En els censos sense pensió, el termini comença des de la data de l'última inscripció registral (STSJC 10/2011, de 28 de febrer).
- IV. La prescripció s'interromp per les causes generals d'interrupció de la prescripció i, a més, si abans del 16 d'abril del 1995 (data en què va entrar en vigor la Llei 6/1990 més els cinc anys de la DT 3a) el censalista en va acreditar la vigència o va practicar alguna inscripció del seu dret en el Registre de la Propietat (SSTSJC 26/2003 i 44/2003), sempre que la prescripció no s'hagués produït en el transcurs dels trenta anys, atès que no es pot reviuir el cens a través dels mecanismes registrals indicats un cop consumat el lapse temporal extintiu (STSJC 10/2011, de 28 de febrer); o si el censatari va practicar alguna inscripció que reconeixia el dret de cens (STSJC 10/2009, de 12 de març).
- V. No és necessària l'existència de la prescripció per cancel·lar el cens en el Registre de la Propietat: a) si el censalista no en va acreditar la vigència abans del 16 d'abril del 1995 (DT 3a de la Llei 6/1990); b) si entre el 16 de abril del 1960 i el 16 de abril del 1995 no va practicar cap inscripció relativa al cens (DT 2a de la Llei 6/1990 i STSJC que comentem), o c) si el cens afecta diverses finques, no es va dividir entre aquestes abans del 16 d'abril del 1993 i l'escriptura de divisió no es va inscriure abans de l'1 de juliol del 2007 (DT 1a de la Llei 6/1990 i DT 13a de la Llei 5/2006). Tot això, sense perjudici que, tot i la cancel·lació registral, el censalista pugui acreditar l'existència civil del cens si ha continuat percebent la pensió o si hi ha hagut qualsevol altra causa general d'interrupció de la prescripció (STSJC 21/2008, de 5 de juny).

USUCAPIÓ

No és útil per usucapir la detenció de l'habitatge per tolerància de la propietària. La realització d'obres de reforma i ampliació no implica possessió en concepte de propietari

Sentència 30/2011, de 23 de juny (ponent: M. Eugenia Alegret Burgués)

Resum: El matrimoni demandant pretén haver adquirit per usucapió un habitatge l'ús del qual els va cedir la mare d'un dels dos i en el qual van fer obres de reforma (condicionament per a habitatge) i d'ampliació (una nova planta), però sense haver pagat mai l'IBI, la taxa d'escombraries, ni el gual.

L'argumentació del Tribunal per denegar la pretensió dels demandants se centra en l'article 531-24 CCCat, segons el qual per usucapir cal, entre altres requisits, la possessió de la cosa en concepte de propietari. En aquest supòsit, entén que no hi ha veritable



Sentències

possessió, sinó una simple detentació, que l'article 521-1.2 CCCat defineix com l'exercici d'un poder de fet sobre la cosa amb la voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret o bé la tinença de la cosa amb la tolerància dels titulars, que no és útil per a la usucapció. El TSJC hi afegeix que «el poder de fet o de propietat sobre la cosa s'ha d'exercir com a titular del dret, ja sigui el de propietat, si el que es pretén és usucapir aquest dret, o bé d'algun altre dret real de contingut possessor. Al contrari, la possessió d'un bé com un dret obligacional, com seria per exemple el cas del comodat o de l'arrendament, no dóna lloc a la possessió *ad usucapionem*. De la regulació anterior s'infereix que posseir en concepte de titular no és posseir perquè hom se'n creu amo, sinó que cal unir a la tinença de la cosa un concret *animus domini* materialitzat a través d'actes externs. El més rellevant és, doncs, la manera d'exterioritzar aquest ànim, és a dir, com es comporta el posseïdor cap a l'exterior, de manera que, segons l'estàndard o model de comportament dominical, el sentit raonable d'aquesta conducta susciti en els altres la creença que el posseïdor és propietari». També indica que «és important el títol en virtut del qual es comença a posseir o de la cessió de la possessió, que no és el títol de propietat, que només s'exigeix, així com la seva validesa, en l'anomenada *prescripció adquisitiva ordinària*, no aplicable a Catalunya, perquè la llei presumeix que continua la possessió en el mateix concepte en què es va adquirir (article 521-6.3 CCCat), llevat que hi hagi una prova de la interversió de la possessió (interversió: modificació del títol o concepte possessor; per exemple, passar de posseir en concepte d'arrendatari a posseir en concepte de propietari). Cal recordar en aquest sentit que la donació verbal d'un bé immoble (que és com s'hauria de traduir jurídicament la cessió de propietat que s'afirma a la demanda) mai no constituïria un títol vàlid perquè ho impedeix l'article 633 CC i l'actual article 531-12.1 CCCat [...]. Tant la jurisprudència del TS com la d'aquesta Sala de Cassació han entès que no n'hi ha prou amb l'ànim o el desig de tenir la cosa per a un mateix, sinó que s'exigeix també l'objectivació d'aquest *animus* (subratllat en el text original)». A aquest efecte cita la STS, Sala 1a, de 30 de desembre del 2010, que afegeix que aquest element objectiu consisteix en l'«existència de fets inequívocs, amb clara manifestació externa en el tràfic», «realització d'actes que només el propietari pot realitzar» i «actuar i presentar-se en el món exterior en tant que amo efectiu i propietari de la cosa sobre la qual es projecten els actes possessoris». També esmenta la doctrina anterior de la mateixa Sala (SSTSJC de 29 de juliol de 2002 i de 15 de juliol del 2008) en el sentit que, si la possessió no es va adquirir a títol d'amo, cal presumir que va continuar en el mateix concepte.

En el cas que ens ocupa, el TSJC entén que no s'ha provat la possessió dels demandants en concepte de titulars d'un dret de propietat, «ni han pagat contribucions per aquest concepte, ni han intentat vendre, gravar o cedir a tercers la finca amb altres mitjans, ni s'han presentat externament com a tals, ni s'han donat d'alta, per exemple, en organismes oficials». Tot i que admet que l'*ius edificandi* pot arribar a constituir un poderós indicatiu, conclou que les obres de condicionament poden ser realitzades per diferents títols, sense perjudici, si és el cas, dels drets que es puguin generar per al rescabament.

Comentari: El CCCat conté la primera regulació de la possessió en el dret català. Per regular-ho, podria haver establert una gradació de la possessió, segons els efectes que tingués, començant per una possessió que, per les seves característiques, no conferís més dret que el de mantenir el titular en la possessió enfront de terceres per-

sones amb menys dret que el seu, passant per la possessió de bona fe, que dóna dret al posseïdor a fer seus els fruits de la cosa, i acabant amb la possessió en concepte de titular del dret que s'aparenta posseir, que li atorga la possibilitat d'usucapir aquest dret.

Però el legislador del 2006 no va voler fer una gradació de les diferents menes de possessió, sinó que va preferir distingir entre la possessió i la tinença sense possessió, que *anomena detentació*. Aquesta diferenciació de nomenclatura té al seu favor la facilitat d'atribució d'efectes a l'una i a l'altra [la detentació només produeix els efectes que per a cada cas concret estableixen les lleis (article 521-1.2 *in fine*) i no permet la usucapció (article 531-24.2)], però com que la diferenciació es basa en un mateix fet possessor, té en contra la dificultat de la conceptualització, que es fa evident a l'article 521.1, quan estableix en el núm. 1 una definició parcial de la possessió («poder de fet sobre una cosa o un dret») i, en el núm. 2, una definició casuística de la detentació («poder de fet sobre una cosa o un dret sense la voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret» i «tinença amb la tolerància dels titulars»). Sembla, doncs, que la possessió requereix, almenys tres requisits: poder sobre una cosa o un dret, voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret i sense la tolerància del titular d'aquest dret.

En el cas que ens ocupa, es debat sobre la usucapció del dret de propietat i el Tribunal considera que les persones que ostenten el poder de fet sobre la cosa no en tenen la possessió, perquè no compleixen dos dels requisits que hem esmentat abans: la voluntat aparent externa d'actuar com a propietaris i la manca de tolerància de la propietària.

Per apreciar la voluntat aparent externa d'actuar com a propietaris, ha tingut en compte, sens dubte, la circumstància que els demandants van fer en el seu dia obres de reforma i d'ampliació de la finca, però sens dubte ha pesat molt més en la consideració del Tribunal la circumstància que la propietària havia continuat pagant l'IBI i les taxes municipals de l'immoble, cosa que constata una doble circumstància: que la propietària no va fer deixament de les seves obligacions com a tal i que els demandants no van completar la «voluntat aparent externa» de semblar propietaris o, més ben dit, de posseir en concepte d'amos.

Quant a la tolerància de la propietària, el Tribunal considera provat que la relació entre les parts va començar marcada per aquesta tolerància, ateses les circumstàncies del cas: matrimoni acabat de casar sense mitjans per aconseguir un habitatge, relació de parentiu entre la propietària (mare) i una de les detentores (filla), contigüitat entre l'habitatge en qüestió i el de la mare, etc. Sembla clar que els demandants van iniciar la tinença de l'habitatge en concepte de precaristes i no en concepte d'amos, per la qual cosa l'article 521-6.2 completa la solució d'aquest cas quan diu que «es presumeix que els posseïdors mantenen el mateix concepte possessor que tenien quan van adquirir la possessió». Es pot argüir que les obres de reforma i d'ampliació de la finca podrien ser un indicatiu de la interversió o inversió del concepte possessor, però el cert és que, per si mateixos, no indiquen que s'hagi passat de posseir en concepte de precarista a posseir en concepte d'amo, cosa que potser haguessin aconseguit si més o menys simultàniament haguessin realitzat els tràmits necessaris per tal que l'IBI i les taxes municipals corresponents a la finca que ocupaven figuressin al seu nom en els organismes corresponents i que ells els haguessin satisfets.

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat contra qualificacions de la propietat i mercantils

Publicades al juliol, agost i setembre de 2011

Per Fernando Agustín Bonaga. Notari de Calatayud

ANOTACIÓ PREVENTIVA

Resolució de 18 de juny de 2011 (BOE núm. 165, 12 de juliol de 2011, 12024)

Reitera la doctrina de la Direcció sobre vigència d'anotacions preventives després de la LEC-2000. Hi ha tres possibles situacions:

- Anotacions sol·licitades després de l'entrada en vigor de la LEC-2000: caduquen després de quatre anys, però són susceptibles de pròrroques successives (art. 86 LH, redactat per la LEC-2000).

- Anotacions practicades abans de la vigència de la LEC-2000: mateix règim.

- Anotacions prorrogades en virtut de manament presentat abans de l'entrada en vigor de la LEC-2000. A aquestes fa referència la Instrucció de la DGRN de 12 de desembre de 2000, que els aplica transitòriament l'art. 199-2 RH (tàcitament derogat després de la nova LEC): queden indefinidament prorrogades fins a la fermesa de la resolució judicial que posi fi al procediment. L'anotació no caduca automàticament en el moment de la fermesa, sinó que només pot demanar-se la cancel·lació després de sis mesos des de l'emissió de la resolució ferma (per analogia amb l'art. 157 LH), per donar temps a l'anotador a presentar aquesta abans que l'anotat pogués realitzar alienacions a tercers. [És doctrina constant, que només va ser abandonada per una Resolució aïllada (de 21 de juliol de 2005)].

Resolució de 3 de març de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12602)

Presa anotació preventiva lletra E, la Direcció desestima la pretensió del recurrent d'assignar-li la lletra A, basada en el caràcter preferent del crèdit salarial anotat. El recurs governatiu no és una via apropiada: no és possible contra qualificacions positives de les quals es derivi la pràctica d'un assentament; una vegada practicat un assentament, es troba sota la salvaguarda dels tribunals. A més, aquesta preferència creditícia té caràcter substantiu i no registral: si no es fa valer mitjançant tercera de millor dret, l'execució dels gravàmens anteriors determinarà, d'acord amb els principis de prioritat i legitimació, la cancel·lació de tota càrrega posterior.

Resolució de 18 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15248)

Resolució de 28 de juny de 2011 (BOE núm. 224, 17 de setembre de 2011, 14837)

La Direcció matisa la seva anterior doctrina sobre interpretació de l'art. 8 de la Llei d'Hisendes Locals, diferenciant entre actuacions estrictament executives, especialment la realització forçosa del bé, on segueix en vigor la doctrina tradicional de falta de competència sobre immobles situats fora del terme municipal i necessitat d'obtenir auxili d'una altra Administració supralocal), i manament d'anotació preventiva, on, per raons d'eficàcia i economia, s'ha de reconèixer competència a l'òrgan de recaptació municipal fins i tot respecte d'immobles fora del seu terme.



Resolucions

Resolució de 14 de juliol de 2011 (BOE núm. 228, 22 de setembre de 2011, 15017)

La Direcció confirma la seva doctrina anterior sobre ampliació d'anotacions d'embargament, estenent-la als constrenyiments fiscals: és possible ampliar una anotació d'embargament sobre l'inicialment previst en l'execució en què es va acordar, encara que la finca es trobi ara inscrita a nom d'una altra persona o altres drets s'hagin anotat posteriorment.

L'art. 613 LEC disposa que l'embargament dóna al creditor el dret a cobrar-se íntegrament amb el valor del bé travat (excepcions: quan un altre creditor hagi estat declarat preferent en tercera de millor dret, o en el cas d'adquirent en una altra execució, només respecte del qual la quantitat que figuri en l'anotació en el moment d'inscriure la seva adquisició és límit de responsabilitat del bé).

Resolució de 21 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15307)

Denega la inscripció d'un acte d'adjudicació amb manament de cancel·lació de càrregues, derivat de procediment de fallida. Es tracta d'una fallida que es regeix per la normativa anterior a la Llei Concursal. Sobre la finca en qüestió, amb posterioritat a la inscripció de la fallida, es va anotar un embargament derivat d'un procediment de reclamació de crèdits salarials i indemnitzacions per acomiadament que gaudien del privilegi d'execució separada, segons l'antic art. 32-5 de l'Estatut dels Treballadors. L'adjudicació derivada d'aquest segon embargament, així com els actes posteriors de transmissió i gravamen sobre la finca, no són posteriors en rang, encara que haguessin accedit al Registre més tard.

Resolució de 3 d'agost de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15319)

Declara inscriptible una escriptura atorgada l'any 1999 per la qual es va transmetre un immoble mitjançant escissió societària, malgrat ser presentada al Registre quan ja consta anotada des de l'any 2007 una prohibició judicial de disposar.

L'art. 145 RH disposa que aquest tipus d'anotació de prohibició de disposar impedeix inscriure actes dispositius posteriors a aquesta, però no és un obstacle per a inscripcions basades en assentaments anteriors al de domini objecte de l'anotació. La Direcció interpreta actualment aquest article en el sentit de no impedir la inscripció d'actes dispositius anteriors a l'anotació de prohibició, però tal inscripció no implica la cancel·lació d'aquesta anotació, sinó que aquesta es prolongarà, de manera que correspondrà al titular l'adquisició del qual ha estat inscrita després de l'anotació demanar l'aixecament d'aquesta, de forma semblant a com passa amb les anotacions d'embargament a través de les terceries de domini.

APROFITAMENT URBANÍSTIC

Resolució de 14 de juny de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12681)

Com a qüestió prèvia, la Direcció es declara competent perquè el recurs no es fonamenta de forma exclusiva en normes de Dret català (si així fos, la competència seria de la Direcció General del Dret i Entitats Jurídiques de Catalunya).

Quant al fons, la Direcció denega la inscripció d'una escriptura de compravenda de drets d'aprofitament urbanístic subjecta a la condició suspensiva d'autorització administrativa de la transferència a finca concreta.

El RD 1093/1997 admet que l'aprofitament urbanístic d'una finca pugui independitzar-se i, a manera d'agregació, passar a formar part de la finca a la qual s'incorpora (art. 77), o bé que, a manera de segregació, pugui passar a formar finca registral independent (però només en els casos taxats de l'art. 39: aprofitament titularitat de l'Administració; ocupació directa de la finca d'origen; expropiació forçosa; urbanització d'un sector, polígon o unitat d'actuació). En el cas resolt, ni consta la finca de destinació, ni concorre cap dels casos de l'art. 39 RD 1997/1093 perquè l'aprofitament s'inscriu en foli independent. A més, l'Administració ha reconegut l'existència i la transmissibilitat d'un excés d'edificabilitat, però està pendent que autoritzi la seva incorporació a finca concreta.

És cert que la Direcció ha admès la inscripció d'opcions de compra i anotacions d'embargament sobre l'excés d'edificabilitat, però en tots dos casos es tracta d'actes preparatoris que poden derivar en transmissions posteriors, però que no ho són per se. En cas d'execució de l'embargament o exercici de l'opció, la situació registral haurà de canviar, configurant-se l'aprofitament com a finca independent o adscriuint-lo per nota marginal a una altra finca.

EXCÉS DE CABUDA

Resolució de 2 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11315)

Admet la inscripció d'una escriptura de rectificació de cabuda que declara un excés del 6,43 % basat en certificació cadastral descriptiva i gràfica, coincident amb la descripció registral quant al carrer i número i les llinde (excepte una llinda no fixa). Els dubtes registrals sobre la identitat de la finca es basen en el fet que aquesta procedeix d'una prèvia agrupació de dues finques, una de les quals havia estat ja prèviament rectificada en la seva cabuda. Aquest argument no és suficient per a la Direcció, perquè en l'agrupació només es van sumar aritmèticament les superfícies de les finques sense constar un mesurament exacte d'aquestes. És cert que al Registre consta la prèvia rectificació de cabuda d'una de les finques, però l'altra sempre va estar inscrita amb la mateixa superfície.

Resolució de 5 de maig de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12603)

Els excessos de cabuda només es poden inscriure si resulta indubtable que s'està rectificant una errònia dada descriptiva inscrita, sense alteració de la realitat física exterior que es fita. Fora d'aquesta hipòtesi, pretendre la rectificació de cabuda encobreix l'intent d'aplicar el foli registral original a una superfície contigua addicional. La via apropiada serà la prèvia immatriculació d'aquesta superfície contigua i la seva posterior agrupació a la finca registral preexistent.

Tal doctrina general de la Direcció és aplicable també als excessos de cabuda en finques que formen part d'una propietat horitzontal. En principi, la delimitació de la superfície de cada pis o local té abast de negocis: només quan consti indubtablement que s'està davant la rectificació d'una dada certa, quedarà exclosa la normativa



sobre modificació del títol constitutiu de la propietat horitzontal. Per això, en el cas resolt, es denega la inscripció de la modificació d'un element en propietat horitzontal atorgada només pel seu titular, per la qual es pretén duplicar la superfície d'aquest i disminuir en un 25 % la del seu annex, atès que de la documentació aportada no resulta indubtablement que l'element no ha sofert cap alteració.

Resolució de 28 de maig de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13681)

Denega la inscripció d'una sentència declarativa de domini i d'excés de cabuda per tres motius:

- Una de les finques apareix inscrita a favor de persona diferent de les parts. La inscripció a favor d'aquest tercer es va practicar en virtut de títol de data posterior a la sentència, però presentat abans que aquesta, sense que la demanda s'hagués anotat preventivament. El principi de tracte successiu és la manifestació registral del principi constitucional de tutela judicial efectiva i proscripció de la indefensió (art. 24 CE). No es poden practicar assentaments que comprometin una titularitat registral sense que el titular consenteixi o hagi intervingut en el procediment.

- Encara que és possible inscriure un excés de cabuda mitjançant un procediment diferent dels especialment establerts en la legislació hipotecària, sempre han de complir-se els requisits materials de l'art. 201 LH (especialment, notificacions i citacions a finques contigües).

- La sentència ordena la inscripció d'una edificació sobre finques dels dos litigants a favor de tots dos en una determinada proporció. Falta la prèvia declaració d'obra nova (complint els requisits dels arts. 45 i ss. RD 1093/97), així com la ubicació precisa de la casa i la determinació de com ha de crear-se aquest règim de domini compartit (segregació d'una finca en règim de cotitularitat, agrupació amb quotes ideals de participació...).

Resolució de 13 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15247)

Troba fundats els dubtes del Registrador i denega la inscripció d'un excés de cabuda, en una finca urbana inscrita amb 117,83 m, sobre la base d'una certificació cadastral descriptiva i gràfica on la finca mesura 175 m. Els dubtes del Registrador consisteixen que una de les finques contigües té més metres inscrits que els que resulten del Cadastre, sent el defecte d'una proporció similar a l'excés de la inscripció del qual es pretén.

HIPOTECA

Resolució de 8 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11318)

Admet la inscripció d'una hipoteca de màxim (art. 153 bis LH) a favor de diversos creditors col·lectivament, sense distribució de quotes entre ells, en garantia d'un conjunt de crèdits independents però vinculats entre si a través d'un pacte de sindicació en un acord de refinançament paraconcursal, i dotats d'un règim unificat en les seves condicions financeres mitjançant la corresponent novació dels contractes primitius, de manera que cada creditor perd la seva autonomia individual quant a l'exercici de les accions derivades del

seu dret (facultat que tots atribueixen, mitjançant mandat representatiu irrevocable, a un dels creditors com a banc agent), a canvi que totes i cadascuna de les obligacions quedin garantides amb el total import de la responsabilitat hipotecària.

En ser la hipoteca accessòria del crèdit que garanteix, la seva titularitat serà la mateixa que la del crèdit. Hi ha diverses possibilitats, en cas de pluralitat de titulars d'un crèdit (crèdits solidaris, mancomunats, parciaris). Si el crèdit és solidari, també ho serà la titularitat de la hipoteca, que s'inscriurà fent constar la solidaritat, en lloc de la determinació de quotes (Resolució de 10 de febrer de 2003). Són possibles altres formes de titularitat del crèdit en el marc del principi d'autonomia de la voluntat. En el cas resolt, es tracta d'un crèdit sindicat, admès per la jurisprudència (STS de 20 de gener de 2004), que pot ser garantit mitjançant hipoteca constituïda de forma unitària, sense divisió de quotes. Així, la Resolució de 10 de setembre de 2009 permet la inscripció a favor d'una pluralitat de titulars, sense quotes, quan la seva titularitat ostenti el caràcter de «en mà comuna», sempre que aquesta titularitat col·lectiva estigui articulada a través d'un òrgan legítim per a l'exercici dels drets en nom dels titulars.

A més, la Direcció resol sobre la inscriptibilitat de certes clàusules, en vista de la seva doctrina (resolucions d'1 d'octubre de 2010, de 4 de novembre de 2010, de 21 de desembre de 2010 i d'11 de gener de 2011) sobre interpretació de l'art. 12-2 LH en la seva redacció després de la Llei 41/2007:

- Té naturalesa real i és inscriptible: extensió de la garantia hipotecària a les primes d'assegurança satisfetes pels creditors.

- No són inscriptibles per mancar de naturalesa financera ni real: obligació d'atorgar les escriptures oportunes per deixar constància de les edificacions a les finques; obligació de conservar les finques fent les reparacions necessàries.

- No és inscriptible l'obligació de no vendre, gravar o arrendar, donat que infringeix els arts. 27 i 107-3 LH, i ha estat declarada abusiva en la STS de 16 de desembre de 2009 (sí és admissible la prohibició d'arrendar quan se ceneix als arrendaments exempts del principi de purga de càrregues posteriors, que són els d'habitatge en els primers cinc anys). També són abusives les següents clàusules de venciment anticipat: iniciació de qualsevol procediment que porti aparellat embargament o execució de béns; existència de «canvi material advers» apreciat per la majoria dels creditors; incompliment de qualsevol obligació del deutor (només seria possible la resolució si l'obligació no és accessòria, l'incompliment és rellevant i hi ha justa causa).

Resolució de 4 de juliol de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12683)

Declarat judicialment nul el títol d'adquisició de l'hipotecant, sense haver estat part en el procediment el creditor hipotecari; la hipoteca subsisteix perquè el creditor és un tercer protegit per l'art. 34 LH. No obstant això, aquesta subsistència no impedirà cancel·lar la inscripció de domini de l'hipotecant.



Resolucions

Resolució de 27 de juny de 2011 (BOE núm. 224, 17 de setembre de 2011, 14836)

Denega la inscripció d'un acte judicial d'adjudicació en execució hipotecària, perquè la titular registral (hipotecant no deutora) no va ser demandada en el procediment i requerida de pagament, sinó que va ser merament notificada amb posterioritat. Segons la STS de 3 de desembre de 2004, la falta de requeriment de pagament determina la nul·litat del procediment, sense que pugui suplir-se amb una providència d'esmena posterior.

Resolució de 23 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15311)

Admet la inscripció d'un decret d'adjudicació i manament de cancel·lació de càrregues dictats en procediment d'execució hipotecària. No constitueix defecte la discrepància pel que fa al nom, tipus social i domicili, entre les dades de l'entitat demandada i les de la deutora hipotecant segons Registre, perquè, en una inscripció posterior a la d'hipoteca, resulta la transformació de tal societat i el canvi de les seves anteriors dades. D'altra banda, abans de la nota marginal d'expedició de certificació de càrregues, consta la venda amb subrogació d'hipoteca a l'actual titular registral, però sense que consti l'acceptació del creditor. En tal situació, no hi ha cap obligació de requerir de pagament al tercer posseïdor, sinó només de realitzar-li una mera notificació, que correspon al Registrador.

IMMATRICULACIÓ

Resolució de 26 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15313)

Admet la immatriculació de diverses finques mitjançant escriptura de segregació i dissolució de comunitat (atorgada al febrer de 2007), en la qual s'adjudica cada finca segregada a un comuner, sent el títol previ una aportació al matrimoni (atorgada al juliol de 2006) de la quota que cadascun tenia a la finca matriu. No hi ha indicis suficients per pensar que els títols hagin estat preparats a l'únic efecte d'aconseguir la immatriculació.

Doctrinalment, es discuteix si la dissolució de comunitat és títol traslatiu o merament específicatiu. La Direcció, des del punt de vista de la capacitat, ha exigit l'autorització judicial pròpia dels actes de disposició sobre immobles quan hi ha diversos béns en comunitat i es trenca la regla de la possible igualtat de l'art. 1061 Cc, i no l'ha exigit quan hi ha una sola finca en comú, encara que es compensi al menor (Resolució de 2 de gener de 2004), o quan es formen lots iguals (Resolució de 28 de juny de 2007). En el cas que es resol ara, la Direcció assumeix la doctrina de la STS de 25 de febrer de 2011: la divisió de cosa comuna té naturalesa jurídica complexa; sigui o no traslativa, la veritat és que produeix una mutació jurídica real essencial, doncs extingeix la situació de comunitat preexistent i modifica el dret i el poder del comuner sobre el bé, per la qual cosa és una veritable atribució patrimonial apta com a títol immatriculador de la totalitat del ple domini de la cosa adjudicada. Quant a la virtualitat immatriculadora de l'aportació a guanys, també comporta un veritable desplaçament patrimonial i una mutació de la situació jurídica prèvia.

Han d'acompanyar-se al Registre, juntament amb el títol immatriculable, el títol previ. La qualificació del títol previ pel Registrador és un requisit necessari per a la immatriculació.

MITJANS DE PAGAMENT

Resolució de 2 de juliol de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12682)

Com a qüestió prèvia, el recurs està presentat en termini, atès que el segell de presentació a l'oficina de Correus porta data del dia en què es complia el mes de termini. La data de recepció en el Registre preval només a l'efecte de pròrroga de l'assentament de presentació, de manera que si el recurs arriba al Registre una vegada acabat el termini de vigència de l'assentament de presentació, aquest no es podrà prorrogar.

Quant al fons, la Direcció, després d'exposar la seva doctrina consolidada sobre acreditació de mitjans de pagament, entén completa aquesta normativa en l'escriptura qualificada, mitjançant la constància dels dígits dels respectius comptes de càrrec i abonament de les transferències, sense necessitat d'expressar l'entitat emissora i receptora, circumstàncies que són contemplades en l'art. 177-5 RN com a elements d'identificació supletoris en el cas de no aportar aquests codis. A més, la identitat de les entitats es pot conèixer mitjançant els quatre primers dígits dels comptes.

Resolució de 6 de juliol de 2011 (BOE núm. 192, 11 d'agost de 2011, 13725).

Recapitula el règim legal sobre acreditació de mitjans de pagament, incloent la regla flexibilitzadora de l'actual art. 177-5è. RN, introduït pel RD 1/2010. En el cas resolt, és conforme a aquesta regla l'expressió que el pagament de certa quantitat s'ha fet mitjançant xec bancari, la fotocòpia del qual s'incorpora a la matriu (de la qual resulten lliurador i lliurat, beneficiari, el caràcter nominatiu de l'efecte, data i import), encara que no s'hagi expressat el compte de càrrec. No és conforme la mera expressió d'una transferència per determinat import, sense expressió de les altres dades obligatòries (bé els comptes de càrrec i abonament; bé ordenant, beneficiari, data, import, entitat emissora i ordenant i receptora o beneficiària).

ESMENTS

Resolució de 20 de juny de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12604)

Només existeix pròpiament esment quan l'assentament registral es refereix a drets, càrregues o afeccions que, podent accedir al Registre, no ho han fet. Queden fora del concepte legal d'esment altres situacions o expressions amb mer abast descriptiu o identificatiu.

En el supòsit resolt, la Direcció no considera esment (i en denega la cancel·lació) l'expressió continguda en la descripció d'una finca que es troba travessada per un ferrocarril miner abandonat. No fa referència a cap dret, càrrega o afecció.



FORESTS

Resolució de 13 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15246)

Denega la immatriculació d'una finca contigua amb forest veïnal de l'Ajuntament, sobre la base d'un informe municipal de data anterior al títol immatriculable emès merament «amb fins cadastrals», i existint un informe de la comunitat autònoma desfavorable a la immatriculació. És cert que l'art. 22 de la Llei Estatal de Forests exigeix, a aquests efectes, informe de l'Administració titular de la forest, però, a més, exigeix, per a les forests catalogades, l'informe de la comunitat autònoma; i per a la legislació forestal andalusa, totes les forests públiques han de catalogar-se (arts. 24 i 25 de la Llei de Patrimoni Forestal d'Andalusia).

OBRA NOVA

Resolució d'11 d'abril de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13679).

L'art. 52 RD 1093/97 s'aplica tant a finques urbanes com a rústiques. L'acreditació del transcurs del termini de prescripció de la possible infracció urbanística ha d'excloure l'aplicació de la norma sancionadora. Quan no resulti clarament del títol la inexistència d'obstacles administratius, no serà possible la inscripció de l'obra nova.

En el cas resolt, la Direcció denega la inscripció d'obra pretesa per dues raons. Primer, perquè de la certificació municipal aportada resulta una antiguitat de set anys, mentre que del certificat cadastral (el valor del qual resulta de l'art. 3 de la Llei del Cadastre), només d'un. Però és que, a més a més, donada la regulació gallega de les classes de sòl rústic i usos permesos a cadascun, amb diferent tipificació d'infraccions (greus i molt greus) i terminis de prescripció, arribant fins i tot a prohibir-se certes edificacions, cal posar de manifest al Registrador un triple pronunciament: tipus de sòl, tipus de construcció i antiguitat d'aquesta.

PARCEL·LACIONS

Resolució de 14 de maig de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12677)

La Direcció reitera la seva actual doctrina basada en la STS (3a.) de 28 de gener de 2009, que considera norma estatal bàsica aquella que prohibeix l'adquisició per silenci de llicències contràries a l'ordenació territorial o urbanística [art. 242-6 LS-1992 i art. 8-1-b) LS-2008], sense que això contradigui la regla general de silenci positiu de l'art. 43 LRJAP-PAC, doncs aquesta norma permet previsió en contra per una altra llei.

En el cas concret, davant una escriptura de segregació en sòl rústic la llicència del qual es pretén haver obtingut per silenci, el Registrador actua segons el previst per l'art. 79 RD 1093/1997, de 4 de juliol, i, com a conseqüència de la comunicació pertinent, l'Ajuntament denega la llicència, basant-se en la prohibició de parcel·lacions contràries al Pla Territorial Insular d'Eivissa, continguda a l'art. 15 del mateix pla. La Direcció denega la inscripció de la segregació.

Resolució de 14 de maig de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13679)

La Direcció reitera la seva actual doctrina basada en la STS (3a.) de 28 de gener de 2009. En el cas resolt, davant una escriptura de segregació la llicència de la qual es pretén haver obtingut per silenci, el Registrador actua segons el previst per l'art. 79 RD 1093/1997, de 4 de juliol, i, com a conseqüència de la comunicació pertinent, l'Ajuntament emet un certificat pel qual denega la llicència de segregació sol·licitada, perquè la reparcel·lació d'aquest polígon va ser anul·lada pel TSJ d'Astúries, no sent possible, per tant, realitzar parcel·lacions sense tramitar prèviament una nova reparcel·lació. La Direcció denega la segregació pretesa.

PRIORITAT REGISTRAL

Resolució de 6 de juliol de 2011 (BOE núm. 192, 11 d'agost de 2011, 13724)

Es refereix a un acta de manifestacions atorgada pel President d'una comunitat de propietaris, amb la qual es pretén inscriure a nom d'aquesta la resta d'una finca, destinada a zona recreativa, el titular actual de la qual va anar segregant d'aquesta i venent a cada comuner. L'acta incorpora les escriptures de venda de les quals resulta que a cada venda el titular va anar vinculant aquesta resta a les finques segregades. El Registrador s'oposa, perquè, després de presentar l'acta, s'ha presentat un títol incompatible en el qual el titular de la finca nega les manifestacions i la vinculació que fonamenten l'acta i ven la zona recreativa a altres compradors.

És doctrina reiterada de la Direcció que la qualificació d'un títol ha de fer-se segons el seu contingut i la situació registral existent en el moment de presentar-ho. El Registrador pot i ha de tenir en compte documents pendents de despatx, encara que s'hagin presentat amb posterioritat, a fi d'evitar assentaments inútils que haurien de ser cancel·lats a continuació. Però aquesta doctrina exigeix que es respecti el principi de prioritat registral. En el cas concret, si l'acta reuneix els requisits d'inscripció, el Registrador no pot alterar l'ordre de presentació per l'existència d'un títol incompatible presentat després, respecte del qual ha d'operar el tancament registral.

Resolució de 15 de juny de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15242)

Trobat-se inscrits els Estatuts d'una comunitat de propietaris composta per dues fases, la Direcció denega ara la inscripció d'una modificació d'aquests Estatuts adoptada per acord de la comunitat de només la segona fase (la modificació consisteix que els Estatuts passin a regir no la comunitat general de les dues fases, sinó només la segona). És precisa també la conformitat de la comunitat de veïns de la primera fase.

Resolució de 30 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15317)

Sintetitzo la doctrina de la DGRN sobre delimitació de matèries competència de la Junta i matèries que exigeixen consentiment individual dels propietaris, tot distingint entre:

– Actes col·lectius, que s'imputen a la Junta com a òrgan comunitari. Són inscripcionables en virtut de certificació de Junta de Propi-



Resolucions

etaris amb unanimitat d'assistents i notificació (sense oposició) als no assistents. Casos: desafectació i venda de determinats elements comuns (Resolució de 30 de novembre de 2006, al BOE de 28 de desembre de 2006, 22838; Resolució de 4 de març de 2004; Resolució de 23 de març de 2005); vinculació *ob rem* dels trasters als habitatges, com a annexos (Resolució de 31 de març de 2005); determinades modificacions dels estatuts (Resolució de 5 de juliol de 2005).

– Actes que afecten el contingut essencial del dret de domini: requereixen el consentiment individualitzat dels titulars, com ara: especificació del traster que correspon a cada pis (Resolució de 12 de desembre de 2002); conversió d'element privatiu en comú, que requereix el consentiment dels titulars registrals i dels seus cònjuges en règim de guanys (Resolució de 23 de juny de 2001).

El supòsit resolt fa referència a la segregació d'una golfà, la qual era annex d'un pis, i la seva transformació en habitatge, amb redistribució de quotes que no afecta les dels altres elements. Aquestes operacions es realitzen mitjançant escriptura atorgada per aquelles persones que diuen ser la totalitat dels propietaris constituïts en Junta universal de veïns. No obstant això, falta la dona d'un dels propietaris que va adquirir l'element per a la seva societat de guanys. La Direcció admet la inscripció per considerar que ens trobem davant un acte col·lectiu de la Junta i que n'hi ha prou amb el consentiment del marit per aplicació de la regla de l'art. 15-1 LPH, que, en cas de proindivís, obliga a nomenar un representant per assistir i votar a les juntes.

PROTECCIÓ OFICIAL

Resolució de 7 de juny de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12680)

Exigeix autorització administrativa per inscriure la venda d'un habitatge que l'any 2001 va obtenir finançament qualificat mitjançant un préstec que va ser executat el 2008, sent l'adjudicatari qui en realitza la venda l'any 2010. Al Registre consta la prohibició de disposar durant els deu anys següents al préstec, excepte autorització de l'Administració, amb prèvia cancel·lació del préstec i reintegrament de les ajudes. L'adjudicació en execució hipotecària implica l'aplicació a l'actual propietari de totes aquelles obligacions determinades per la legislació especial i que, a més, consten inscrites.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

Resolució de 24 de juny de 2011 (BOE núm. 224, 17 de setembre de 2011, 14835)

La titular registral va adquirir mitjançant una escriptura en la qual va declarar estar casada amb qui la va assistir en aquest atorgament per ratificar el caràcter privatiu del preu. Ara, els hereus de la titular pretenen la rectificació de la inscripció, acreditant amb certificats del Registre Civil que la titular estava casada en el moment d'adquirir amb una persona diferent de qui la va assistir. No cal el consentiment de qui va comparèixer sense ser espòs, atès que, quan una rectificació d'errors registrals fa referència a fets susceptibles de prova absoluta mitjançant documents fefaents independents de la voluntat dels interessats, no són aplicables els arts. 40.d) i 82 LH.

Resolució de 21 de juny de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15243)

Es troba inscrit un excés de cabuda en virtut d'acta de notorietat. Ara es pretén rectificar la inscripció de l'excés mitjançant acta de manifestacions atorgada pel titular registral. Però la Direcció no considera inscriptible aquesta acta de manifestacions, doncs l'error procedeix (segons reconeix el mateix requeridor) de defectes greus procedimentals continguts en el títol pel qual es va inscriure l'excés. Prèviament caldria rectificar aquest.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

Resolució de 13 d'abril de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13680).

Denega la inscripció de l'escriptura de venda d'una finca adquirida per la venedora l'any 1974 mitjançant escriptura en la qual el seu marit, ja mort, va reconèixer que els diners invertits eren parafernals d'ella, per la qual cosa es va inscriure a favor d'aquesta sense prejutjar la naturalesa privativa o de guanys, d'acord amb la normativa aleshores vigent. No consta acreditat el caràcter privatiu del bé, ni la manifestació fefaent dels hereus forçosos del confessant de ser privatiu de la seva mare, sense que aquest caràcter privatiu es pugui sobreentendre del fet que l'escriptura de partició de l'herència del pare no inclogués cap referència a aquest bé.

Resolució de 15 de juliol de 2011 (BOE núm. 229, 23 de setembre de 2011, 15075)

Reitera la doctrina de la Direcció en matèria d'adquisicions per cònjuges estrangers. Encara que el Notari no està obligat a conèixer la llei material estrangera, ha de reflectir en la compareixença de l'escriptura quina és la norma aplicable a les relacions patrimonials entre cònjuges. Ara bé, l'art. 92 RH permet inscriure a favor de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic matrimonial, amb indicació d'aquest, si consta al títol. La determinació de tal règim i l'acreditació del seu contingut i vigència seran exigibles en l'alienació o gravamen, podent obviar-se si consta el consentiment o la demanda a tots dos.

En el cas resolt, un bé figura inscrit per meitat a nom de dos ciutadans portuguesos: un de divorciat i l'altre casat «en el règim legal de Portugal» (segons l'art. 92 RH). Ara es pretén inscriure una escriptura d'hipoteca sense intervenció del cònjuge del segon titular. La Direcció entén aplicable al règim econòmic matrimonial la llei portuguesa, com a llei personal comuna dels cònjuges en contreure matrimoni. La inscripció de la hipoteca exigeix acreditar el contingut d'aquesta llei per comprovar que, segons aquesta, un sol cònjuge té facultats dispositives, o que és admissible considerar que es tracta d'un negoci jurídic adquisitiu complex i unitari equiparable a l'adquisició d'un bé gravat prèviament amb hipoteca.

Resolució de 19 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15249)

Declara inscriptible una escriptura de liquidació de societat de guanys com a conseqüència de divorci, en la qual s'adjudiquen actiu i passiu (un habitatge i la hipoteca que el grava) a la dona, qui compensa econòmicament l'excés. No cal aportar el conveni regulador



per comprovar si l'escriptura ho contradiu, ja que no és obligatori fer la liquidació de guanys en conveni. Es tracta d'una qüestió purament patrimonial per la qual els cònjuges no veuen limitada la seva llibertat contractual per aquest conveni. La liquidació tampoc no perjudicaria una eventual assignació del dret d'ús de l'habitatge familiar al marit, perquè tal dret d'ús té una naturalesa peculiar no de dret real, sinó familiar.

Resolució de 21 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15251)

Admet la inscripció d'una escriptura de liquidació de guanys i herència, en la qual s'inclouen béns adquirits en règim de guanys els anys 1978 i 2000, així com béns adquirits en separació de béns el 1990. El Registrador no pot fundar la seva qualificació en la mera sospita que va afirmar un règim de separació inexistent. El caràcter de cada adquisició resulta dels títols i del Registre, els assentaments del qual gaudeixen de presumpció d'exactitud.

Resolució de 22 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15308)

Recull la doctrina consolidada de la Direcció sobre embargament de béns d'estrangers: és obligatori demandar conjuntament als dos cònjuges estrangers per embargar béns inscrits a nom de tots dos amb subjecció al seu règim econòmic, quan no consti, per acreditació del dret estranger o coneixement d'aquest pel Notari o Registrador, que regeix un sistema de mera notificació a l'altre cònjuge similar al previst a l'art. 144-1 RH per als règims de comunitat de béns.

No obstant això, en el concret cas resolt, s'admet l'anotació de l'embargament amb la mera notificació al cònjuge del deutor, per haver-se acreditat que la finca era privativa d'aquest i tractar-se de l'habitatge familiar, ja que l'art. 144-5 RH conté una regla específica: si el règim del matrimoni exigeix el consentiment del cònjuge de l'embargat, n'hi ha prou amb notificar-li l'embargament. Resolució de 23 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15310)

Admet una anotació d'embargament sobre la tercera part d'un habitatge pertanyent per herència al deutor casat, sense que al Registre ni al manament consti el seu caràcter d'habitatge habitual i sense que tampoc no s'acrediti el coneixement de l'altre cònjuge.

El Registrador només pot qualificar amb els assentaments i els títols. Si d'aquests no resulta el caràcter d'habitatge familiar, és més coherent, amb la celeritat que es precisa en una mesura cautelar, accedir a l'anotació que rebutjar-la. A més, en aquest cas, el deutor solament té un terç de l'habitatge, per la qual cosa no pot tenir l'ús total i exclusiu d'aquest, ja que impediria als altres utilitzar-lo segons la seva destinació.

Resolució de 29 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15316)

L'obligació d'acreditar el NIF dels compareixents en escriptures relatives a immobles (art. 254-2 LH) no s'estén al cònjuge del comprador que adquireix per a la seva societat conjugal. El cònjuge del comprador no és ni compareixent ni representat.

REPRESENTACIÓ

Resolució de 9 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11319)

Resolució de 10 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11320)

Resolució d'11 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11321)

Es tracta de tres escriptures autoritzades per la mateixa Notària i presentades a la mateixa Registradora. La Direcció entén ben realitzat el judici notarial de suficiència en totes elles. A cada escriptura, la Notària autoritzant detalla les circumstàncies identificadores de la persona representada, les dades de l'escriptura d'apoderament, la còpia autoritzada de la qual declara haver tingut a la vista, i jutja el compareixent especialment facultat per a l'atorgament d'aquesta escriptura de compravenda (en les resolucions de 9 i 10 de juny) o d'herència (en la Resolució d'11 de juny).

Resolució de 27 de juny de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12607)

La dissolució d'una societat no provoca la ineficàcia dels poders socials anteriors, que es mantenen durant la liquidació, si no concorre revocació o un altre supòsit d'extinció de la representació.

La Direcció entén ben realitzat el judici notarial de suficiència de facultats representatives, sense que sigui necessari (com exigia el Registrador) que consti una relació de les facultats de l'apoderat i de qui les hi va conferir.

Resolució d'1 de juliol de 2011 (BOE núm. 229, 23 de setembre de 2011, 15074)

Es refereix a l'escriptura de constitució d'una SL, en la qual un dels socis fundadors està representat mitjançant un apoderat. La Direcció considera degudament ressenyada l'escriptura de poder i realitzat el judici de suficiència de facultats representatives (el Notari expressa que se li exhibeix còpia autoritzada i jutja suficient el poder conferit «per a l'atorgament d'aquesta escriptura de constitució de societat limitada»).

Resolució de 27 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15314)

La Direcció considera correctament realitzat el judici de suficiència en una escriptura de préstec hipotecari en la qual el Notari, després de ressenyar correctament les dades de l'escriptura de poder i la seva inscripció, afirma que d'ella resulten facultats per concedir i prendre préstecs i comptes de crèdit, rebent hipoteques i garanties reals, i, més endavant, formula el judici de suficiència en termes genèrics, «per a l'atorgament del negoci jurídic contingut en aquesta escriptura». És cert que el judici de suficiència ha de ser expressat no de forma genèrica o abstracta, sinó necessàriament concretat a l'acte o negoci a què l'instrument faci referència, però, en aquest cas, aquesta exigència queda complerta amb escriure mitjançant la ressenya de l'escriptura de poder realitzada pel Notari.



Resolucions

SERVITUDS

Resolució de 3 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11316)

Admet la inscripció d'una escriptura de l'any 1992 per la qual el titular cedia l'«aprofitament de pedra» sobre la seva finca, fins a l'esgotament d'aquesta i, en defecte d'això, durant cinc-cents anys. Avui aquest dret podria encaixar en la figura dels «drets d'aprofitament parcial» regulats en el Codi civil de Catalunya de 2006, que els imposa una durada màxima de noranta-nou anys, però l'aplicació retroactiva del nou Codi no és possible a una escriptura del 1992. Tampoc no és possible aplicar-li les regles del Codi comú sobre l'usdefruit que, a falta de previsió contractual, és vitalici (art. 513-1), perquè les parts no han volgut tal constricció temporal. Un dret d'aquest tipus ja va ser qualificat pel TS (STS de 30 de gener de 1964) com a servitud personal, la temporalitat forçosa de la qual ja va ser rebutjada en la STS de 8 de maig de 1947, que va rebutjar també el recurs a l'aplicació analògica de les regles de l'usdefruit.

SOCIETATS MERCANTILS

ADMINISTRADORS SOCIALS

Resolució de 9 de juliol de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13686)

Admet la inscripció d'un poder general atorgat per qui compareix com a administrador únic de la societat, encara que realment, i segons el Registre, es tracta d'un administrador solidari. Aquest error material és irrellevant, ja que l'àmbit d'actuació és idèntic en cas d'administrador únic i solidari.

Resolució de 22 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15309)

Admet la inscripció del nomenament d'onze membres de la Comissió Delegada del Consell d'Administració d'una SA, malgrat que els Estatuts estableixen que el nombre de membres d'aquesta ha de ser de dotze.

Els Estatuts no imposen que totes les vacants de la Comissió hagin de cobrir-se simultàniament. Per contra, sí imposen que un dels membres de la Comissió sigui el Conseller Delegat, càrrec que ara mateix està vacant, sense que sembli raonable concloure la impossibilitat actual de constituir la Comissió. Finalment, l'existència d'una vacant no impedeix el funcionament de la Comissió, que continuarà podent adoptar vàlidament els seus acords.

Resolució de 26 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15312)

En els casos de convocatòria judicial de la Junta, no cal incorporar a l'escriptura d'elevació a públic l'acte judicial en què s'acorda la convocatòria. Del títol presentat resulta el compliment dels requisits qualificables i, en particular, els anuncis incorporats a l'escriptura estan subscrits pel Secretari Judicial. D'altra banda, malgrat estar tancada la fulla de la societat per falta de dipòsit de comptes, el cessament d'administrador és una de les excepcions inscripcionals d'acord amb l'art. 378 RRM (no així el nomenament de nou administrador).

Competència del registrador

Resolució d'11 de juliol de 2011 (BOE núm. 224, 17 de setembre de 2011, 14839)

En un canvi de domicili d'una SL, el Registrador d'origen emet la certificació de foli i practica el tancament provisional al qual fa referència l'art. 19 RRM, a fi de facilitar el trasllat de l'històric registral de la societat al nou Registre, el titular del qual es nega, no obstant això, a inscriure la certificació, al·legant falta de competència del Registrador d'origen, en haver estat anul·lat judicialment el seu nomenament per a la plaça que serveix. La Direcció no admet aquest defecte, basant-se en la falta de fermesa de les resolucions al·legades pel Registrador de destinació, fins que no es resolgui sobre els termes exactes en què hauran de ser executades. Mentrestant, raons d'interès general, ordre públic i seguretat jurídica impedeixen paralitzar l'activitat del Registre d'origen.

Conflicte d'interessos

Resolució de 7 de juliol de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13683)

L'únic atorgant d'una escriptura de constitució de SL intervé en el seu propi nom i dret i, a més, com a administrador únic d'una altra societat. A més, es designa a si mateix com a administrador únic de la nova societat. A l'efecte d'autocontractació, cal distingir entre contractes onerosos (amb obligacions recíproques entre les parts, en els quals, per naturalesa, hi ha interessos contraposats) i contractes associatius en els quals concorren declaracions convergents per a la consecució d'un fi comú, quedant exclosa la confrontació d'interessos entre les parts. Si respecte d'un aspecte concret del negoci hi pogués haver conflicte per anteposició d'interessos d'uns respecte d'uns altres, el Registrador ha de concretar-ho i determinar-ho, sense que pugui deduir-se automàticament del simple fet d'existir una mateixa persona representant d'unes altres.

Sí es confirma el segon defecte invocat: els Estatuts exigeixen el vot favorable del 60 % del capital per determinats acords, entre els quals s'inclouen alguns dels previstos a l'art. 199-b) LSC (que exigeixen majoria de dos terços). Aquesta clàusula contradiu una norma imperativa i no conté cap excepció, sense que sigui suficient la genèrica previsió de respecte a la legislació aplicable inclosa a l'art. 1 dels Estatuts Socials.

Resolució de 5 de juliol de 2011 (BOE núm. 224, 17 de setembre de 2011, 14838)

No considera que hi hagi conflicte d'interessos pel sol fet que l'atorgant d'una escriptura de constitució de SL intervingui com a administrador de les dues societats fundadores. A l'efecte d'autocontractació, cal distingir entre contractes onerosos (amb obligacions recíproques entre les parts, en els quals, per naturalesa, hi ha interessos contraposats) i contractes associatius en els quals concorren declaracions convergents per a la consecució d'un fi comú, quedant exclosa la confrontació d'interessos entre les parts. Si respecte d'un aspecte concret del negoci hi pogués haver conflicte per anteposició d'interessos d'uns respecte d'uns altres, el Registrador ha de concretar-ho i determinar-ho, sense que pugui deduir-se au-



tomàticament del simple fet d'existir una mateixa persona representant d'unes altres.

Declara inscriptible la clàusula estatutària per la qual la Junta General serà convocada, alternativament, bé mitjançant un anunci publicat al seu lloc web, bé per carta certificada amb justificant de recepció, havent-se de realitzar obligatòriament per aquest últim mitjà, si la societat no té lloc web. En nom dels principis de flexibilitat i simplificació perseguits pel RD-Llei 13/2010, la Direcció interpreta que tal clàusula no contravé l'art. 173 LSC (segons el qual l'anunci de convocatòria de la Junta de totes les societats capitalistes es publicarà en el BORME i al lloc web de la societat o, en cas que no existeixi, a un diari de circulació en el terme del domicili, podent, per a les SL, substituir la publicació en tal diari per un procediment de comunicació individual i escrita que asseguri la recepció per tots els socis).

Constitució exprés (RD-LLEI 13/2010)

Resolució de 4 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11317)

Aplica el criteri establert per la Instrucció de la DGRN de 18 de maig de 2011: per a la qualificació i inscripció de societats de capital en el Registre Mercantil, no serà necessària la presentació del document d'autoliquidació amb al·legació de l'exempció de l'impost d'operacions societàries establerta pel RD-Llei 13/2010.

A més, resol sobre altres qüestions referides als Estatuts Socials adaptats als estatuts tipus aprovats per OJ/3185/2010:

– N'hi ha prou amb incloure alguna de les activitats relacionades en l'Ordre (en el cas concret, «construcció, instal·lacions i manteniment», «prestació de serveis, activitats de gestió i administració»), sense ser necessari (encara que res no ho impedeix) referir-la a productes o serveis concrets. No vulnera el principi de determinació de l'objecte social.

– La previsió de l'Ordre sobre la possibilitat de notificar als socis la convocatòria de la Junta «a través de procediments telemàtics, mitjançant l'ús de signatura electrònica», assegura raonablement la recepció de l'anunci pel soci de forma personal i individual.

– La previsió de l'Ordre, com una de les possibilitats d'administració [art. 8-b)] de «diversos administradors amb facultats sol·dàries», és merament indicativa i ha de completar-se, a l'efecte de l'art. 23 LSC, amb l'exigència de concretar el nombre d'aquests o, almenys, el nombre mínim i màxim.

Resolució de 21 de juny de 2011 (BOE núm. 165, 12 de juliol de 2011, 12025)

Reitera que per a la qualificació i inscripció de societats de capital en el Registre Mercantil no serà necessària la presentació del document d'autoliquidació amb al·legació de l'exempció de l'impost d'operacions societàries establerta pel RD-Llei 13/2010.

Resolució de 29 de juny de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12608)

Reitera que per a la qualificació i inscripció de societats de capital en el Registre Mercantil no serà necessària la presentació del do-

cument d'autoliquidació amb al·legació de l'exempció de l'impost d'operacions societàries establerta pel RD-Llei 13/2010.

No és defecte que impedeixi la inscripció d'una escriptura de constitució l'existència d'un simple error material d'escassa entitat que no planteja dubtes, si s'atén al contingut íntegre de l'escriptura. En efecte, l'art. 1 dels Estatuts recull erròniament el nom «Alja In- vestements 1, SL», però, en la resta del text de l'escriptura i els seus documents units (certificat de denominació, document sobre comunicació del NIF), es recull reiteradament la denominació que ha de reputar-se correcta: «Alja In- vestement 1, SL».

A més, resol sobre altres qüestions referides als Estatuts Socials adaptats als estatuts tipus aprovats per OJ/3185/2010:

– N'hi ha prou amb incloure alguna de les activitats relacionades en l'Ordre (en el cas concret, «comerç a l'engròs i al detall», «prestació de serveis, activitats de gestió i administració»), sense ser necessari (encara que res no ho impedeix) referir-la a productes o serveis concrets. No vulnera el principi de determinació de l'objecte social.

– Admet la clàusula estatutària que preveu la convocatòria de la Junta per procediments telemàtics amb ús de signatura electrònica i, si no és possible, mitjançant qualsevol altre procediment de comunicació individual i escrit que asseguri la recepció pels socis.

– La previsió de l'Ordre, com una de les possibilitats d'administració [art. 8-b)] de «diversos administradors amb facultats sol·dàries», és merament indicativa i ha de completar-se, a l'efecte de l'art. 23 LSC, amb l'exigència de concretar el nombre d'aquests o, almenys, el nombre mínim i màxim.

Resolució de 6 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15244)

Resolució de 6 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15245)

Es refereixen a la constitució de societats de responsabilitat limitada ajustada a l'apartat 3r. de l'art. 5 RD-Llei 13/2010, per preveure's com una de les maneres alternatives d'administració social l'existència de Consell d'Administració. La Direcció confirma que ha d'acreditar-se la corresponent provisió de fons per la publicació en el BORME (art. 426-1 RRM).

Dipòsit de comptes

Resolució d'1 de juny de 2011 (BOE núm. 156, 1 de juliol de 2011, 11314).

Declarada en concurs una SA, subsisteix l'obligació d'auditar els seus comptes anuals, si bé queden exempts els primers comptes anuals preparats durant l'administració concursal (art. 46 de la Llei Concursal).

Resolució d'1 de juny de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12679)

Les societats que sobrepassin durant dos exercicis consecutius dos dels límits relacionats a l'antic art. 181 LSA tenen l'obligació de sotmetre els comptes del següent exercici a la verificació d'un auditor de comptes nomenat per la Junta. Així ocorre en la societat del



Resolucions

supòsit, la qual, a més de l'informe d'auditoria, haurà de presentar els altres documents comptables exigits legalment: l'estat de fluxos d'efectiu i l'informe de gestió dels administradors, tots ells en els models aprovats oficialment.

Resolució de 4 de juliol de 2011 (BOE núm. 192, 11 d'agost de 2011, 13723)

Denega el dipòsit de comptes d'una SL en concurs, quan qui expedeix la certificació acreditativa de la seva aprovació és el liquidador, però amb càrrec ja cessat.

Dins d'un mateix concurs, pot haver-hi situacions en què les facultats del concursat estiguin suspeses o merament intervingudes. En la societat del supòsit, encara que inicialment va ser objecte de mera intervenció, existeix un acte inscrit pel qual es va declarar la conclusió de la fase comuna del concurs i l'obertura de la fase de liquidació, deixant sense efecte les facultats d'administració i disposició del concursat (art. 145-1 LC). La formulació dels comptes anuals correspon ara als administradors concursals (art. 46 LC).

Junta general

Resolució de 8 de juliol de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13685)

L'art. 173-1 LSC (reformat pel RD-Llei 13/2010) disposa que l'anunci de convocatòria de la Junta de les societats capitalistes es publicarà al lloc web de la societat i, en cas que no existeixi, en un diari de circulació en el terme municipal, podent-se, per a les societats limitades, substituir tal procediment per un altre de comunicació individual i escrita que asseguri la recepció per tots els socis.

En el cas resolt, la Direcció declara inscripció la disposició estatutària que reproduïx tal dicció legal genèrica, però sense especificar un únic i concret sistema de comunicació individual i escrita que asseguri la recepció per tots els socis (correu certificat, burofax...), tal com exigia el Registrador.

Societat professional

Resolució de 21 de juliol de 2011 (BOE núm. 234, 28 de setembre de 2011, 15250)

Admet la inscripció de la constitució d'una SL no professional, el 55 % del capital del qual és subscrit per una SL professional. És cert que la Llei 2/2007 part del principi d'exclusivitat de l'objecte social: les societats professionals només poden tenir per objecte l'exercici en comú d'activitats professionals (art. 2), però això no implica una limitació a la seva capacitat d'obrar. El TS (per exemple, STS de 29 de juliol de 2010) té declarada la plena capacitat jurídica i d'obrar de les societats mercantils, que poden desplegar lícitament activitats estatutàries, neutres i fins i tot extraestatutàries. És obvi que la mera participació d'una societat professional al capital d'una societat no professional no implica la principalitat de les activitats de la segona respecte de les de la primera. Per això, quan, com en aquest cas, les activitats no professionals són purament auxiliars, no s'infringeix la regla de l'exclusivitat i les activitats accessòries estarien emparades pel sistema de capacitat *ultra vires*.

Unipersonalitat

Resolució de 22 de juny de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12605)

Declara inscripció una elevació a públic d'acords de Junta d'una SL (canvi de sistema d'administració i nomenament d'administrador únic), encara que al Registre consta que la societat és unipersonal i de l'escriptura qualificada resulta que ja ha deixat de ser-ho.

El Mercantil és un registre de persones, en el qual el principi de tracte successiu no té el mateix abast que en un registre de béns. La circulació de participacions socials opera al marge del Registre. A la LSC no hi ha sanció per a la falta de constància del canvi de soci únic. El fet que el Registre publiqui una situació d'unipersonalitat no impedeix la inscripció d'acords socials adoptats per l'òrgan competent.

SUCCESSIONS

Resolució de 20 de maig de 2011 (BOE núm. 175, 22 de juliol de 2011, 12678)

La testadora va llegar a un nebot «la participació que li correspon» en un habitatge. La Direcció interpreta que la testadora està llegant només la participació de la qual era titular a la data d'atorgar el seu testament, però no la participació que li correspondria per herència d'un germà mort abans que la testadora atorgués el seu testament. Atès que la testadora va morir sense haver acceptat ni repudiat l'herència del seu germà, aquest dret passarà als seus propis hereus (art. 1006 Cc), els quals hauran de ser declarats *ab intestato*, ja que la testadora va distribuir tota la seva herència en llegats.

Resolució de 7 de juliol de 2011 (BOE núm. 192, 11 d'agost de 2011, 13726)

Resolució de 2 d'agost de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15318)

Declaren inscripció sengles escriptures d'herència de causant holandès, en les quals la Notària espanyola manifesta conèixer la legislació holandesa, incorpora l'acta de declaració d'hereus postillada i redactada en idioma holandès, la tradueix a l'espanyol parcialment i declara que a la part omesa no hi ha res que desvirtui allò transcrit. No és necessari que la Notària tradueixi totalment l'acta.

És doctrina de la Direcció que per tal d'inscriure escriptures d'herència és suficient la presentació de les primeres còpies, testimonis per exhibició i trasllats directes del testament, o bé que figurin inserits a l'escriptura (però no n'hi ha prou amb relacionar clàusules sucintament sense que el Notari afirmi l'exactitud de concepte d'allò relacionat i que no hi ha clàusules que amplïin o modifiquin allò que s'ha inserit). Aquesta doctrina va ser flexibilitzada per a la successió intestada: és suficient testimoniar els particulars del document bàsic per a la qualificació.

Una de les formes d'acreditar l'observança del Dret holandès (aplicable al cas per l'art. 9-8 Cc) és l'informe de Notari espanyol (art. 36 RH). En aquest cas, la Notària assumeix l'obligació de conèixer la legislació holandesa en aquest punt i declara que, segons aquesta, les clàusules de l'acta incorporada són suficients per permetre la partició, sense que les altres clàusules alterin allò que s'ha inserit, la qual



cosa prevaldrà, tret que la Registradora, sota la seva responsabilitat, dissenteix i manifesti conèixer també ella el Dret estranger.

Resolució de 31 de maig de 2011 (BOE núm. 224, 17 de setembre de 2011, 14834)

Els causants van llegar els terços de millora i lliure disposició a una filla, ordenant que a la seva mort fossin per als seus fills o descendents i, a falta d'aquests, per als seus germans i fills de germans difunts. Els germans de la legatària van renunciar a la seva expectativa de dret a canvi d'una quantitat. Mitjançant acta de notorietat, es va acreditar que la legatària va morir sense descendents. Ara es pretén extingit aquest fideïcomís.

Es tracta d'una substitució fideïcomissària condicional, de manera que l'existència de fills de la fiduciària a la seva mort constituïra la condició de la qual dependria la crida als germans-nebots. A l'inrevés que en els fideïcomisos a termini (com, per exemple, els que depenen de la mort del fiduciari), en els condicionals només neix la delació a favor del fideïcomissari quan es compleixi la condició, i si aquest mor abans, no transmet cap dret als seus hereus (art. 759 Cc). La renúncia del fideïcomissari condicional és solament preventiva, per referir-se a un dret encara no incorporat al seu patrimoni. Únicament suposarà l'extinció del fideïcomís si arriba a produir-se l'efectiva delació a favor del renunciant. Si no és així, sorgirà el dret dels fideïcomissaris anomenats per substitució vulgar (els fills de germans difunts), els qui no van participar en la renúncia. En el cas resolt, la renúncia només purificarà el fideïcomís si s'acredita que els renunciants van arribar efectivament a ser fideïcomissaris per haver sobreviscut a la fiduciària.

Resolució de 28 de juliol de 2011 (BOE núm. 235, 29 de setembre de 2011, 15315)

Reitera la doctrina de la Direcció sobre acreditació del Dret estranger. Igual que en l'àmbit processal, també ha de ser objecte de prova en els àmbits notarial i registral, quant al seu contingut i vigència. Les normes processals són subsidiàries de les registrals en aquest tema, però amb especialitats: si no s'acredita el Dret estranger degudament al Registrador, haurà de suspendre la inscripció, sense que calgui sotmetre la validesa de l'acte al Dret espanyol, com passa en l'àmbit judicial. L'acreditació es regeix per l'art. 36 RH (inicialment previst per a la determinació de les normes aplicables sobre forma i capacitat, però extensible a les normes sobre validesa de l'acte). Els mitjans de prova prevists en aquesta norma són, entre d'altres, informe o asseveració de Notari o Cònsol espanyol, o de diplomàtic o funcionari del país en qüestió, als qui no se'ls exigeix necessàriament la legalització i traducció prevista per als documents que hagin de ser inscrits. Notaris i registradors estan obligats a determinar quina llei nacional resulta aplicable, mitjançant la corresponent norma de conflicte, però no estan obligats a conèixer el Dret estranger, si bé poden realitzar, sota la seva responsabilitat, un judici de suficiència, si asseguren conèixer-lo.

En el cas resolt, la Direcció rebutja la inscripció d'una escriptura d'herència per falta d'acreditació suficient del Dret rus. S'aporta un certificat de llei expedat per Notari rus, que es limita a declarar com a única hereva la dona, però no consta que sigui títol successori (en el sentit de títol sobre el qual basa immediatament el seu dret qui

pretén la inscripció, ex art. 14 LH), ni els eventuais drets dels possibles legitimaris.

Tracte successiu

Resolució de 24 de juny de 2011 (BOE núm. 174, 21 de juliol de 2011, 12606)

Denega la inscripció d'un acte judicial de represa de tracte interromput, en el qual es declara justificat el domini a favor del promotor, però no s'expressa el títol material d'adquisició. La competència registral per qualificar els documents judicials (art. 100 RH) comprèn la comprovació del fet que concorren les circumstàncies exigides pels arts. 9 LH i 51 RH, una de les quals és el títol genèric d'adquisició, del qual dependran els efectes del dret adquirit, que seran notablement diferents si l'adquisició va ser onerosa o gratuïta.

Resolució de 8 de juliol de 2011 (BOE núm. 191, 10 d'agost de 2011, 13684)

Denega la inscripció d'un acte d'homologació judicial (sense prejutar si, en general, les actuacions d'homologació són títol inscriptible) d'un conveni privat amb efecte de transacció judicial, en el qual les demandades reconeixen haver venut i lliurat amb anterioritat una finca als demandants, ja que del Registre resulta trobar-se inscrita a nom de la mare de les demandades com presumptivament a guanys en el matrimoni d'aquesta amb el seu segon marit, que no era pare de les demandades. Per aconseguir la inscripció, el que convé és destruir la presumpció de guanys o obtenir la ratificació del conveni pels hereus del marit. Per tot això, no resulta aplicable el criteri de la Direcció, que permet inscriure, sense necessitat de prèvia partició hereditària, els actes dispositius sobre béns registrats a favor del causant atorgats per aquells que acreditin ser tots els cridats a l'herència, i sempre que consti l'acceptació expressa o derivi aquesta legalment del propi acte dispositiu (art. 20, paràgraf 5è, núm. 2 LH).

Resolució d'1 de juliol de 2011 (BOE núm. 192, 11 d'agost de 2011, 13722)

Denega la inscripció d'un manament judicial que rectifica quant al domini una inscripció, sent així que la demanda es va dirigir contra els qui, pels seus cognoms, semblen ser fills dels titulars registrals. La condició d'hereu ha d'acreditar-se mitjançant l'aportació del títol successori, acompanyat dels certificats de defunció i les últimes voluntats dels titulars (arts. 14 i 16 LH, i 76 RH).

Resolució de 14 de juliol de 2011 (BOE núm. 228, 22 de setembre de 2011, 15016)

Denega la inscripció d'una sentència que declara nul·les unes inscripcions i ordena la seva cancel·lació, donat que les finques es troben inscrites a nom de tercer que no ha estat part en el procediment, sense que s'hagués demanat en el seu moment anotació preventiva de demanda.

Rebutja l'argument basat en el fet que la transmissió a tercer es va fer després de la sentència i que la inscripció no convalida els actes nuls (art. 33 LH). És cert que, en el nostre sistema, la inscripció no convalida el que és nul, però tal nul·litat no afecta el tercer protegit per l'art. 34.



Ressenya de les principals resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Publicades durant el tercer trimestre de 2011

Per Víctor Esquirol Jiménez. Notari d'El Masnou

PROPIETAT HORITZONTAL I RESERVA DE DRET DE VOL

La reserva d'un dret de vol sobre un edifici i de la facultat d'atorgar el títol constitutiu de la propietat horitzontal sobre aquest edifici no permet determinar, en relació amb les plantes que ja figuraven inscrites, la superfície dels elements privatis d'aquestes plantes.

Resolució de 26 de maig de 2011 (DOGC d'1 de juliol de 2011)

Resum: Es tracta d'un edifici format per tres plantes que en el Registre de la Propietat consta com una casa d'una sola planta. La propietària única de la finca, en escriptura anterior a la qual ara es debat i que es va inscriure en el seu moment, havia donat la planta baixa (la superfície construïda de la qual coincidia amb la del solar: 135,80 m²) i el dret de vol sobre la tercera planta, reservant-se per a si mateixa el dret de vol sobre la planta baixa o primera per edificar les plantes segona i tercera (que són les ja existents) i la facultat d'atorgar la corresponent escriptura de divisió horitzontal, les normes de la qual anticipa (no consten a la Resolució). A la mort de la donant, les seves hereves atorguen escriptura d'obra nova de les plantes segona i tercera (que ja existien quan la seva causant es va reservar el dret de vol) i de divisió horitzontal, però modifiquen la descripció de la planta baixa, ja que parteix d'aquesta (5,90 m²) la qualifiquen com a element comú, atès que és el replà de l'escala que condueix a les plantes superiors, per la qual cosa l'habitatge veu reduïda lleugerament la seva superfície com a element privatiu (quedant en 129,90 m² construïts), la qual cosa acrediten amb un certificat de l'Ajuntament. També s'adjunta a l'escriptura un informe tècnic que proposa unes obres de reforma a la planta baixa que, pel que sembla (la Resolució no és molt clara en aquest aspecte), no modifiquen la superfície construïda de l'entitat privativa situada a la planta baixa, però sí la seva distribució interior. Finalment, declaren exercitat el seu dret de vol i sol·liciten la seva cancel·lació del Registre.

Presentada aquesta última escriptura (la data de la qual no consta a la Resolució) al Registre de la Propietat, la nota de qualificació posa de manifest fins a quatre defectes; el Registrador, en el seu posterior informe, se'n desdiiu de tres, quedant la qüestió reduïda a dilucidar si les atorgants de l'escriptura de divisió horitzontal poden modificar la superfície de la planta baixa en relació a la que constava en el Registre de la Propietat. El Registrador de la Propietat considera que la modificació del títol constitutiu de la propietat horitzontal causada per la modificació de la su-

perfície de la planta baixa requereix el consentiment de la seva propietària o una resolució judicial en procediment en què hagi estat part, i que un informe tècnic no és suficient per a modificar-la, sinó que ha de seguir-se el procediment de l'art. 40 LH.

La DGDEJ confirma la nota de qualificació. En primer lloc, comenta la reserva del dret a sobreelevar noves plantes de l'art. 553-13 CCCat, que no autoritza els titulars d'aquest dret per modificar la descripció dels elements privatis dels altres titulars de la propietat horitzontal. D'altra banda, assenyala que la modificació d'aquesta descripció implica una modificació del títol de constitució de la propietat horitzontal, atorgat per la propietària única en constituir el dret de vol, la qual cosa requereix el consentiment de la Junta segons l'art. 553-10. La normativa reguladora del dret de vol tampoc no faculta el seu titular per modificar els elements que ja existien. Finalment, si es considera que la superfície de la planta baixa que consta en el Registre està equivocada, la rectificació exigeix també el consentiment del titular del dret inscrit (art. 214 LH).

Comentari: El plantejament de la DGDEJ és bastant confús. Després de diverses lectures, crec que la qüestió que es planteja és determinar si les hereves de la propietària que va donar una finca i es va reservar el dret de vol sobre aquesta i la facultat d'atorgar l'escriptura de divisió horitzontal poden, en formalitzar aquesta escriptura, modificar la descripció de la finca donada (que ja estava registrada i que ara figura com a entitat privativa) per fer constar quina part de la superfície de la planta que ocupa aquesta entitat està destinada a elements comuns i quina part a elements privatis; pel que sembla, l'Ajuntament certifica quina superfície correspon a uns i a uns altres des de l'any 1971.

Els Fonaments de Dret augmenten la confusió. M'explico:

El FD 1r. planteja la qüestió de si el dret de vol de les hereves està o no esgotat, aspecte del qual no consta cap referència a la qualificació registral. Com he dit abans, sembla que les hereves del dret de vol sobre la planta baixa es limiten a manifestar que tal dret de vol ja ha estat exercitat, per la qual cosa sol·liciten que es cancel·li del Registre de la Propietat. La DGDEJ resol aquesta qüestió dient que l'art. 553-13 «en cap lloc no autoritza els titulars del dret constituït de sobreelevar les primeres plantes a donar per esgotat el dret, en perjudici de qui no ostenti ulterior dret de vol, i, encara menys, a modificar la descripció dels elements privatis dels altres cotitulars de propietat horitzontal». Sobre aquest últim afegit ja tornarem a parlar més endavant. Quant a la qüestió de l'extinció del dret de vol, sembla clar que aquest



s'esgota pel seu exercici i, si hi ha alguna part que no ha estat ocupada per la construcció, res no obsta al fet que els titulars del dret de vol puguin renunciar al seu exercici. Però repeteixo que a la nota del Registrador no es planteja res d'això.

El FD 2n. aborda la qüestió, que tampoc ningú discuteix, de la normativa aplicable, que és, òbviament, el llibre V CCCat, les normes del qual regeixen els edificis «establerts en règim de propietat horitzontal abans de l'entrada en vigor del Codi». Mentrestant, seguim ignorant la data de l'escriptura qualificada.

El FD 3r., impropï d'una institució com la DGDEJ, diu literalment:

3.1. L'article 553.10 del Codi civil de Catalunya declara la nul·litat de les estipulacions del promotor que impedeixin la modificació futura del títol de constitució, la qual cosa implica que els copropietaris poden arribar als acords que creguin convenients.

3.2. Però la norma fa referència a acords, no a decisions unilaterals d'una de les parts, i per tant s'entén que ho han de decidir en reunió de la Junta de Propietaris.

El FD 4t. examina el tema, que a ningú se li ha ocorregut posar en qüestió, de quins són els requisits per constituir un dret de vol, per arribar a la conclusió que els titulars del dret de vol no poden modificar ni la descripció ni la realitat física dels departaments, com si una cosa resultés de l'altra.

I el FD 5è. indica que per a la rectificació d'errors en els assentaments del Registre és necessari el consentiment del titular inscrit, com si tot es tractés d'un error, quan resulta dels antecedents de fet (segons he pogut anar deduint) que no hi ha cap error, i que del que es tracta és d'atorgar el títol de constitució de la propietat horitzontal, la qual cosa obliga a determinar les superfícies dels seus elements privatis.

La DGDEJ no té clar en aquesta Resolució el concepte de *títol constitutiu*. Per a la DG, el títol constitutiu de la propietat horitzontal és, en aquest supòsit, l'escriptura de reserva del dret de vol atorgada per la propietària única de l'edifici (FD 1.2). En canvi, l'art. 553-9 CCCat exigeix que el títol constitutiu reuneixi una sèrie de requisits que no es compleixen en aquesta escriptura: bàsicament, la descripció de l'edifici en el seu conjunt, la relació descriptiva de tots els elements privatis, les quotes de participació en la comunitat, etc. Cap d'aquests requisits es compleix en l'escriptura que la DG qualifica com a *títol constitutiu* de la propietat horitzontal. En realitat, sembla clar que la voluntat de l'atorgant d'aquesta escriptura no era atorgar aquest títol constitutiu, doncs ni tan sols va declarar l'ampliació de l'obra a les plantes segona i tercera, sinó establir les bases per al supòsit d'un futur atorgament d'aquest títol.

Per aquest motiu el veritable títol constitutiu de la propietat horitzontal és l'escriptura la inscripció de la qual es discuteix en aquesta Resolució, que precisament porta per nom «escriptura de rectificació, declaració d'obra nova i divisió en règim de propietat horitzontal». La conseqüència d'això és l'aplicació a aquesta escriptura de l'art. 553-8.1, que exigeix que el títol de constitució sigui atorgat per tots els propietaris de l'immoble. No obstant

això, hi ha una excepció: l'art. 467-5, l'aplicació del qual, com bé diu Joan MARSAL GUILLAMET (InDret 4/2011, *Resolucions...*, pàg. 8), no ha tingut en compte la DG. Diu aquest precepte, en seu del dret de vol:

3. El titular o la titular del dret de vol fa seus, amb ple domini, els elements privatis situats a les plantes o edificis que resulten d'aquest, pot atorgar sol i a càrrec seu la declaració o ampliació d'obra nova, modificant la descripció de l'edifici preexistent, si cal, i, si s'ha pactat, pot establir el règim de propietat horitzontal.

4. Els titulars de l'immoble preexistent sobre el qual es va constituir el dret de vol mantenen la propietat dels elements privatis situats a les plantes o edificis que ja existien en constituir-se el dret.

Desconec el motiu pel qual la DGDEJ ha omès qualsevol referència a aquest precepte, que sembla dictat per regular supòsits com el que ens ocupa, que els titulars del dret de vol tenen la facultat d'establir el règim de propietat horitzontal; si, a més, poden modificar la descripció de l'edifici preexistent, si cal (i sí cal per recollir la realitat de l'existència d'elements comuns), l'única qüestió que resta és resoldre com s'acredita que la descripció continguda en l'escriptura de constitució de la propietat horitzontal s'ajusta a la realitat i no perjudica els drets de la propietària de la planta baixa. Arribats a aquest punt, la DGDEJ hagués pogut resoldre si el certificat de l'Ajuntament era un element suficient o no per acreditar tal descripció i estaríem totalment d'acord amb ella en confirmar la nota de qualificació, si el que pretenen les atorgants de l'escriptura és atribuir als elements comuns una superfície superior a la real. Segons el meu parer, en el present cas, atès que l'Ajuntament certifica l'existència des de l'any 1971 d'un petit replà de 5,90 m2, del que surt l'escala cap a les plantes superiors, no em sembla que això atempti contra el dret de propietat sobre la planta baixa i crec que entra en l'esperit i en la lletra de l'art. 567-5.

QUALIFICACIÓ DE DOCUMENTS JUDICIALS

Pot qualificar-se com a incongruent una resolució judicial dictada en procediment de declaració d'hereus abintestat en la qual es fa una aplicació errònia de les normes de dret substantiu.

Resolució de 4 de juliol de 2011 (DOGC de 28 de juliol de 2011)

Resum: S'atorga una escriptura d'acceptació d'herència d'una persona que havia mort l'any 2008, intestada, casada i sense fills, sobre la base d'una Interlocutòria del Jutge de Primera Instància competent, que declarava hereus els germans de la causant. El cònjuge de la causant va morir una setmana després d'aquesta. El Registrador de la Propietat suspèn la inscripció tenint en compte que, segons l'art. 333 CS, l'hereu ha de ser el cònjuge, en lloc dels germans del causant. Els interessats presenten recurs davant la DGRN basant-se en el fet que, segons l'art. 100 RH, el Registrador no pot qualificar la resolució judicial exceptuant que sigui per qüestió de competència del Jutjat, per incongruència del mandat amb el procediment o per les formalitats extrínseques del document.



Resolucions

La DGDEJ confirma la nota de qualificació, desenvolupant la Resolució bàsicament en tres qüestions: la competència de la pròpia DG, l'extensió de la qualificació registral en relació amb la resolució judicial i l'aplicació de la norma material.

1. La competència de la DGDEJ enfront de la DGRN resulta, segons aquella, d'una interpretació finalista de les normes sobre la matèria, que es deriva de la competència exclusiva de la Generalitat en matèria de Dret Civil, amb les conegudes excepcions de l'art. 149.1.8 (art. 129 EA 2006), la qual competència comporta que la Generalitat compti amb els mecanismes adequats per garantir la correcta aplicació del Dret propi, de la qual cosa, al seu torn, s'infereix que la finalitat de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, que regula la competència sobre els recursos a les qualificacions registrals, sigui garantir l'aplicació del Dret català. Per aquest motiu l'art. 1 d'aquesta Llei determina que regula «el règim dels recursos [...] sempre que les qualificacions impugnades o els recursos es fonamentin [...] en normes del Dret català o en la seva infracció». El cas present entraria en aquest àmbit, ja que la qualificació del Registrador es basa en una matèria regulada pel Dret Successori català, encara que el recurs se centri només en l'aplicació de l'art. 100 RH, que és qualificat per la DG com un precepte reglamentari purament adjectiu.
2. La qualificació de la resolució judicial s'admet en el present supòsit per incongruència del mandat amb el procediment o judici en què s'hagués dictat, segons l'art. 100 RH. La contradicció entre la interlocutòria designant com a hereus els germans de la causant i l'art. 333 CS (que declara com a hereu el cònjuge) és considerada per la DGDEJ com una incongruència subsumible dins del supòsit previst com a tal per l'art. 100 RH. I cita que així ho van entendre en supòsits similars el President del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (Acte de 26 de juliol de 1993), la pròpia DGDEJ (R. d'11 de juliol de 2007) i la DGRN (R. de 5 de desembre de 1945).
3. Quant a la qüestió de dret material, els arts. 333 i 338 CS (igual que els actuals arts. 442-3.2 i 442-9 CCCat) declaren com a hereu el cònjuge de la causant, amb preferència als col·laterals. Havent sobreviscut el cònjuge al causant i mort sense acceptar ni repudiar l'herència (fet que es presumeix, mentre no es demostrï el contrari), s'aplica el dret de transmissió a favor dels hereus del cònjuge vidu d'acord amb els arts. 29 i 327.III CS (actuals 461-13 i 441-6.3 CCCat, respectivament).

Comentari: Per resoldre amb justícia aquest supòsit de fet, en el qual s'observa clarament que l'escriptura no ha d'atorgar-se a favor d'unes persones que legalment no són les hereves, la DGDEJ ha hagut de salvar una difícil dicotomia: defensar la seva competència per resoldre el fons de l'assumpte, compaginada amb el principi que la qualificació registral no pot abastar el fons de la resolució judicial. És a dir, si s'admet que l'art. 100 RH és aplicable i que, per això, es pot entrar en l'examen de la qualificació registral de la resolució judicial, això podria comportar la falta de competència de la DGDEJ a favor de la DGRN.

D'una banda, la nota de qualificació i la llei que regula la competència per resoldre els recursos (la Llei 5/2009, de 28 d'abril) condueixen a la preferència de l'àmbit material o de fons sobre el formal, ja que l'art. 1 d'aquesta Llei atribueix la

competència a la DGDEJ, sempre que el recurs o la *qualificació impugnada* es basin en normes del Dret català o en la seva infracció, i en el present cas, el Registrador cita expressament a la seva nota la infracció dels arts. 333 i 338 CS. Per tant, el caràcter expansiu de la competència de la DGDEJ condueix amb claredat a la competència de la DGDEJ, donant preferència a la norma substantiva continguda en el CS en detriment de l'adjectiva de l'art. 100 RH.

Però, d'altra banda, una vegada posat l'accent en les normes substantives o de fons, ens trobem amb el fet que la qualificació registral no pot entrar en el fons de les resolucions judicials, sinó, solament, per allò que aquí ens interessa, en la congruència. L'art. 218.1 LEC disposa que «les sentències han de ser clares, precises i congruents amb les demandes i altres pretensions de les parts»; per la seva banda, l'art. 100 RH diu que la qualificació registral dels documents judicials ha de limitar-se, entre altres matèries, a «la congruència del mandat amb el procediment o judici en què s'hagués dictat». D'aquests preceptes pot inferir-se que la congruència és la concordança entre la resolució judicial i la pretensió buscada pels interessats mitjançant un procediment judicial adequat a satisfer aquesta pretensió. També pot parlar-se, com GARCIA GARCIA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, vol. III, Civitas, 2002, pàg. 644), d'una incongruència a efectes processals, limitada a les pretensions de les parts, i d'una incongruència a efectes registrals, limitada al procediment seguit. El supòsit més habitual d'incongruència en l'àmbit registral és el de l'expedient de domini instat per a la represa del tracte successiu interromput, quan, en realitat, no existeix aquesta interrupció, que ha motivat tantes resolucions de la DGRN declarant la incongruència del procediment judicial.

En el cas present, res no indica a primera vista que hi hagi cap discordança entre la pretensió dels interessats, el procediment seguit i la resolució dictada. Els interessats pretenen que se'ls declari hereus, el procediment seguit és l'adequat i la resolució dictada és congruent amb ambdues coses. L'única «fallada» és que la resolució judicial erra en la dispositiva, declarant hereus aquells que no deu. Cal observar la diferència amb els supòsits de fet de la RDGDEJ d'11 de juliol de 2007, de la RDGRN de 5 de desembre de 1945 i de l'APTSJC de 26 de juliol de 1993 (citats en els Fonaments de Dret d'aquesta), en què, havent-hi testament vàlid, la resolució judicial acudia al procediment de declaració d'hereus abintestat; en aquests supòsits sí hi havia incongruència en el sentit de l'art. 100 RH, atès que el procediment seguit no era adequat. Però, en el cas que estem examinant, la DGDEJ no basa la declaració d'incongruència en la discordança del procés, sinó en la doctrina utilitzada en la resolució d'anteriors recursos governatius i en què «la declaració judicial no produeix excepció i els hereus del marit de Donya F. A. (la causant) no han estat citats en el procediment de jurisdicció voluntària que correspon». No obstant això, aquest últim argument sembla referir-se a un defecte del procediment en el qual no pot entrar la qualificació del Registrador, i en la doctrina anterior tampoc no es fixa un criteri clar segons el qual pugui deduir-se que en el cas que ens ocupa existeixi incongruència, ja que totes les que he pogut trobar tracten de supòsits diferents (per exemple, la DGRN, en R. de 24 de febrer de 2006, va facultar que la qualificació registral arribés al



fet que qui apareix protegit pel Registre hagi estat emplaçat en el procediment).

Malgrat tot l'anterior, crec que la DG ha resolt encertadament el cas, impedint que tinguí accés al Registre de la Propietat una escriptura en la qual s'executa una resolució judicial clarament defectuosa, encara que per a això hagi hagut de forçar una mica el concepte d'*incongruència*, únic recurs de què disposava d'acord amb la normativa actual. El dia en què els notaris assumim la competència per a tots els procediments de declaració d'hereus abintestat, el problema deixarà d'existir, ja que els registradors podran entrar en el fons d'aquestes declaracions; mentrestant, el desitjable seria permetre que els registradors poguessin qualificar sense cap limitació les resolucions judicials dictades en procediments de jurisdicció voluntària (ja que en aquests procediments no intervenen tots els possibles afectats per la seva resolució), per evitar una extensió del concepte d'*incongruència*, que podria revisar-se pels propis tribunals.

Finalment, és clara l'aplicació del dret de transmissió, que en la successió intestada ofereix menys problemes que en la testada, ja que en aquesta sol plantejar-se la qüestió de si és preferent la substitució vulgar ordenada pel causant. En la successió intestada, la claredat dels arts. 327.III CS i 441-6.3 CCCat no deixa lloc a dubtes. Evidentment, el dret de transmissió no serà aplicable si l'hereu hagués acceptat o renunciat a l'herència, la qual cosa haurà de provar-se amb el corresponent document notarial o per via judicial.

El Registrador no pot qüestionar l'adequada constitució de la posició de part, ja que és una qüestió que està sota control judicial.

Resolució de 13 de juliol de 2011 (DOGC de 17 d'agost de 2011)

Resum: L'any 2011 s'atorga una escriptura pública d'acord amb una resolució judicial que concedia al seu atorgant el dret a adjudicar-se un habitatge i una plaça de garatge inscrits a nom d'una cooperativa d'habitatges de la qual era soci. Presentada l'escriptura en el Registre de la Propietat, el Registrador suspèn la inscripció al·legant tres defectes: 1) la falta de la cèdula d'habilitat, la qual cosa no es discuteix en el recurs; 2) la demanda judicial es va dirigir contra la cooperativa, però no contra tots els socis que la integren, la qual cosa qualifica com a defecte inextinguible; 3) no s'acrediten la dissolució i liquidació parcial de la cooperativa derivada de la transmissió.

La DGDEJ, centrant-se en els dos últims defectes, revoca la nota de qualificació.

En relació amb la necessitat de demandar tots els socis de la cooperativa quan aquesta és l'única titular registral de les finques, argumenta que això aniria en contra dels principis de legitimitat i tracte successiu i que cap precepte de la legislació catalana de cooperatives no justifica aquesta exigència. Segons l'art. 6 de la Llei 18/2002, de 5 de juliol, la cooperativa té personalitat jurídica pròpia, i dels arts. 107 i 109 es desprèn que és la propietària dels habitatges i que els socis només ostenten drets sobre aquests quan la cooperativa els hi adjudica i transmet. D'altra banda, el

Registrador no pot entrar a qualificar la correcta articulació de la relació processal i l'adequada constitució de la posició de part, qüestions que són competència del Jutge i que estan subjectes a control judicial. En tot cas, que el Registrador consideri que els socis puguin estar en situació d'indefensió no és una qüestió que incumbeixi defensar al Registrador, sinó als propis socis, a través del corresponent procés judicial.

Quant al tercer defecte, la necessitat d'acreditar la dissolució parcial de la cooperativa amb la intervenció de tots els socis per tal de procedir a la inscripció dels drets transmesos per aquella, per a la DGDEJ es tracta novament d'una qüestió relacionada amb la mateixa legitimitat processal de la cooperativa com a demandada i, per això, subjecta a control judicial, que haurà de decidir-se en el moment de resoldre sobre l'admissió de la demanda a tràmit. Si el Jutge es pronuncia expressament a favor d'aquesta admissió, no convé un posterior control del Registrador sobre aquesta.

Comentari: No hi ha res rellevant per afegir quant al primer defecte, que la DGDEJ resol magníficament: la cooperativa té personalitat jurídica pròpia, segons l'art. 6 de la seva Llei reguladora (Llei 18/2002, de 5 de juliol), i figura en el Registre de la Propietat com a propietària dels habitatges; potser afegiria que correspon al Consell Rector de la cooperativa la representació d'aquesta (art. 39) i l'atorgament de les escriptures d'adjudicació dels habitatges a favor dels socis. Les sentències del Tribunal Suprem i els arts. 106 i 107 de la Llei de Cooperatives citats pel Registrador no aporten cap argument a favor de la seva tesi. D'altra banda, ens trobem novament amb la limitació de les qualificacions registrals derivada de l'art. 100 RH, que en el present supòsit no ofereix cap dubte.

La mateixa objecció presenta amb encert la DGDEJ per rebutjar el segon defecte de la nota: si el Jutge decreta l'adjudicació de l'habitatge a un soci sense majors requisits, el Registrador no té per què exigir-los (sobretot quan la representació de la cooperativa va comparèixer davant el Jutge per manifestar la seva conformitat amb la pretensió del demandant). D'altra banda, la dissolució i liquidació de la cooperativa no són requisits exigibles en cas d'adjudicació d'habitatges, ni tan sols en cas de mutu acord entre el Consell Rector i el cooperativista adjudicatari. Queda clar que entre el soci adjudicatari i la cooperativa haurà de tenir lloc, a conseqüència de la transmissió, una liquidació en funció de l'aportació d'aquest soci i el preu de l'habitatge adjudicat, que comportarà, normalment, la baixa de l'adjudicatari com a soci. Però és evident que aquesta liquidació particular no afecta en absolut la pròpia existència de la cooperativa, ni li obliga a reduir el capital social, ni tan sols a dissoldre's parcialment, com demostra el fet que els propis preceptes de la Llei de Cooperatives citats pel Registrador (en particular, l'art. 13, sobre actes d'inscripció obligatòria, i l'art. 86, que regula les causes de dissolució) no exigeixen que les baixes de socis s'inscriguin en el Registre de Cooperatives ni les preveuen com a causa de dissolució de la cooperativa.

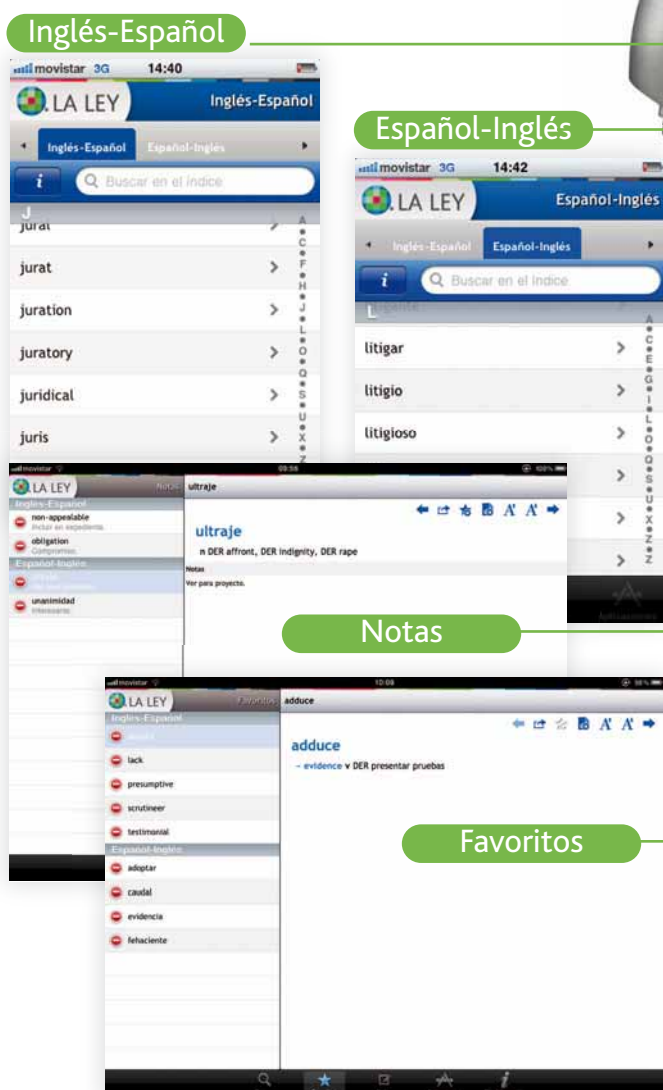
**Diccionario Jurídico
en su dispositivo móvil**

**DONDE
Y CUANDO
QUIERA**

Diccionario jurídico LA LEY

Inglés-Español • Español-Inglés

NUEVO



**Descárguelo
directamente desde
su dispositivo móvil**

Disponible para
iPhone & iPad



Celebrada a Sitges la tercera sessió de l'XI Congrés Notarial



Mesa inaugural de la tercera sessió de l'XI Congrés Notarial Espanyol, celebrat a Sitges.

Del 2 al 4 de setembre va tenir lloc a Sitges la tercera sessió de l'XI Congrés Notarial Espanyol, organitzada pel Consell General del Notariat per commemorar el 150è Aniversari de la Llei del Notariat. Aquesta tercera sessió, precedida per les que es van celebrar a Sevilla (6-8 de març) i a La Toja (5-7 de juny), es va centrar en «L'autonomia de la voluntat en el dret mercantil», va agrupar més de dos-cents juristes i hi van participar notaris, catedràtics de dret mercantil i magistrats, que van debatre sobre aspectes com la configuració estatutària de les societats de capital, la validesa dels pactes parasocials, l'arbitratge o el dret concursal, entre altres. El Col·legi de Catalunya va tenir una destacada participació, essent ponents Ricardo Cabanas Trejo (que va coordinar la sessió juntament amb Rafael Bonardell), Emilio González Bou, M. Àngels Vallvé Ribera, Francisco Armas Omedes i Antonio Bosch Carrera.

En una mostra de l'excel·lent relació del Notariat amb l'Administració autonòmica, la inauguració va anar a càrrec de la consellera de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Pilar Fernández Bozal, acompanyada del president del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, Miguel Ángel Gimeno. El Govern central va ser representat per la directora general dels Registres i del Notariat, M. Ángeles Alcalá, i, per part del Consell General, tant el president, Manuel López Pardiñas, com el vicepresident i degà del Col·legi Notarial de Catalunya, Joan Carles Ollé, hi van ser presents, en la que va ser la seva primera aparició pública davant del Notariat des que els van nomenar recentment.

Durant l'acte, la consellera de Justícia va voler destacar molt especialment «la col·laboració que ofereixen els notaris en moments de dificultat econòmica als emprenedors per poder constituir telemàticament i en vint-i-quatre hores una societat mercantil, fet que demostra la seva capacitat d'adaptació a situacions difícils i confirma la imatge de confiança que prestigia la funció notarial». Una funció que, tal com va assenyalar, «permet avançar, coèixer i preveure situacions futures, així com evitar costos i conflictes posteriors, i converteix



Vida corporativa

La directora general dels Registres i del Notariat, M. Ángeles Alcalá, va recordar, un cop més, la constant i permanent col·laboració del notariat amb l'Administració

el notari en el garant de la seguretat del tràfic mercantil». La consellera es va mostrar conscient de l'esforç que està fent el Notariat enfront de la crisi i va recordar la rebaixa de l'aranzel, alhora que es va mostrar sensible a la necessitat, ja exposada anteriorment a l'Administració, d'ajustar la demarcació notarial als temps actuals. Finalment, també va esmentar «la recent elecció per majoria absoluta del president i el vicepresident del Consell General del Notariat, que premia l'esforç d'aquest Consell per afrontar amb la màxima unitat i consens aquesta difícil etapa econòmica i social».

La directora general dels Registres i del Notariat va recordar, un cop més, la constant i permanent col·laboració del Notariat amb l'Administració, de la qual va destacar els importants fruits obtinguts i va afirmar que «avui ningú discuteix la funció notarial: per l'oportunitat i per la qualitat. Els notaris s'han sabut adaptar als canvis i a les necessitats de la societat espanyola tot defensant el servei públic que presten en tant que essència clau de la seva activitat». La directora general també va assenyalar la importància que el dret s'adapti a la realitat econòmica i la importància de «revisar si les nostres normes societàries, de contractació i concursals responen avui a aquestes demandes».

El president del Consell General del Notariat, Manuel López Pardiñas, va afirmar que «el repte del dret és ser un mitjà que permeti contribuir a superar la crisi econòmica, un repte al qual tots els notaris poden ajudar gràcies a llur funció assessora i controladora de la legalitat i gràcies a l'experiència diària en l'àmbit mercantil». El vicepresident del Consell, Joan Carles Ollé, va destacar en la intervenció que «és una responsabilitat dels governs implementar les reformes necessàries per atraure inversions d'empreses i particulars, i fer-ho sense debilitar la seguretat jurídica, ja que si es deteriorés, posaria en greu perill el correcte funcionament del mercat».

Pedro Solbes, exministre d'economia, exvicepresident econòmic i comissari europeu, va ser el ponent convidat. En la conferència va exposar l'anàlisi econòmica del moment, els orígens de la crisi financera, en quin estat actual es troba i les perspectives de futur, tant en l'àmbit espanyol com en l'internacional. Així, va destacar el paper clau del control de legalitat dels notaris en la seguretat de les operacions econòmiques, i va assegurar que «el notari és el supervisor de primera instància de les normes de les economies de mercat», i va subratllar l'esforç tecnològic realitzat en pro d'aconseguir un grau més elevat de transparència, eficàcia i agilitat en el tràfic mercantil. Solbes va ser molt crític a l'hora d'afirmar que «els problemes que van ocasionar la turbulència financera i econòmica mundial més greu des del crac del 1929 encara no s'han resolt». Entre aquests problemes, va esmentar la manca d'adaptació de les economies als dissenys d'una globalització en què les noves tecnologies continuen tenint un protagonisme preponderant; la necessitat d'enfortir, amb reformes estructurals, l'estabilitat de la zona euro, i els escassos avenços en la transformació del sistema financer internacional i en les indicacions inicials del G-20 a favor d'una regulació més accentuada dels mercats, de control de les agències de *rating* i de reforç de les normes comptables, que han «endarrerit els ajusts empresarials».

Segons ell, per sortir d'aquest escenari cal impulsar la productivitat i, en conseqüència, guanyar quota de competitivitat. Va afirmar que en els anys precedents hi ha hagut dos factors clau que han determinat la profunditat de la crisi espanyola i que no es repetiran: d'una banda, l'entrada a l'euro (que va propiciar una política monetària molt laxa, de tipus d'interès baixos i gran facilitat de crèdit, que no es repetirà); de l'altra, un procés d'immigració que ha fet que Espanya passés de trenta-sis milions d'habitants a quaranta-tres. En conseqüència, va afirmar, «tampoc viurem un període de tretze anys de creixement ininterromput com el que es va registrar entre el 1995 i el 2008». Per a Solbes, la clau en el nostre país és tirar endavant les reformes estructurals enfocades a modificar l'actual model productiu, que no pot basar el dinamisme en la construcció i les infraestructures, que van arribar a suposar el 20% del PIB. «Espanya ha d'explorar sectors competitiu i amb capacitat per incentivar l'ocupació, com les noves tecnologies o el sector serveis, així com potenciar el sector exterior i el turisme, els dos components del PIB que han donat senyals de vitalitat però que encara necessiten "polítiques modernitzadores"». A més, va instar a «actuar decididament sobre el sistema d'atur», un terreny carregat de «dificultats polítiques i tècniques», a més



El president del Consell General del Notariat, Manuel López Pardiñas, va destacar el «paper que exerceix el notari en el control de la legalitat, però també en l'assessorament i l'adequació dels documents a la voluntat de les parts»

de considerar «imprescindible» trobar una sortida a l'actual estoc d'habitatges. Finalment, Solbes va reclamar al Banc d'Espanya que acabi definitivament el procés de recapitalització de les caixes d'estalvi i va descartar que hi hagi marge per a noves polítiques d'estímul fiscal i per tal de restaurar el crèdit amb actuacions dels poders públics.

Per acabar, en la clausura de la sessió, el president del Consell General del Notariat, Manuel López Pardiñas, va destacar el «paper que exerceix el notari en el control de la legalitat, però també en l'assessorament i l'adequació dels documents a la voluntat de les parts». Una seguretat preventiva que té una incidència especial en l'àmbit dels procediments concursals i els acords de refinançament que, va emfasitzar, «poden resultar essencials per mantenir l'empresa». Per la seva banda, el vicepresident de la institució, Joan Carles Ollé, després de resumir les qüestions que es van plantejar en la sessió, va destacar que «el Notariat ha demostrat una validesa permanent durant aquests cent cinquanta anys, així com la capacitat d'adaptació als canvis econòmics i socials», i va assegurar que «la professió notarial és útil, necessària i beneficiosa per a la societat espanyola en tant que garant de la seguretat jurídica».

L'XI Congrés Notarial té per objectiu realitzar un profund estudi del nostre dret privat des del punt de vista de la llibertat personal. Després de la sessió de Sitges, se celebren sessions a Benidorm, Múrcia, Bilbao i Madrid.

Compareixença del degà al Parlament i a les Corts per parlar de les execucions hipotecàries

El Notariat és especialment sensible a les execucions hipotecàries, un problema social que, per desgràcia, ha augmentat un 400% en els últims tres anys. En els darrers mesos, el degà del Col·legi, Joan Carles Ollé, ha comparegut tant al Parlament de Catalunya (el propassat 27 de juliol) com al Congrés dels Diputats (el 14 de setembre) per informar sobre la postura del Notariat sobre aquesta qüestió.



En línies generals, l'exposició es va centrar a proposar un paquet de mesures alternatives a la dació en pagament, una mesura que va desaconsellar amb efectes retroactius, «atès que canviar la legislació vigent suposaria modificar el principi de responsabilitat patrimonial universal del deutor i tindria importants conseqüències en altres àmbits». Va recordar que, malgrat que l'actual sistema hipotecari «és molt garantista per a l'entitat financera, però ha permès accedir a la propietat un gran nombre d'espanyols», s'han fet evidents algunes disfuncions que «cal corregir per aconseguir més equitat».

D'altra banda, va plantejar un seguit de possibles mesures correctives i optimitzadores per millorar la posició del deutor. Així, va destacar la necessitat de modificar la regulació del concurs de particulars; va sol·licitar un tractament especial per a l'habitatge familiar; va aconsellar promoure la negociació amb els bancs i va parlar de la

Ple del Congrés dels Diputats



Vida corporativa

necessitat d'aprovar una llei de sobreendeutament o de segona oportunitat per als supòsits d'insolvència sobrevinguda. Altres mesures serien la revisió dels interessos de demora, «que són clarament excessius»; una nova revisió a l'alça del valor mínim pel qual els bancs poden adquirir un immoble; millorar la normativa de taxacions, sobretot en el punt relatiu a la independència de les companyies taxadores respecte de les entitats financeres, i promoure modificacions legislatives en el procediment d'execució notarial per tal de corregir determinades possibles interpretacions.

Els representants del notariat francès van aprofundir especialment en l'arxiu històric i en les sales nobles, a més de visitar la sala d'exposició permanent o l'antic Deganat

Recepció d'una representació del Notariat francès

El propassat 17 de setembre, el Col·legi va acollir una destacada representació del Consell Superior del Notariat Francès, el Consell General francès. Aquesta institució va néixer l'any 1941 i va substituir l'Associació Nacional dels Notaris de França.

Durant la visita, Didier Froger, director general adjunt del Consell, i Phillipe Caille, director d'Ètica i Deontologia d'aquesta mateixa institució, a més de diversos membres de la Comissió d'Ètica i Estatuts de l'organisme francès, acompanyats de diversos membres de la Junta del Col·legi, van fer una visita a les instal·lacions col·legials i van aprofundir molt especialment en l'arxiu històric, d'una banda, i en les sales nobles, de l'altra, a més de visitar la sala d'exposició permanent o l'antic Deganat.

Els representants del Col·legi van pronunciar uns breus parlaments, en què van exposar als homònims francesos l'organització, les competències i el funcionament del Notariat en el nostre país.



El degà, Joan Carles Ollé, amb representants del Consell Superior del Notariat Francès

Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.^a Edición

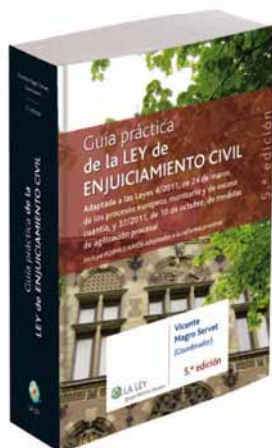
*Procesos europeos monitorios y
de escasa cuantía*

FORMULARIOS

Gilizaci3n procesal

**DISPONIBLE EN
EDICI3N ELECTR3NICA**

**DISPONIBLE EN
EDICIÓN ELECTRÓNICA**



COORDINADOR:

**Vicente
Magro Servet**

Páginas: 1.468
Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-8126-403-6

Adaptada a las Leyes 4/2011, de 24 de marzo, de los procesos europeos monitorios y de escasa cuantía, y 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal

Guía unificadora de criterios orientativos en la aplicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, actualizada tras la aprobación de las Leyes 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal y 4/2011, de 24 de marzo, de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía. **Más de 2.500 preguntas y respuestas con referencia de actualización jurisprudencial.**

Se ha procedido a una actualización de los formularios con base en la correspondiente de las propias reformas que

se han llevado a cabo en la LEC y que muchas de ellas tienen una gran importancia en la presentación de las demandas que exigen de una actualización.

El lector dispone con esta obra de una herramienta absolutamente actualizada doctrinal, jurisprudencial y legislativamente que le permitirá aplicar la LEC con más tranquilidad y seguridad, ofreciendo la tan siempre anhelada unificación de criterios y las respuestas a las dudas que surgen de las reformas legislativas.

Novedades editoriales LA LEY

**Adquiera hoy mismo su ejemplar.
Para ello, rellene este cupón y envíenoslo al**

FAX: 902 420 012

Empresa/Organismo _____ Dpto. _____ N.º de empleados _____

Apellidos /Nombre _____

NIF/CIF (imprescindible) _____ Profesión _____ Especialidad _____

Dirección _____ Ciudad _____

E-mail _____ C.P. _____ Teléfono _____ Fax _____

FORMA DE PAGO ☒ **Sí** deseo recibir ejemplar/es del libro: **Ref.: 12798-1** **Servicio de**

FORMA DE PAGO

- ☐ Domiciliación bancaria
☐ Contra reembolso

Muy Sres. míos: Ruego carguen el recibo que les presentará WOLTERS KLUWER ESPAÑA- LA LEY a mi nombre en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros.

Código Cuenta Cliente

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta

- ☒ **SÍ**, deseo recibir ejemplar/es del libro:

- ☐ Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.ª Edición

Precio: 78,85 € + 4% IVA
TOTAL: 82 €

Código de Producto: 2012140

Ref.: 12798-1

Fecha..... / / 20.....

Firma y sello
(imprescindible)

**Servicio de
Atención al Cliente**
902 250 500
clientes@laley.es
C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas. Madrid

Consígalo también
en Internet
<http://tienda.laley.es>

Sus datos se almacenarán en un fichero de Wolters Kluwer España S.A. (WKE) y tratados para tramitar su solicitud y gestionar esta relación contractual. Adicionalmente Vd. consiente el tratamiento de sus datos para informarle, incluso por correo electrónico, de productos y servicios de WKE o de terceras empresas colaboradoras de: finanzas, banca, seguros, formación, editorial, publicaciones, ferias, eventos, software, servicios informáticos, telecomunicaciones, ocio, turismo, ONG´s, energía, agua, automoción, óptica, audiovisual y mensajería. La actividad de marketing podrá ser realizada por WKE, o por sus distribuidores (de software o hardware) homologados, a quien cederemos sus datos (consulte dir. autorizados <http://www.a3software.com/distribuidoresautorizados.aspx> y <http://www.a3software.com/mia3equipo/contacto.html>). Para oponerse a este tratamiento marque aquí ☐ Vd. podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiéndose por escrito a: C/ Collado Mediano, 9, 28230 Las Rozas (Madrid) o ldp@wke.es



LA LEY. Un paso por delante

Normes per a la publicació de treballs a **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetran, 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. **ACCEPTACIÓ.** 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

Ja pots consultar la revista **La Notaria**
i el **Butlletí mensual en línia**.

Entra a www.colnotcat.es i accedeix a
la secció **Publicacions**.

Així de fàcil, així de còmode, així de ràpid.

Recorda que els notaris també poden consultar
ambdues publicacions des de la intranet col·legial.

