

LaNotaria

Número 1-2 | 2020

Revista del Col·legi de Notaris de Catalunya

Fundada el 1858

ELS REPTES DE LA DIGITALITZACIÓ / NOU ENFOCAMENT DE LA DISCAPACITAT

Els reptes de la digitalització

Nou enfocament de la discapacitat

«Quan perfilem el sistema d'identificació de la persona que fa l'acte, avançarem fins a la realització per videoconferència de determinades actuacions notariales»

Entrevista a Sofía Puente Santiago

DIRECTORA GENERAL DE SEGURETAT JURÍDICA I FE PÚBLICA

«Hem tingut un excés de regulació en molts àmbits i massa zel en la protecció dels consumidors»

Entrevista a Josep González Sala

PRESIDENT DE PIMEC

«El repte més important que tenim de cara als propers anys és el digital»

Entrevista a Joan Carles Ollé i Favaró

DEGÀ DEL COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA

TRIBUNA

José Ángel Martínez Sanchiz
Josep Ma Valls Xufre
Ana Fernández-Tresguerres García
José Alberto Marín Sánchez
Antonio Longo Martínez

DOCTRINA

El repte de la reforma de la legislació civil en matèria de discapacitat
Estudi jurisprudencial entorn de la curatela de les persones amb malaltia mental
La substitució d'acords socials
Configuració convencional internacional i constitucional del dret a un habitatge digne i adequat
La esclavitud en els protocols notaries.
Visió històrica

PRÀCTICA

A propòsit de la STJUE de 16 de juliol de 2020 (C-80/19). La funció del Notari espanyol a la UE. Conseqüències.
Eixos estratègics
Drets legals d'adquisició preferent en matèria d'habitatge a Catalunya

Número 1-2 | 2020

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

LEFEBVRE QMEMENTO Notarios

Presentamos QMemento Notarios, una aplicación diferente, eficaz y específica para tu profesión, que incluye:



Los Mementos Francis Lefebvre: garantía de acceso inmediato a soluciones rigurosas y de directa aplicación. Mementos: Fiscal, Sociedades Mercantiles, Sucesiones y Transmisiones (Fiscal), Familia, Sucesiones (Civil).



Los Formularios Prácticos Sociedades Anónimas y Limitadas, con todos los documentos necesarios para cada operación, incluidas las escrituras públicas.



Una **base de datos jurídica que te ofrece todos los fundamentos** que respaldan las soluciones propuestas: normas, sentencias, resoluciones administrativas, etc.



Y además es **multisoporte**, consulta la información en cualquier momento y lugar.

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00
clientes@lefebvre.es

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Sotsdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consell de redacció:

Víctor Javier Asensio Borrellas,
Leticia Ballester Azpitarte, Víctor
Esquirol Jiménez, Pablo Gómez
Clavería, Jesús Gómez Taboada,
Antonio Longo Martínez, Susan
Marsinyach Calvet

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 Llebaria 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 Chuliá
(U. de Valencia), Roberto Follia Camps
(Notario - RALJC), José Antonio García
Vila (Notario), Ildefonso Sánchez Prat
(Notario), Josep M.ª Valls Xufré (Notario),
M.ª Angels Vallvé Ribera (Notario)

Coordinació:

Sandra Purroy Corbella

*Disseny, preimpressió i impressió
per Lefebvre-El Derecho*

ISSN: 2172-3028

D.L.: B-3461-1959

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.notarisdecatalunya.org

lanotaria@catalunya.notariado.org

Covid 19: canvis tecnològics, contractuals i en les relacions socials

Des del darrer número de La Notaria, el fet més rellevant d'aquest any és, sens dubte, la pandèmia causada per la Covid-19. No és que sigui el més rellevant de l'any, sinó que ho és del segle, i fins i tot caldria referir-se a altres magnituds temporals. Però com a societat, com a cos notarial, com a notaris individuals i, el més important, com a persones, no és això el que és significatiu per al nostre futur, i no perquè siguin fets passats, juntament amb el fet que es pot dir que la capacitat d'adaptació de l'ésser humà és infinita. Per això no hi ha lloc per a lamentacions, ja que a cadascun de nosaltres ens toca viure el temps que ens ha tocat, cosa que exigeix mirar sense por el futur amb esperit de superació, amb respecte, però amb la previsió que tot es pot superar posant-hi la tenacitat necessària. I, per això, les mesures han de ser meditades i no experiments flamígers (tant des de dins com des de fora), ja que a les institucions mil·lenàries, encara que es pugui dir que són centenàries en la seva configuració actual, s'han de meditar els canvis molt seriosament i més quan s'ha pogut comprovar que la seva actuació és fonamental, com ho és l'actuació notarial al llarg de tota la vida de la persona, i més en les situacions excepcionals que, a vegades, per la mateixa normalitat, sembla que no se'n veu la transcendència en la utilització i l'acompliment diaris. Tant si és per la seva habitualitat en la compravenda habitual, préstec hipotecari, testament, constitució i vida societària (en què cada cop més –i en particular a Espanya– l'activitat econòmica i patrimonial passa per societats fins i tot unipersonals, en les quals sembla imprescindible la funció notarial per la seva mateixa neutralitat, la seva implantació i la seva funció assessora) o les mateixes actes notarials. En la situació que s'albira, el rigor, la serietat i la certesa que dona la intervenció notarial semblen encara més necessàries, ja que la tecnologia i els robots no sembla que puguin substituir la persona i menys, la qualificada; tot i que les aparences ens poden enlluernar, l'habitualitat absoluta i la poquíssima conflictivitat semblen tan naturals com el mateix aire que respirem, però no per això deixa de ser menys cert que qualsevol canvi sense rigor pot asfixiar el que funciona amb rigor absolut.

La pandèmia, sens dubte, ha influït en tots els aspectes de les nostres vides, des dels més personals (tràgic per als qui han viscut la mort –en les lúgubres circumstàncies a causa de la pandèmia– de les persones més pròximes o estimades) fins als àmbits econòmic o social.

En aquesta situació no es tracta de contemplar les previsions d'una nova realitat, sinó la realitat de cada dia ja que és diferent i imprevisible. Ho és cada dia en les nostres múltiples preocupacions. Una altra cosa és que sigui més o menys previsible, en realitat se'ns escapa tot, i, sens dubte, així ho hem pogut comprovar, des de la limitació de les nostres facultats a la dels nostres coneixements, per més dedicació que s'hi posi i, per descomptat, que s'hi ha posat i es posa –i cal agrair-ho als qui han posat en risc el que més val, la seva pròpia vida. Però es tracta de superar-nos i continuar donant el millor de cadascú, i com a institució que clarament s'ha destacat, que ho és amb caràcter essencial, ara vindran adveracions de testaments, però, en definitiva, les institucions jurídiques, com les corporatives, han mantingut clarament el rumb de la navegació en una situació veritablement calamitosa.

La societat globalitzada ho continuarà sent, durant un temps amb molts menys viatges tant transoceànics o continentals com no o simplement locals, amb un futur econòmic incert, amb tota mena de previsions, tot i que sempre pot arribar el que és inesperat com és la mateixa pandèmia que ho canvia tot. Però també es pot dir que roman el que és essencial, amb noves formes o maneres de manifestar-se o no, i en aquest canvi tan transcendental que la pandèmia ha produït, emergeix clarament l'era digital i els seus efectes, ja que continuarà

fent possible l'intercanvi de dades, els fluxos econòmics, fins i tot en aquesta manera tan estranya de relacionar-se amb mascareta, i ja sense guants, amb les persones. I als centres de treball, lleure o mercats.

Entre tot això ha resultat evident el caràcter fonamental de la funció notarial, tant en l'àmbit econòmic com en el personalíssim, valgui la necessitat de manifestar l'última voluntat, que tan restringida s'ha vist, cosa que apressa la necessitat de planificar el futur, personal i patrimonial. Però també resulta evident que vindran noves formes d'exercir-la i que sorgiran nous camps competencials, ja que no hi ha ningú com el Notariat per exercir la nova activitat extrajudicial, com s'ha demostrat amb la "jurisdicció voluntària" (amb tants camps encara per treure'ls més virtualitat aplicativa) i, per descomptat, mitjans tecnològics per utilitzar. Però el que sembla igualment evident és que la proximitat amb el ciutadà, la llibertat d'elecció, la implantació territorial, els mitjans tecnològics i els que tant podrien succeir encara sense gaires canvis, continuaran sent notes encara més imprescindibles. Per tot això, sí que vindran canvis i potser en menys d'un lustre la societat semblarà irreconeixible en relació amb el que s'ha viscut fins ara, amb noves formes de contractació, de clàusules en els contractes o en els testaments, però en tot això, i així ho crec, el rellevant continuarà sent saber mantenir l'essència. Si ha estat una activitat essencial és per l'àmbit en què actuem i com actuem; en conseqüència, les formalitats, els elements tecnològics per implementar-la, per significatius que siguin i que són i que ho seran encara més, no deixen de ser l'aspecte complementari, ja que el transcendent continuarà seguir sent Notaris, cosa que no es podrà desconfigurar mitjançant l'emmarcament en altres categories, denominacions omnicomprendives i preteses especialitats, ja que només aconseguiria fer desaparèixer el que continua sent al cap de més d'un segle –de l'era moderna del Notariat– l'essència de la funció.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Dret
Notari de Barcelona



Editorial

- Covid 19: canvis tecnològics, contractuals i en les relacions socials
Àngel Serrano de Nicolás

3



Tribuna

- Reflexions sobre la funció notarial
José Àngel Martínez Sanchiz 7
- L'abolició de la incapacitació. El notari i els suports a la discapacitat (II)
Josep M^a Valls Xufré 18
- Noves tecnologies i digitalització de societats en el context COVID-19
Ana Fernández-Tresguerres García 44
- Els reptes tecnològics del Notariat
José Alberto Marín Sánchez 53
- Un any de vigència de La Llei de Crèdit Immobiliari
Antonio Longo Martínez 56



Entrevista

- “Quan perfillem el sistema d'identificació de la persona que fa l'acte, avançarem fins a la realització per videoconferència de determinades actuacions notariales”
Sofía Puente Santiago 61
- “Hem tingut un excés de regulació en molts àmbits i massa zel en la protecció dels consumidors”
Josep González Sala 65
- “El repte més important que tenim de cara els propers anys és el digital”
Joan Carles Ollé i Favaró 70



Doctrina

- El repte de la reforma de la legislació civil en matèria de discapacitat
María Linacero de la Fuente 78
- Estudi jurisprudencial entorn de la curatela de les persones amb malaltia mental
Núria Coch Roura 99
- La substitució d'acords socials
María Corona Quesada González 112
- Configuració convencional internacional i constitucional del dret a un habitatge digne i adequat
Josep M^a Fugardo Estivill 141
- La esclavitud en els protocols notariales. Visió històrica
Plácido Barrios Fernández 187



Internacional

- Anàlisi jurídic del sistema de transmissió de béns immobles a la Xina actual
Yang Song 191
- *The Legal Review of Real Estate Transfer System In Current China*
Yang Song 206



Pràctica

- A propòsit de la STJUE de 16 de juliol de 2020 (C-80/19). La funció del Notari espanyol a la UE. Conseqüències. Eixos estratègics
Javier Micó Giner 221
- Drets legals d'adquisició preferent en matèria d'habitatge a Catalunya
Víctor J. Asensio Borrellas 239



Sentències

- Sentències del Tribunal Suprem
Redacció Lefebvre 261
- Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya
Víctor Esquirol Jiménez 271



Resolucions

- Resum de les resolucions de la DGRN en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat
Fernando Agustín Bonaga 274
- Resolucions de la DGRN en recursos de matèria Fiscal
Redacció Lefebvre 286
- Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez 297



Recensió

- «Casi controversi in materia di diritto delle successioni» 300



Vida Corporativa

- Notícies corporatives i del món del Dret 307



Obituari

- Referent notarial. Gabriel Suau Rosselló (1947-2020) 314

Reflexions sobre la funció notarial



José Ángel Martínez Sanchiz
Degà del Col·legi de Notaris de Madrid
President del Consell General del Notariat

Agraeixo molt la invitació de Joan Carles Ollé per a compartir amb vosaltres algunes reflexions sobre la funció notarial, precisament per a aquesta revista per la qual sento, a més, una estima filial —el meu pare en va ser el director durant anys—, veritable admiració institucional, perquè representa el principal testimoni de les vicissituds i les inquietuds del nostre Notariat, des d'aquell 1858 en què va ser fundada i, gràcies a la seva permanència, ha esdevingut memòria viva per a temps futurs ⁽¹⁾.

Memòria sempre present dels qui van escriure les seves pàgines, als quals devem la mateixa fidelitat que caracteritza la nostra funció, d'acord amb Properci: *"Dii mihi sunt tetis, non degenerasse propinqui. Inque meis libris nihil prius esse fides"*. Aquest és encertadament el nostre lema.

El Temple de la Fe Pública

Titus Livi explica que Numa va voler rebaixar la bel·licositat dels romans i, entre altres temples, va crear el de la fe pública ⁽²⁾ (segons Plutarc, representada per la mà dreta) per assegurar la lleialtat entre els ciutadans i evitar la violència. L'anècdota és allisonadora: Rainier de Perusa explicava que el fonament de l'"*Ars Notariae*" es basava a preservar els tractes de la fragilitat humana; conscient de les nostres debilitats, el bon rei es va encomanar a la protecció dels déus.

Efectivament, el pietós successor de Ròmul va recórrer a la religió per assentar tant l'Estat —la llar del qual era el temple de Vesta amb el foc sempre encès— con la lleialtat a través del culte a la Fe Pública. També **la fe pública notarial va pivotar en els seus orígens entre la religió i el poder públic:**

en el primer cas, a través del jurament de fidelitat (*Decretal Scripta authentica*), i, en el segon, per la consideració del Notari com a "*persona pública*", que es consolida a partir de la *Summa Azonis* i després en la *Glossa Ordinaria*; dualitat que, d'alguna manera, rememora el debat, sorgit arran de la Llei del Notariat, sobre si el Notari era un *funcionari públic* o un *professor de Dret*, i que entre nosaltres tancaria el recordat Antonio Rodríguez Adrados en posar de manifest, alineat amb D'Orazi Flavoni, el caràcter inseparable d'ambdós aspectes.

Funció pública

Ara bé, és necessari aclarir que aquest caràcter inseparable o indivisible es produeix en el si d'una única funció de naturalesa pública. **El Notari, "com a Notari" exerceix una funció pública integrada en règim de commixió per aquest doble compo-**



nent indissoluble. Això no impedeix que “per ser Notari”, com advertia González Palomino, pugui rebre altres funcions públiques, no estrictament notarial, com l’execució extrajudicial d’hipoteques; funcions públiques en tot cas, que no tanquen el pas a altres activitats adjacents de naturalesa privada i lliure assumpció, com la gestió documental.

El caràcter públic de la funció notarial és una realitat normativa i una exigència social, amb la finalitat de garantir la legalitat i, en general, la seguretat jurídica, cosa que comporta la imposició de deures molt exigents al Notari per raons d’interès públic com passa amb la legislació sobre blanqueig de capitals.

Aquesta condició funcional ha conduït al fet que els Notaris europeus estiguem exclosos de la Directiva de serveis.

I, en aquest sentit, convé cridar l’atenció sobre l’assignació al Notari del caràcter d’“autoritat” en els Reglaments de successions i de règims econòmics matrimonials.

El caràcter d’autoritat

És cert que el concepte d’“autoritat” en l’àmbit europeu no és unívoc ni n’hi ha prou amb el seu reconeixement en els Reglaments esmentats perquè el Notari, a falta d’altres predicaments, esdevingui autoritat, com a exercent de “poder públic”, en el sentit estricte establert en l’ar-

ticle 51 el Tractat de Funcionament de la Unió.

Així es va pronunciar el Tribunal de Justícia de la Unió en la sentència de 9 de febrer de 2017 respecte de la llei hongaresa, que impedia l’accés a la funció notarial a altres nacionals comunitaris. El Tribunal va rebutjar que els Notaris hongaresos exercissin “poder públic”, malgrat les seves atribucions en matèria de jurisdicció voluntària, perquè les decisions dels nostres companys hongaresos es basen en el consentiment de les parts, sense que puguin substituir el d’alguna d’aquestes. Per tant, no és possible donar en aquest punt concret una resposta única perquè, al final, **cal atènyer-se a les particularitats de l’actuació notarial al país de què es tracti.**

La fe pública notarial i la presumpció de legalitat

Ensenyava Antonio Rodríguez Adrados:

“No es posible aprehender la función notarial partiendo del instrumento, ocurre precisamente lo contrario”⁽³⁾.

El mètode, conseqüentment, ha de ser l’invers: cal partir de la tasca del Notari.

Aquesta tasca notarial es dissecionaria segons **Castán Tobeñas en tres perspectives entrelaçades, que va denominar directiva, formativa i autenticadora:** la primera inclouria assessorament i consell; la segona, per exemple, la redacció o el ma-

teix control de legalitat, i ambdues desembocarien en l’última, de la qual certament va advertir:

“Esta función final del Notariado (autenticadora) que supone todas las demás y las comprende en sí, es la que ha dado nombre a la institución. Pero sería exagerado darle un exagerado predominio sobre la función formativa a la que va indisolublemente ligada. Ello hace que la instrumentación notarial ofrezca no un tinte meramente adjetivo o probatorio, sino también un aspecto sustantivo y civil.”⁽⁴⁾

L’objecte de la funció autenticadora consisteix a invertir d’una presumpció de veracitat tots els actes en els quals intervé el Notari⁽⁵⁾.

Per ser més precisos, d’acord amb l’article 1218 del Codi civil, la presumpció de veracitat comporta la integritat del document i en pressuposa la legalitat: que el contracte sigui vàlid; al cap i a la fi “nul” ve de “nec ullo”; el document fidedigne requereix exactitud, tant física com jurídica; en conseqüència, la fe pública inclou el judici de legalitat

Per ser més precisos, d’acord amb l’article 1218⁽⁶⁾ del Codi civil, la presumpció de veracitat comporta la integritat del document i en pressuposa la legalitat: que el contracte sigui vàlid; al cap i a la fi “nul” ve de “nec ullo”⁽⁷⁾; el document fidedigne requereix exactitud, tant física com jurídica; en conseqüència, la fe pública inclou el judici de legalitat⁽⁸⁾. La idea l’expressa amb una claredat insuperable Juan Álvarez Sala: “no se trata de un control pasivo de legalidad, sino de formular una calificación jurídica. Una vez consignada esa calificación notarial se presume además exacta, pues los documentos notariales autorizados, lo mismo en papel que en soporte electrónico, (artículo 17 bis de la Ley del Notariado) gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro. Veracidad e integridad significan aquí tanto como exactitud. La reputación legal de exactitud o acierto referida a una calificación jurídica equivale a una presunción de legalidad”⁽⁹⁾.



Adrados ⁽¹⁰⁾ entronca amb mestratge el judici de legalitat amb la fe pública notarial:

“Esta exigencia de legalidad del negocio documentado se inicia ya respecto del documento tabelionico mediante prohibiciones concretas cuando existían ciertas ilegalidades que el legislador consideraba de especial relevancia; la construcción general se formula en los siglos XIII y XIV, especialmente por Juan Andrés y Baldo, que consideraban como tercer requisito de la actuación notarial la “iuris permissio” o permiso del derecho al acto documentado. Pero la primacía de la función notarial impidió el natural desarrollo del principio, sobre todo cuando la fe pública vino a ser entendida, sensorialmente, de manera que el notario solo podía dar fe de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos, de visis et auditis sui sensibus. La reacción contra este estado de” cosas es el principal mérito del artículo 28 de la Ley italiana del Notariado de 1913”.

Són múltiples els preceptes de la Llei del Notariat que acullen el judici de legalitat notarial, començant per l'exigència de l'article 1 d'acord amb les lleis i la seva conseqüència de l'article 2, la disconformitat com a causa justa de denegació de l'autorització o l'adequació a la legalitat requerida en els articles 17, 17 bis i 24, abstracció feta de la seva comprovació necessària en els diversos expedients de jurisdicció voluntària. El Tribunal Constitucional, en la sentència 207/1999, d'11 de novembre, reconeix que, la seva existència no podria ser d'una altra manera ⁽¹¹⁾.

La **fe pública notarial** no es limita únicament a una reproducció del que és percebut pels sentits (*de visu et auditu sui sensibus*), sinó que aglutina, d'acord cada cop més amb Juan Álvarez Sala ⁽¹²⁾ “*judicis d'existència*” com a tals veraders o falsos (“*apodíctics*”) i “*judicis de valor*” que no són veraders ni falsos, sinó encertats o no i es formulen amb caràcter *assertori* per la seva probabilitat d'encert que és relativa i no absoluta (les qualificacions).

En darrera instància, com enuncïava Castán, la funció formativa i l'autentificadora es pressuposen. La reducció de la fe pública notarial a l'àmbit sensorial ha quedat antiquada.

No s'ha de negar la realitat: les qualificacions notariales formen part de la fe pública notarial d'acord amb el que es desprèn dels articles 17, 17 bis i 24 de la Llei del Notari-



at, en relació directa amb els articles 1218, 1219 del Cc i 319 de la LEC.

D'aquesta manera el Notari desenvolupa una **funció legitimadora que es transmet en el document**, com a títol de legitimació en el tràfic, dotat de la corresponent presumpció de veracitat, integritat i legalitat. Per això, el document notarial es troba sota la salvaguarda dels Tribunals (en aquest sentit vegeu l'article 66 de la Llei hipotecària) ⁽¹³⁾.

Por semblar sorprenent parlar del futur i recórrer al passat. Però aquest és el camí correcte: la clau recau en el fet que l'eficàcia reconeguda legalment als nostres documents és directament proporcional a la nostra tasca, i, d'aquesta tasca, de la seva utilitat social, dependrà finalment la seva pròpia subsistència.

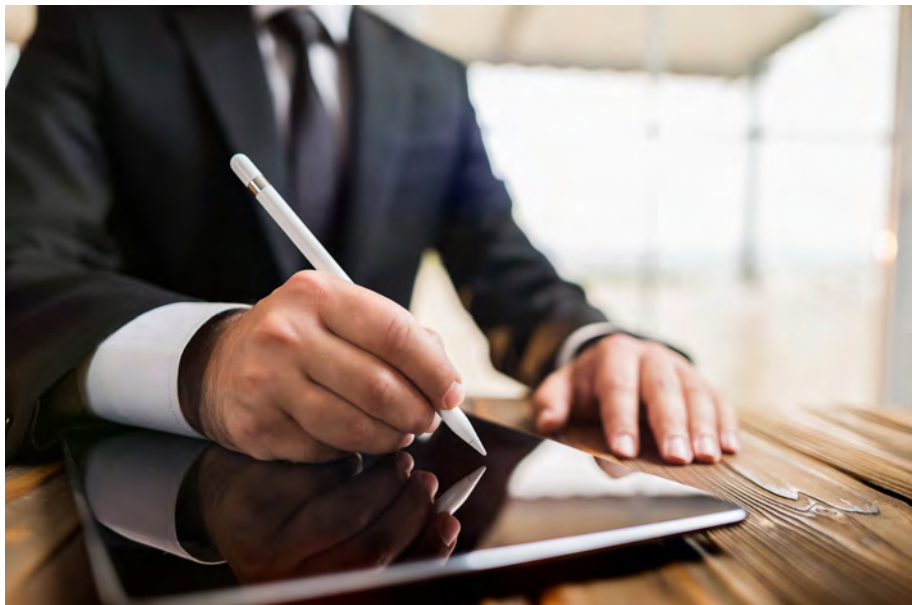
Per consegüent, **el futur requereix que sapiguem conservar i acréixer, si és possible, la utilitat de la nostra funció**. I, en aquest sentit, sense desmerèixer les dificultats, hi ha motius per a l'esperança. Em centraré en dos aspectes fonamentals i conexos: el control de la juridicitat i la transformació digital.

El control de la juridicitat

El control de la juridicitat realitzat pel Notari **supera en extensió i intensitat qualsevol altre en l'àmbit extrajudicial**. Ho explicava molt bé Antonio Rodríguez Adrados ⁽¹⁴⁾:

“...la titulación pública supone una calificación del notario, precisamente caracterizada por ser anterior más amplia y más profunda. Los asientos del Registro en virtud de una escritura pública no se practican, pues, con la sola calificación del registrador, porque previamente el notario ha tenido que calificar positivamente el título inscribible; este juicio notarial no puede ser suplido por la calificación registral, porque el registrador no puede calificar una escritura en la que el notario haya omitido su propio juicio favorable”.

I no només això: no pot substituir el judici notarial de legalitat en una escriptura pública, per descomptat; però tampoc no es pot replicar en el cas d'un document privat, ja que sobrepassaria els seus propis límits, contreta la qualificació en el document i en els assentaments del Registre; en rigor, sense el judici notarial de legalitat manca de substància; i per més que el registrador s'embarqués, sortint del Registre, “*ad exemplum notarii*”, en comprovacions auxiliars, al final serien contraproductes per la seva menor extensió i intensitat ⁽¹⁵⁾ (i amb l'agreujant de ser un “*posterius*” respecte d'un negoci preexistent). Per tot això, el document privat inscribable és un títol dèbil que contagia la seva debilitat a l'assentament; d'aquí que, d'acord amb el principi de titulació pública, el seu accés s'ha de quedar limitat a casos excepcionals, sense que es pugui generalitzar, perquè la qualificació no és una màscara que eviti el contagi, només l'impedeix aïllant o bandejant el títol contagiós ⁽¹⁶⁾.



En aquest punt convé desfer algun malentès sobre què és un control formal i un control material o substancial: **no és el mateix supervisar a posteriori un document, encara que se n'inclogui el contingut dispositiu⁽¹⁷⁾, que avaluar a priori o coetàniament la legalitat del negoci que es pretén realitzar.** En el primer cas, se circumscriu al document, és un control formal o epidèrmic, el seu únic horitzó és l'escrit. En canvi, el notarial no està circumscribit al text documental, sinó que suposa necessàriament el tràmit d'audiència, cosa que permet apreciar el context, els motius o les pretensions de les parts per analitzar el fons de la qüestió. El control de legalitat notarial va precedir d'una o de diverses audiències, la darrera, l'atorgament del document públic, i aquesta audiència representa una diferència qualitativa respecte del control formal d'un escrit com passa amb la qualificació registral.

El judici notarial de legalitat, en ser necessàriament previ o menys coetani respecte del document, es projecta sobre la realitat que conforma el negoci i que es plasma documentalment. En aquest punt és molt més propera al control judicial de legalitat. De la mateixa manera que el jutge, el Notari examina els fets, les motivacions i les al·legacions de les parts en el tràmit d'audiència. La diferència recau en el fet que l'escriptura pública no falla com la sentència en un procediment contradictori a favor d'una de les parts, sinó que n'expressa el consentiment. Però és d'essència,

tant en el procediment judicial com per a l'escriptura pública, l'oralitat o el tràmit d'audiència. L'audiència és una garantia per a les parts que exerceixen la seva llibertat contractual i, al mateix temps, és imprescindible per exercir un control material de legalitat.

Control material de legalitat

De manera congruent, el control notarial és més ampli. El Notari tracta d'esbrinar en presència dels compareixents: la identitat real de les parts; la seva capacitat, fins i tot la de fet; la suficiència de la representació; la causa o els motius del negoci; l'absència de simulació, de frau o de perjudici de tercers. En definitiva, la regularitat material de l'acte jurídic (article 24 de la Llei del Notariat). I que quedi clar, **només el control notarial és genuïnament preventiu**, perquè és previ a l'autorització del document, de manera que permet preservar el negoci –a les parts i a tercers– de possibles irregularitats o vicis perjudicials. Sense aquest judici notarial, veritable control material de legalitat, faules jurídicament ben construïdes anirien a la seva i fins i tot no trigarien a poblar els assentaments registrals.

El judici notarial sobre la regularitat material és innat en el control de juridicitat, ja que com li agradava repetir a Juan Vallet, abasta, a més de la concordança amb la llei, el respecte a la moralitat i a l'ordre públic. L'activitat directiva i formativa del Notari ens permet, en més d'una ocasió, rebutjar

l'autorització d'un negoci formalment irreprotxable.

I el 1895 ho advertia Fernández Casado (*Tratado de la Notaria*), quan afirmava que la fe pública és auxiliar de la veritat i la justícia, i que el Notari ha de negar la seva intervenció si detecta que el negoci persegueix el perjudici d'un tercer o un frau de creditors. *“Por eso el artículo 2 de la ley orgánica le autoriza a negar su ministerio mediando “justa” causa, siendo de advertir que el legislador empleó el adjetivo “justa” y no el de “legal” para dar a entender que no es menester que la causa se halle taxativamente marcada en la ley, bastando que el juicio del notario impida la decorosa intervención del mismo”.*

Però això no impedeix que tinguem alguns casos molt rellevants marcats a la Llei. En efecte, destaquen la identificació del titular real, l'acreditació dels mitjans de pagament, la Llei de jurisdicció voluntària que requereix al Notari judicis d'equitat i d'oportunitat en determinats expedients i, últimament, la Llei de contractes de crèdit immobiliari amb l'acta d'informació preliminar.

La **identificació del titular real** suposa en el fons la imputació del negoci al seu autor. El Notari se'n assegura, o en altres paraules, s'assegura de la coincidència entre l'atorgant del negoci jurídic i qui se'n beneficia; que no hi hagi, doncs, suplantacions ni prestanoms; i per això no n'hi ha prou amb una signatura electrònica per qualificada que sigui; al contrari, pot ser un mitjà propici per dissimular el veritable interessat, mitjançant signatures de complaença.

S'ha de deixar clar que **la signatura electrònica qualificada equival a la manuscrita, però no és autèntica ni pot ser-ho sense la intervenció notarial** (Sentència del Tribunal Suprem de 25 de maig de 2010. Ponent Excm. Herrero Pina). Per això que no és redundant l'eventual legitimació pel Notari d'una signatura electrònica qualificada estampada en un document privat, ja que la legitimació aporta aquest plus que és l'autenticitat, la inherència entre la signatura electrònica i el seu titular.

Fins ara la signatura electrònica avançada comportava una presumpció de coincidència entre el signant i el seu titular. En aquests moments, la signatura electrònica qualificada afegeix una presumpció d'identitat, que el titular és qui diu ser. No obstant això, aquestes presumpcions són purament

formals i deriven del sil·logisme següent: el dispositiu de signatura electrònica es lliura al seu titular prèvia identificació; supòsit que igualment presumeix que el signant és titular; s'arriba a la conclusió que aquest coincideix amb el que va rebre originàriament la signatura qualificada. Aquí hi ha una doble presumpció i una sola identificació personal, la qual es va fer prèviament al lliurament ⁽¹⁸⁾.

Però aquesta identitat presumpta no equival a identificació o individualització ⁽¹⁹⁾ de l'atorgant documental. Aquesta diferència es percep nítida en el cas que aquesta signatura s'estampi en un document públic: el Notari s'assegurarà en tot cas que l'ha utilitzada el seu veritable titular, la qual cosa suposa corroborar-ne la identitat no només per la signatura, sinó per una identificació addicional. En canvi, quan aquesta signatura s'estampa en un document privat queda aïllada en el seu recinte i en el millor dels casos brinda una autenticitat merament formal concreta a les parts, o sigui sempre que no sigui impugnada per alguna d'aquestes (article 326 de la Llei d'enjudiciament civil), sense transcendir o resultar oposable a tercers (articles 1225 i 1230 del Codi civil).

La identificació notarial dota d'autenticitat real la signatura electrònica qualificada que esdevé prova plena, oposable a tercers (articles 1218 del Codi civil i 319 de la Llei d'enjudiciament civil)

La identificació notarial dota d'autenticitat real la signatura electrònica qualificada que esdevé prova plena, oposable a tercers (articles 1218 del Codi civil i 319 de la Llei d'enjudiciament civil). A més, la verificació notarial en l'àmbit material constitueix un grau superior en la determinació de la identitat, ja que, segons Adrados, suposa la individualització dels atorgants i, en conseqüència, hem d'agregar la imputació del negoci al seu autor, o el que és el mateix (d'acord amb la legislació sobre blanqueig de capitals) al seu veritable beneficiari o titular real, atributs completament aliens a la signatura electrònica.

La identificació dels mitjans de pagament presta un servei important en la lluita contra el rentat de diners i, al mateix



temps, dificulta molt eficaçment el joc dels negocis simulats. L'acreditació dels mitjans de pagament en l'escriptura proporciona una prova directa, que farà gravitar sobre qui impugna l'acreditació en el cas contrari, alhora que evita que el Tribunal hagi de recórrer a la prova habitual de presumpcions per resoldre si hi ha simulació ⁽²⁰⁾.

El control de juridicitat corresponent als expedients de jurisdicció voluntària reforça sens dubte l'autoritat notarial. Aquest control és, en tot cas, el pressupòsit de les decisions que el Notari ha d'adoptar. I si es pensa bé la seva essència consisteix a declarar la legalitat de certs actes, operacions o documents, que reben per això legitimitat en el tràfic.

En efecte, cal destacar que, en força ocasions, el Notari no només qualifica la legalitat, sinó que dirimeix mitjançant judicis d'equitat —*"arbitrium boni viri"*— ⁽²¹⁾ o judicis d'oportunitat ⁽²²⁾.

I resulta igualment notable, que els seus pronunciaments no sempre són imputables en el consentiment de les parts ni sempre es produeixen *"extra partes"*, sinó que en algunes ocasions s'imposen a les parts, *"super partes"*. Això passa, per exemple, en les diligències que el Notari adopta en el curs d'alguns expedients per proveir millor. Però d'una manera evident en el cas d'aquestes decisions diriments, que causen estat sense perjudici de la seva eventual impugnació per via judicial ⁽²³⁾.

Crec que tot això abunda en la idea que exercim, d'alguna manera, una *modica co-ertio* ⁽²⁴⁾ que forma part de l'autoritat notarial. La Llei de jurisdicció voluntària accentua la proximitat tradicional entre l'instrument públic notarial i les resolucions judicials, ja que l'instrument públic no només és ferm, sinó que genera cosa jutjada material en sentit negatiu (art. 19-3). Finalment, en l'article 22 la Llei aborda *"el compliment i execució de la resolució que posa fi a l'expedient"*, precepte igualment predicable respecte dels expedients notarials, que s'han d'inscriure en les mateixes condicions que els documents judicials, sense que la qualificació registral pugui enjudiciar la validesa de l'acte dispositiu.

La proximitat tradicional entre l'escriptura pública i la sentència judicial es va trencar en part amb la Llei d'enjudiciament de 1881 en regular separatament els procediments d'execució —encara que, en certa manera, s'hagi restituit amb la Llei vigent—, mitjançant l'establiment de normes comunes per a l'execució, obrint-se cap a una relació de veïnatge que la Llei de jurisdicció voluntària ha incrementat. Aquesta proximitat o contigüitat, que percebem en el present, va ser una realitat històrica. Cancer en els seus *"Variarum Resolutionum"* es fa ressò del fet que *"instrumenta gaurentigia aequipartur sententia definitiva"*; és clar, sempre que no albergués un contracte reprovat jurídicament (*"factum super contractus a iure reprobato"*).

I en aquesta mateixa direcció s'ha mogut el **Consell General del Notariat en sol·li-**



citar l'extensió de l'eficàcia executiva de l'escriptura pública de tot tipus d'obligacions, fent seva la ja llunyana proposta del nostre company Enric Brancós que, en l'actualitat, només generalitzaria el règim singular de les escriptures de mediació i de conciliació i equipararia l'instrument notarial amb els decrets dels lletrats de l'Administració de Justícia. Sens dubte, aquesta reforma redundaria tant en la disminució com en l'acceleració, si és el cas, de possibles litigis.

El control de juridicitat notarial és essencial per al manteniment de la pau social.

De fet, en els temps actuals **seria molt oportú que s'ampliés l'àmbit d'alguns expedients**, com ara respecte de la reclamació de deutes no contradits o l'equiparació de les facultats del Notari amb les dels lletrats de l'Administració de Justícia a l'hora d'apreciar si la consignació està ben feta, o que s'estudiés la conveniència de fer obligatòria la conciliació notarial per a determinats supòsits com a alternativa davant l'embús judicial. Com se sap, aquestes solucions formen part de la proposta presentada al Ministeri de Justícia pel Consell General del Notariat.

I, per tal d'arribar al fons del tema que ens ocupa, vam celebrar el **primer aniversari de l'acta de transparència material prevista per la Llei de contractes de crèdit immobiliari**. Aquesta acta no solament verifica el trànsit correcte de la informació

necessària al deutor, sinó que, tot sol amb el Notari que hagi triat, pot rebre les explicacions pertinents i aclarir possibles dubtes.

D'aquesta manera, la intervenció notarial propicia o afavoreix la comprensió i l'assumpció de les condicions incorporades.

El contracte considerat individualment recupera la seva essència, deixa de ser una baula en la cadena de producció contractual, ja que la nova tècnica notarial permet un tractament aïllat de cada contracte sense que el prestatari vegi diluïda la seva personalitat en la massa; i és que aquesta trobada personal amb el Notari reafirma la voluntat negocial, en crisi segons Galgano com a conseqüència de *"l'objectivació del canvi"*; la nostra acta obre pas a una certa *"subjectivació del canvi"* en nom de la llibertat contractual.

I aquest és, sens dubte, el camí. **La trobada amb la persona és l'essència de la funció notarial**, que n'augmenta els efectes propedèutics o preventius com més s'aproxima a la gènesi del negoci, en virtut d'aquest assessorament directiu de què ens parlava el mestre Castán.

Així entesa la fe pública notarial, cal mirar amb esperança, no exempta de preocupació, **aquesta nova era digital, que demana la nostra adaptació a una situació certament complexa** ja que, com adverteix Manuel González Meneses en un dels seus últims articles ⁽²⁵⁾: *"la revolución tecnológica que ahora enfrentamos es de naturaleza*

más diferente y más sutil –y de ahí que resulte más difícil su comprensión–: no afecta en principio al mundo físico o material, sino a la información, al conocimiento, a la inteligencia." Com s'explica més endavant, tendim a identificar digital amb electrònic, és a dir amb l'aparell, quan en realitat es tracta de qüestions diferents. La digitalització, sense embuts, és una forma de codificar la informació, consistent a utilitzar "dígitos".

El Notariat en l'era digital

La **revolució tecnològica** planteja, doncs, **un doble repte**: l'un sobre el **suport documental**, relativament senzill, i l'altre, més complex, sobre el **desenvolupament de la intel·ligència artificial**.

L'article 17 bis de la Llei del Notariat

El canvi de suport documental ha estat una constant en la història notarial des de les tauletes sumèries. Al final el suport material, fins i tot el purament electrònic, és indiferent: la signatura electrònica no altera la naturalesa pública o privada del document que la sustenta, com assenyala sense anar més lluny l'article 3 de la Llei de signatura electrònica. I en aquest sentit, la nostra Llei del Notariat, reformada per la Llei 24/2001, conté l'article 17 bis del qual em permeto seleccionar dos apartats:

"1. Els instruments públics a què es refereix l'article 17 d'aquesta Llei no perden aquest caràcter només pel fet d'estar redactats en suport electrònic amb la signatura electrònica avançada del notari i, si s'escau, dels atorgants o intervinents, obtinguda la d'aquell de conformitat amb la Llei reguladora de l'ús de signatura electrònica per part de notaris i altres normes complementàries.

2. S'han de regular reglamentàriament els requisits indispensables per a l'autorització o la intervenció i conservació de l'instrument públic electrònic en el que no preveu aquest article"

El legislador va fer gala d'una prudència admirable en afegir la disposició transitòria onzena:

"Fins que els avenços tecnològics no facin possible que la matriu o l'original del document notarial s'autoritzi o s'intervingui i es conservi en suport electrònic, la regulació del document públic electrònic que conté aquest article s'entén aplicable exclusivament a les

còpies de les matrius d'escriptures i actes, així com, si s'escau, a la reproducció de les pòlisses intervingudes."

Per aquest motiu l'instrument públic electrònic només es troba materialitzat en les còpies que constitueixen una realitat quotidiana a les nostres notaries.

Amb tot, en aquest punt la limitació legal del fet que les còpies electròniques autoritzades només s'hagin d'expedir per a una finalitat concreta i la seva remissió a un altre Notari, registrador o funcionari judicial o administratiu, sempre en l'àmbit de la seva pròpia competència i per raó del seu ofici, ha esdevingut obsoleta. Avui dia, la tècnica en permet l'expedició a particulars, per la qual cosa resulta obligada una reforma legal que supprimeixi les restriccions assenyalades.

La matriu electrònica necessita alguna reflexió.

La disposició transitòria onzena no superada, com és lògic, l'entrada en vigor de la llei a una nova llei, sinó a l'existència d'avanços tecnològics que permetin la conservació del document en suport electrònic.

Al seu torn, l'article 17 bis distingeix entre l'instrument públic electrònic signat només pel Notari i el signat, "si és el cas", pels atorgants o intervingents. Un exemple del primer cas seria la còpia electrònica de la matriu signada en paper. Però, sense limitar-se a aquest supòsit concret, el precepte distingeix en abstracte entre l'autorització en suport electrònic (de la còpia o, en el futur, de la matriu) i l'atorgament, "si és el cas", electrònic. D'això dedueix amb raó Rodríguez Adrados ⁽²⁶⁾ que el precepte admet la signatura electrònica no avançada posada en presència del Notari i, al meu entendre, l'atorgament amb signatura electrònica, sigui o no qualificada, d'una matriu autoritzada en paper.

Avui els avenços tecnològics ens permeten transitar per aquest camí obert en la Llei a l'espera de la matriu electrònica. La qüestió pendent és establir les cauteles necessàries per a conservar l'original *pro futuris temporis*.

Ja fa uns anys França va decidir donar pas a la matriu electrònica atorgada en presència física del Notari; amb la pandèmia, però, s'ha introduït la impossibilitat de la signatura a distància sota la immediació del Notari grà-



cies a una videoconferència segura a través de la plataforma notarial.

L'atorgament electrònic

Crisi enllaça etimològicament amb criteri. I en aquesta línia **el Consell General del Notariat va adoptar per unanimitat, l'11 d'abril d'aquest mateix any, un acord unànim per sol·licitar l'atorgament electrònic de determinats documents notariais pel sistema de videoconferència segura a través de la seu electrònica notarial**, ja que l'atorgament de l'instrument públic és indiscutiblement part de la funció pública notarial.

L'atorgament electrònic mitjançant videoconferència posa fi a la presència física, però respecta la immediatesa i l'audiència de les parts, cosa que representa una garantia que permet comprovar la capacitat d'obrar natural i jurídica i la seva legitimitat per a l'acte jurídic de què es tracti, l'adequació a la legalitat i la prestació del consentiment informat lliurement; pressupòsits, en darrera instància, de l'autenticitat documental.

Va facilitar la nostra proposta i el desenvolupament de l'aplicació consegüent el fet que, mentre es gestava la Directiva sobre digitalització de societats, provéssim d'anticipar-nos a la transposició de la futura Directiva i de proveir-nos d'una aplicació tecnològica idònia: han estat tres anys i mig de treball, els dos darrers mà a mà amb el Notariat alemany, fins a culminar en un pro-

jecte comú, compartit després pels Notariats italià i belga.

I cal dir que no som els primers: un sistema semblant es troba vigent a Lituània, a Estònia i a Àustria. Probablement tampoc no serem els primers a la transposició de la Directiva, molt avançada a Alemanya, que ha optat decididament per donar curs al que, amb tota justícia, podem anomenar la nostra solució. Així l'Estat de Renània ha presentat el 13 de novembre un projecte de llei, en el qual es pot llegir:

"En el párrafo 1 del artículo 13 quater de la Directiva se establece claramente que ésta se entenderá sin perjuicio de la legislación nacional que designe, de conformidad con los sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros, autoridades, personas u organismos encargados de la tramitación de los procedimientos en línea. Por consiguiente, el mantenimiento probado y fiable del Registro Mercantil en los tribunales de registro no se ve afectado, al igual que la participación central de los notarios como titulares independientes de un cargo público. Esto es particularmente necesario para mantener el alto nivel de exactitud y fiabilidad de los registros que ha existido hasta ahora en Alemania, incluso en el caso de los procedimientos en línea, que se basa en gran medida en la comprobación de la corrección material por los notarios, en el sistema de administración preventiva de la justicia en su conjunto y en el principio del doble control por el notario y el tribunal de registro."



I és que la Directiva, als ulls d'un lector neutral, no solament patrocina les modificacions mínimes possibles i el respecte per les competències tradicionals en la matèria, sinó que recomana l'actuació notarial. No seria acceptable que la transposició s'utilitzés com a pretext per trastocar el sistema actual de constitució de societats mitjançant modificacions estructurals que implicarien un retrocés inoportú de la seguretat jurídica, que la Directiva no desitja rebaixar en cap cas de manera explícita ⁽²⁷⁾.

La Directiva sobre digitalització de societats

Així, per començar, **es manté l'article 10 de la Directiva 2017/1132**, segons el contingut de la qual:

"En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos constarán en escritura pública."

Quan la Gran Bretanya es va incorporar a la Unió, els britànics —explica Álvaro Lucini en una conferència a la Matritense que es publicarà de forma imminent— els anglesos van traduir l'expressió francesa *"acte authentique"* per *"en forma legalmente debida"*. Els danesos, en canvi, van preferir mantenir el terme francès sense traduir-lo. Després veurem que això ha propiciat un error de traducció al castellà de l'article 13 *nonies*.

En tot cas, no passa d'ocurrència la pretensió que la qualificació registral represen-

ta un control administratiu previ que, en vista del text expressat, permetria excloure la necessitat de l'escriptura pública. No és previ perquè resulta posterior a l'acte constitutiu.

En realitat, el precepte fa al·lusió al vell sistema d'"octroi" que limitava la llibertat contractual en exigir, per a la constitució de la societat, l'autorització prèvia de l'Administració Pública ⁽²⁸⁾.

Un cop assumida com a premissa principal l'escriptura pública en les condicions assenyalades, la Directiva afegeix, no obstant això, dues previsions més en la línia del deure dels Estats de facilitar models de constitució en línia als interessats, sobre la qual cosa assenyalava:

"2. Los Estados miembros velarán por que los modelos a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puedan ser utilizados por los solicitantes como parte del procedimiento de constitución en línea a que se refiere el artículo 13 octies. Cuando dichos modelos sean utilizados por los solicitantes de conformidad con las normas a que se refiere el artículo 13 octies, apartado 4, letra a) se considerará cumplida la obligación de disponer de la escritura pública de constitución de la sociedad otorgada en debida forma cuando no esté previsto un control preventivo administrativo o judicial según lo previsto en el artículo 10."

La presente Directiva no afectará a ningún requisito en virtud del Derecho nacional de otorgar las escrituras de constitución en debida forma mientras sea posible la cons-

titución en línea a que se refiere el artículo 13 octies".

He subratllat en el primer paràgraf *"escriptura pública de constitución en debida forma"* i en el segon paràgraf *"las escrituras de constitución en debida forma"* per posar de relleu que signifiquen el mateix i que, amb aquesta expressió —presa de la versió anglesa que no és l'original— es fa al·lusió a l'escriptura pública o *"acte authentique"* en francès.

Així les coses, la Directiva resulta completament lògica: preserva —en realitat, recomana— l'escriptura pública de constitució de societats; però, per a aquells països que la desconeixen, ofereix l'ús d'un model oficial amb un contingut predeterminat, és a dir que imposa un format i un contingut típic, cosa que no deixa de comportar una limitació de l'autonomia privada i de la llibertat d'empresa, a la qual, en canvi, les nostres escriptures públiques no estan sotmeses

En síntesi, l'article 10 de la Directiva estableix el següent

1. En ausencia de control previo administrativo o judicial, escritura pública, reproduzca, o no, modelos oficiales.

2. El uso de los modelos oficiales como procedimiento para la constitución en documento privado, allá donde falte la escritura pública, por cuanto

3. La presente Directiva, o sea la adición introducida por el párrafo anterior, no afectará al requisito de constitución en escritura pública previsto en el Derecho nacional (de acuerdo con el artículo 10 transcrito)

Així les coses, la Directiva resulta completament lògica: preserva —en realitat, recomana— l'escriptura pública de constitució de societats; però, per a aquells països que la desconeixen, ofereix l'ús d'un model oficial amb un contingut predeterminat, és a dir que imposa un format i un contingut típic, cosa que no deixa de comportar una limitació de l'autonomia privada i de la llibertat d'empresa, a la qual, en canvi, les nostres

escriptures públiques no estan sotmeses. El sistema de models oficials com a alternativa està bé, però representa en el fons la submissió al més pur formalisme, el recurs a la fórmula en detriment de la competència dispositiva de les parts per adequar el contracte a les seves necessitats i pretensions concretes, al capdavall un retorn a les *"legis actiones"*.

És important retenir que la Directiva requereix l'escriptura pública per la seva necessària adequació a la legalitat, sens perjudici de proveir d'un sistema alternatiu els Estats que no disposin d'aquest instrument per tal de garantir una dosi mínima de legalitat.

No és cap exageració, per tant, concloure que la Directiva recomana l'escriptura pública.

Així en el seu considerant 20, per tal d'evitar el frau i el pirateig empresarial i de garantir *"la fiabilitat i credibilitat dels documents"* exigeix als Estats membres que disposin controls d'identitat i de capacitat jurídica; controls, afegeix, que poden formar part del control de legalitat previst per alguns Estats i que, a aquest efecte, els Estats membres han d'estar facultats per requerir la presència de Notaris o d'advocats en qualsevol fase del procediment en línia. La referència als Notaris i als advocats s'ha de llegir en el context del que disposa el Considerant anterior (19) de *"respetar las tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de sociedades... incluso en lo que respecta a la función de notarios y abogados"*. S'està pensant en la situació especial de països com el Regne Unit i Irlanda, tal com apunta la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió de 9 de març de 2017 (42) en el cas *"Piringer"* respecte de la Directiva 77/249 sobre lliure prestació de serveis.

En harmonia amb els considerants esmentats, l'article 13 octies en el número 3 demana: control d'identitat i de la capacitat jurídica, com també del poder de representació.

L'article 13 octies, 4, lletra a) permet (no exigeix) que el Dret nacional estableixi els procediments per garantir la legalitat de l'escriptura de constitució (privada) de la societat, en particular la verificació de l'ús correcte dels models. I en la lletra c), que es determini *"la función del notario o de cualquier otra persona u organismo habilitado en virtud del derecho nacional para tratar cu-*



alquier aspecto de la constitución en línea de una sociedad."

Aquest article 13 octies, 4, s'ha d'interpretar en relació amb l'article 10 examinat abans quan fa referència a l'ús dels models oficials com a requisit de legalitat (sense que resulti imprescindible la qualificació registral) de l'escriptura de constitució privada: per a aquest cas i respecte dels països que prescindixin de l'escriptura pública, no obstant l'existència de Notaris, en preveu l'habilitació per a *"tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de una sociedad"*.

El fet que no sigui necessària l'escriptura pública de constitució en aquests Estats no impedeix que els Notaris (o una altra persona o organisme habilitat) puguin intervenir en aspectes determinats. Aquests aspectes són la verificació de l'ús correcte del formulari i els controls d'identitat i de capacitat requerits en l'article 13 octies, 3, que han de ser efectius sense que, per exemple, en el cas de la capacitat, es puguin substituir per una presumpció.

En resum, el document privat previst al 13 octies, 4, és una solució subsidiària respecte dels Estats que no compten amb l'escriptura pública per a la constitució de societats; però el primer que fa la Directiva és recordar-se del Notari per a la realització dels controls requerits, sens perjudici, si no n'hi ha, de la possible habilitació d'una altra persona o organisme amb aquestes mateixes finalitats (observeu que no parla d'autoritat o funcionari, perquè pensa en països d'inspiració anglosaxona i, en dar-

tera instància, sense Notaris); tampoc no pensa en el registrador perquè, encara que hi ha altres països amb un sistema de doble control –ben delimitat– notarial i registral com Alemanya, el registrador sota el prisma de la Directiva no intervé en el negoci ni complementa el document sinó que el rep. I aquesta mateixa conclusió val per al Dret espanyol: la qualificació registral, abstracció feta de la seva amplitud, té per objecte el document ja complet, al qual no ha de, ni pot prestar, un suport addicional, a imitació del Notari, ja que d'una altra manera s'erigiria en jutge i part. Una cosa és controlar el document i una altra intervenir en el negoci documentat. Al Registre accedeix el títol inscripció, no un embrió de títol inscripció pendent de gestació registral.

Les recomanacions del número 4 de l'article 13 octies no tenen sentit respecte dels ordenaments a l'estil de l'espanyol com a Alemanya, Itàlia o Bèlgica, que exigeixen l'escriptura pública de constitució amb la qual es cobreixen *"els aspectes de la constitució en línia"* i molts altres de manera més segura i eficaç sense pèrdua de rapidesa.

Observeu que **el document privat amb signatura electrònica, encara que sigui qualificada, no assegura en absolut la titularitat real, ni evita possibles frau mitjançant signatures de complaença, tampoc no acredita la capacitat mental o el discerniment dels atorgants, ni el seu consentiment informat lliurement sobre el contingut del que signen, potser fins i tot en una llengua aliena.**

Francament, la introducció d'aquest document privat electrònic no només no és exigida per la Directiva, sinó que, de fet, ho desaconsella davant l'escriptura pública que, a través de la videoconferència, permet la verificació dels controls requerits. Resultaria pretensions en alt grau ni tan sols suggerir que, sense contacte audiovisual, es pugui comprovar la capacitat d'una persona o l'adequació de la seva voluntat amb el contingut contractual; per a això no n'hi hauria prou de consultar el Registre Civil espanyol (no diguem estranger), ja que són molt poques les discapacitats inscrites i, per descomptat, no pot oferir res per verificar la capacitat natural d'una persona en un moment donat.

A tall de conclusió, les noves tecnologies com a suport material de l'actuació notarial no són, per descomptat, les nostres enemigues, sinó tot el contrari, un mecanisme per tornar més eficaç la funció notarial. **S'ha escrit molt, per exemple, del "Blockchain", però només es tracta d'un sistema de registre: la seva fiabilitat depèn de la que tinguin les dades introduïdes a la cadena: òbviament el màxim grau de seguretat es nodreix dels subministrats per la fe pública notarial.**

Hi ha, és clar, molts temes oberts, per exemple: la identitat digital versus la signatura electrònica qualificada; la "tokenització" d'immobles, que no obstant això suposa la negació del Registre de la Propietat en posar-lo al servei de titulars clandestins i indeterminats. I d'altres que vindran. Així la manera d'incrementar la interconnectivitat entre els Notaris i amb els registres públics ⁽²⁹⁾.

Tot això està a tocar. Per això mateix, perquè **estem en un procés d'acceleració digital vertiginós**, també és molt necessari que compartim les nostres reflexions i contrastem les solucions possibles amb els experts per millorar el servei que prestem. Aquest diàleg amb els tècnics es veu molt facilitat perquè comptem amb el nostre centre tecnològic ANCERT que, com a mitjà propi, forma part integrant del Notariat. Però **som nosaltres, els Notaris els qui hem d'assenyalar els objectius possibles que redundin en una millor realització de la nostra funció**. En aquest sentit, per tal d'impulsar aquest procés seria molt oportú que, amb vista al pròxim Congrés Notarial, poguéssim oferir a la societat entre tots un llibre blanc sobre la seguretat jurídica preventiva.

Ens movem encara en el camp de les eines, dels "instrumenta" dependents dels seus usuaris. Però ja convivim amb aquest fenomen que és la intel·ligència artificial, com a substitutiva del judici humà; també del notarial?

Acabo com començava. La intel·ligència artificial ens recorda la fragilitat humana de la qual ens parlava Rainiero. I no oblidem que, en aquesta fragilitat, el de Perusa assentava l'art notarial. En el Temple de la Fe Pública hi ha sempre un altar per a l'esperança. I personalment la trobo en el llibre d'un pioner, *Nueva versión sobre el Derecho* de José Lois Estévez que, el 1977, escrivia sobre com computabilitzar el que és jurídic. L'autor deia que la màquina no traeix mai les seves instruccions, respon al principi que "quod non est in actis non est in mundum", però afegia. "Donde juzgar sea comprender la maquina desmerecerá frente al hombre que menos comprensivo nos parezca. Pero juzgar no siempre es comprender, sino que muchas veces se reduce a simple cálculo". **La força del Notariat rau en la trobada amb la persona, en la comprensió dels seus problemes, de les seves emocions i dels seus sentiments.** Els documents notariais no són mer càlcul, sinó l'expressió material del pensament i del sentiment dels seus autors; els Notaris exercim un art, sense altre referent que la persona, desposseït d'axiomes o principis matemàtics, més o menys mecànics.

NOTES

- (1) Ens els cartularis medievals es repetia sovint la clàusula "pro memoria conservanda" o "pro futuris temporis".
- (2) Duruy va escriure en la seva història dels romans que, mentre que els grecs deliberaven en teatres, el Senat romà es reunia als temples. En aquest sentit, casualment trobo en "Hechos y Dichos Memorables", de Valerio Máximo, la dada que explica que, a causa de la rebel·lió de Cayo Graco, el Senat es va reunir al temple de la Fe Pública, convocat per Mucius Scaevola, que es va manifestar contrari a una solució violenta; si se'm permet, potser inspirat per la seva condició de jurista i amb la pietat deguda a la divinitat que els allotjava, encara que no aconseguís inspirar aquest sentiment a Escipió Nasica, que encapçalava la reacció.
- (3) "El notario función privada y función pública." Conferència a l'Academia Granadina del Notariado", 8 de novembre de 1979. Dins *Escri tos Jurídicos* II, pàg. 228.

- (4) Sobre la funció notarial. Conferència pronunciada a l'Academia Matritense del Notariado, el 30 de maig de 1944. *op. cit.* pàg. 387
- (5) *Op. cit.* pàg. 387
- (6) Vegeu la conferència magistral d'Antonio Rodríguez Adrados, feta el 12 de maig de 1978 a l'Academia Matritense del Notariado, publicada a AAMN. T. XXII, pàg. 229 -391, i als seus "Escritos" III, pàg. 282 i ss.
- (7) La idea està present en aquest pensament de Cancr, "Variarum Resolutionum" Pars II Capl n. 1, 341,42 i 43. "Instrumentum factum super contractus a iure reprobato, non dici potest instrumentum".
- (8) Dins "La escritura pública entre la autonomía de la voluntad y la inscripción" AAMN. T. IL. pàg. 318, assenyalava, per part meua: "me parece evidente que la presunción de veracidad abarca por su misma esencia la existencia de un negocio lícito. Sería absurdo que el ordenamiento alimentara por vía documental la eficacia de un contrato nulo en contradicción consigo mismo. No. Si la Ley atribuye al documento una presunción de veracidad del negocio escripturado es porque ese negocio es válido. La presunción de legalidad es una faceta de la presunción de veracidad: la presunción de veracidad jurídicamente pulimentada. Esto no significa presumir una presunción, sino depurar el alcance de la presunción de veracidad".
- (9) *La representación y la calificación notarial*, Ensayos de Actualidad. Escritura Pública. Colegios Notariales de España. pàg. 15
- (10) *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001*, Escritura Pública. Colegios Notariales de España. pàg. 65 i 66.
- (11) La insòlita sentència de la Sala Tercera del Suprem de 20 de maig de 2008, anul·la en rigor la seva regulació reglamentària per una suposada manca de rang normatiu que revela la inexactitud de l'antic adagi de "iura novit curia", l'expressió llatina de la qual obliga a eximir els romans de la seva paternitat, que mai van pensar tal cosa. En tot cas, per sobre del precepte reglamentari anul·lat, el judici de legalitat persisteix en els articles esmentats de la Llei del Notariat i explícitament en la nostra llei disciplinària; igualment es reconeix en la sentència del Constitucional esmentada en el text i es reitera en múltiples sentències de les Sales Primera i Segona que imposen la conseqüent responsabilitat civil i penal en el cas de no haver denegat el Notari l'autorització de l'instrument.
- (12) "La representación y la calificación registral". *Escritura Pública. Ensayos de Actualidad*. Colegios Notariales de España. pàg. 12
- (13) V. José Lois Estévez "Nueva versión sobre el Derecho" 1977, pàg. 61. L'autor aborda les maneres de resoldre l'antijuridicitat. Expli-ca que només són possibles dues hipòtesis:



l'antijuridicitat latent, per motius ocasionals, que només es pot resoldre a instància de part; i *l'antijuridicitat patent*, que té evidència social, la denúncia de la qual s'incentiva i fins i tot es resol d'ofici. Si traslladem aquesta distinció aclaridora a l'esmentat article 66 de la Llei hipotecària, observem: a) que la qualificació negativa, per definició d'ofici i adoptada sense judici contradictori, només ha d'apreciar les nul·litats patents (les no patents queden entre les parts), en aquest sentit, les Resolucions de la Direcció General de 20 de setembre de 1998, 15 d'octubre de 2005 i 19 d'abril de 2006; b) que aquesta qualificació, encara que la nul·litat suposadament sigui patent, només impedeix l'accés al Registre, no altera la validesa del títol, a reserva de resolució judicial de part; c) i això evidencia el paper de la qualificació en vista de l'article 18 de la Llei hipotecària, que imputa al registrador la responsabilitat de l'assentament indegut; d) en rigor, la possibilitat de denegar l'accés al Registre és causa de responsabilitat, però l'assentament és vàlid encara que s'hagués estès sense qualificació; l'absència de qualificació no és causa de nul·litat de l'assentament, tampoc, per tant, causa dels seus efectes. En definitiva, la qualificació registral no substitueix, sinó que necessita el control de jurisdicció notarial consubstancial a la fe pública notarial. El Notari s'ocupa de l'adequació de l'escriptura a la legalitat (article 17 de la Llei del Notariat); el registrador no adequa, sinó que, amb la seva negativa, evita que li pugui recaure la responsabilitat del Notari pel títol suposadament il·legal o que per la seva absència no accedeixi al Registre (article 22 LH); aquest conflicte és el que està en el rerefons del recurs administratiu, amb la conseqüència que eximeix de responsabilitat al registrador obligat, si és el cas, a inscriure.

- (14) *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001*, op. cit., pàg. 85 i 86
- (15) Cosa evident, ja que quedarien fora: la imputació del negoci al titular real, la capacitat mental o de discerniment dels atorgants, la comprensió i la lliure prestació del consentiment (falta de vici) ni altres eventualitats que l'existència de nul·litats paleses, sense poder endinsar-se en altres tipus d'ineficàcia ni aixecar possibles frauds.
- (16) La sentència del Tribunal de Justícia de la Unió de 9 de març de 1917, cas "Poringer": "(59) En tales circunstancias, las disposiciones nacionales que exigen que se recurra a profesionales fedatarios, como los notarios, para

la verificación de la exactitud de las inscripciones practicadas en un Registro de la Propiedad contribuyen a garantizar la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias y el buen funcionamiento del Registro de la Propiedad, y entroncan, en términos más generales, con la protección de la buena administración de justicia, la cual, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia constituye una razón imperiosa de interés general".

- (17) No més enllà de les nul·litats paleses. V. nota 13.
- (18) De l'afirmació d'una identificació pretèrita se'n pot derivar una presumpció d'identitat (derivativa) però no identifica "*in actu*" (identificació simultània).
- (19) Vegeu Antonio Rodríguez Adrados "a "Incidencias... Ley 24/2001". Cit. p. 54: "No se trata de dar fe de la identidad de los otorgantes, sino de identificarles, de verificar su individualidad
- (20) Vegeu la interessant Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 18 d'abril de 1968.
- (21) L'aprovació del pagament en metàl·lic o la de la partició realitzada pel comptador partidori datiu i en la denegació del divorci de mutu acord si fos greument perjudicial.
- (22) Pròrroga del termini de la marmessoria o per a l'aportació de l'inventari en l'herència beneficiària.
- (23) Així en l'ordenació del procediment que s'ha de seguir, en la denegació del divorci per mutu acord, o en el cas del 843 en el qual l'aprovació notarial substitueix el consentiment del legitimari que inicialment es nega a rebre el pagament en metàl·lic. 21.2.
- (24) D'Orazi Flavoni considerava que el control de jurisdicció notarial comportava una "*modica coertio*", tesi que, no obstant això, Antonio Rodríguez Adrados no compartia. Però què és la *modica coertio*? Ambdós ho donen per fet. La paraula apareix en un pas de Paulo en la Digesta 1.21, 5: "*iurisdictio sine modica coertio nulla est*". La "*modica coertio*" era el mínim exigible, sense ella no havia jurisdicció. Es distingia entre "*merum imperium*" (dotat de "*gravis coertio*") i l'"*imperium mixtum*" que incloïa la jurisdicció ordinària i la voluntària. Papinià a D.1. 21,2 va considerar que el "*merum imperium*", com que era atribuït per la llei o pel príncep, no era delegable. La jurisdicció voluntària també tenia origen legal i era personalíssima; així, mentre viatjava a la seva província, el procònsol la portava amb

ell sense que la pogués confiar provisionalment a un llegat resident en aquella província. Però el que importa, la "*modica coertio*" formava part de la jurisdicció voluntària. Cal reconèixer que la "*modica coertio*" posseïa una extensió i intensitat variables, però el mínim comú el podríem situar en la possibilitat d'actuar "*super partes*". Aquest supòsit, sense desdir Paulo quan negava l'existència de jurisdicció sense al menys una "*modica coertio*", no constitueix per això una pertinença exclusiva de la jurisdicció. Crec que també és pròpia i connatural en el control notarial de jurisdicció, no només a l'hora de denegar l'autorització de l'instrument o del fet que aquest resulti executiu, sinó, a més, arran d'aquests judicis diriments en jurisdicció voluntària que posen de manifest l'autoritat del Notari.

- (25) *Revista de Privacidad y Derecho Digital*. Gener-març 2020. N. 17. "El Derecho, de lo analógico a lo digital", pàg. 171 i ss.
- (26) *Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la Ley 24/2001*, op. cit., pàg. 45
- (27) Això es troba en harmonia amb el plantejament del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en l'anomenat cas "Piringer" en la sentència de 9 de març de 1917: "(65) ...el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares". Aquesta declaració és aplicable *mutatis mutandi* als actes mercantils.
- (28) I és precisament, aquest tipus d'intervenció el que la Directiva vol limitar en el número 5 de l'article 13 octies: "Los Estados miembros no supeditarán la constitución en línea de una sociedad a la obtención previa de una licencia o autorización, a menos que esa condición sea indispensable para la supervisión adecuada, establecida en el Derecho nacional, de determinadas actividades".
- (29) Vid. Juan Álvarez Sala en sengles conferències a la Matritense "Nuevas perspectivas de la publicidad registral" de 4 de maig de 2006 i "Protección de datos e interconectividad notarial" de 10 de maig de 2018.

L'abolició de la incapacitació. El notari i els suports a la discapacitat (II)



Josep Mª Valls Xufré
Notari de Barcelona

SUMARI

- Els suports a l'exercici de la capacitat jurídica. L'assistència
- Principis de la nova legislació: igualtat, accessibilitat, proporcionalitat, voluntarietat i subsidiarietat
- Suports informals i formals
- El poder preventiu
- Primer paradigma: Independència del mandat
- Segon paradigma: Desjudicialització. Supressió de l'autorització judicial
- Tercer paradigma: El poderant pot conferir totes les facultats delegables legalment
- Quart paradigma: Contingut mínim

▪ Cinquè paradigma: Publicitat

- L'acord notarial de suport
- Contingut de l'acord
- L'assistit
- L'assistent i les seves facultats. Supervisió
- Conclusió i petició

ELS SUPORTS A L'EXERCICI DE LA CAPACITAT JURÍDICA

A la primera part d'aquest treball, publicada al número anterior d'aquesta revista, vaig posar de manifest el retard en el compliment de la Convenció de Nova York sobre els drets de les persones amb discapacitat que va entrar en vigor al nostre país com a dret intern el 3 de maig de 2008 en virtut de la ratificació corresponent. Fins a

l'any 2018 no hi ha hagut un Avantprojecte espanyol, el qual converteix la curatela en la figura central, concebuda com un suport o acompanyament de la persona (curatela assistencial) i, excepcionalment, com la substitució d'aquesta (curatela representativa).

També vaig exposar les contradiccions de l'Avantprojecte i del seu defecte principal, l'excessiva judicialització de la discapacitat, fins a tal punt que es podria dir que, en la futura llei, converteix la tutela actual en curatela, gairebé amb un senzill canvi de terminologia, però no de concepció. Precisament, el Comitè internacional de Nacions Unides per al seguiment del Conveni, en el seu darrer informe d'abril de l'any passat, insisteix en la necessitat de desjudicialitzar la discapacitat, cosa que al meu entendre no es produeix en l'Avantprojecte espanyol: la meua proposta era un sistema més notarial que judicial i, així, defensava l'extrapolació dels principis que regeixen el poder preventiu als acords de



suport atorgats per persones amb una certa discapacitat.

La terminologia ha de canviar perquè canviï també la perspectiva amb què enfoquem la discapacitat i, per això, ja no parlarem de tutela o curatela ni d'incapacitats: és millor utilitzar l'expressió **suport personal a l'exercici de la capacitat jurídica**.

A Catalunya ja es treballa en un avantprojecte de llei de suports a l'exercici de la capacitat jurídica. **Suports** és la nova terminologia que es farà servir pel que fa al tipus de mesures i la figura de l'**assistent** és la figura en què es pensa per substituir el tutor o el curador; l'assistència podrà ser de representació o simplement de complement en l'exercici de la capacitat jurídica.

En l'avantprojecte català, una de les bases fonamentals és desjudicialitzar l'exercici de la capacitat, fomentant en aquest sentit els **acords de suport** sobre la base d'un mandat especialitzat, en què la intervenció judicial esdevé un remei excepcional.

Per això és necessari, al meu entendre, elaborar una legislació independent i completa, que no consisteixi a modificar o reelaborar figures o conceptes anteriors als quals s'afegeixin unes especialitats. Com deia a la fi de la primera part d'aquest treball –i permeteu-me que em repeteixi aquí per si algú que llegeix aquest treball no va llegir l'anterior–, l'objectiu principal de la

reforma és substituir els règims de protecció actuals, basats en la incapacitació i en la limitació forçosa de la capacitat d'obrar, per mesures respectuoses amb la dignitat i la llibertat de la persona. Empoderar i protegir sense treure ni limitar drets, sinó oferint mesures d'acompanyament per fer viable l'exercici dels drets propis i per prendre part activa en la vida social i el tràfic jurídic.

Aquest aspecte és el que implica una revisió total de conceptes. Fer possible que la **PERSONA, amb majúscules i sense qualificatiu**, pugui prendre part activa en la vida social i el tràfic jurídic. Perquè els suports s'adrecen a tota persona que els necessiti, sense estar condicionats a la qualificació prèvia d'incapaç. A més, els suports s'han d'adaptar a les necessitats de la persona afectada per fer possible que pugui prendre la decisió corresponent per ella mateixa amb tot l'ajut, amb el temps que faci falta i amb les garanties de respecte i de consideració que la dignitat de l'ésser humà mereix.

Quan, malgrat tot, no sigui possible determinar la voluntat i les preferències de la persona afectada, a instàncies del ministeri fiscal o de qualsevol persona amb interès legítim, l'autoritat pública competent pot adoptar els suports que siguin necessaris per evitar danys greus a la persona o als seus béns. El suport en aquest cas s'ha de basar en la millor interpretació possible de la voluntat i de les preferències de la persona afectada, condicionant l'exercici

de la seva capacitat jurídica a la intervenció complementària o a la representació de l'assistent.

És evident que, per a alguns casos de persones amb deficiències severes, caldrà conservar sempre l'exercici de la capacitat per mitjà de la representació. Així s'expressa ara l'Associació de Pares d'Afectats per Trastorns de Conducta (AFATRAC) ⁽¹⁾:

*“El canvi de paradigma proposat per la Convenció de les Nacions Unides (2006) pot ser favorable per a un gran nombre de persones amb discapacitat, perquè reconeix l'autonomia, la voluntat i el dret a decidir sobre la vida. Però no és el cas dels nostres parents, fills i filles; que tenen alteracions severes en les **funcions executives**, amb serioses dificultats en la planificació, presa de decisions, inhibició, flexibilitat... i que, moltes d'aquestes, porten afegida una addicció. Esdevenen persones molt vulnerables a causa de la manca de raonament i abstracció, pèrdua de control inhibitori, que sovint implica agressivitat cap a elles mateixes i/o cap als altres.*

Aquest aspecte és el que implica una revisió total de conceptes. Fer possible que la PERSONA, amb majúscules i sense qualificatiu, pugui prendre part activa en la vida social i el tràfic jurídic. Perquè els suports s'adrecen a tota persona que els necessiti, sense estar condicionats a la qualificació prèvia d'incapaç

Aquestes persones, habitualment, acostumen a prendre decisions perjudicials per a elles mateixes i per als altres. Poden reflexionar adequadament, però són incapaços de dur a terme i complir el que diuen. La seva voluntat dura el temps d'expressar-la. Canvien constantment de decisió, segueixen l'impuls del moment de forma compulsiva. Viuen en una altra realitat. No predeuen el futur, no controlen els diners, en definitiva, no controlen la seva vida, ni els seus actes.

Per tant, s'han de crear instruments que en respectin els drets i que els permetin anticipar decisions; per tal que una altra persona les pugui fer efectives, quan ells no en són capaços, és a dir, que es pugui modificar la

capacitat d'obrar de la persona, però respectant el que hauria expressat, prèviament, en un procés semblant al Pla de Decisions Anticipades (PDA)".

El PDA a què es refereix aquesta associació, com a exemple de planificació anticipada de la voluntat, té un caràcter purament sanitari, però ens pot inspirar a l'hora de regular uns acords de suport en l'àmbit més ampli dels interessos personals i patrimonials de la persona.

Un Pla de Decisions Anticipades s'elabora conjuntament per la persona afectada amb el suport assistencial, de professionals de la salut i de la família, que siguin necessaris en cada cas concret, i s'estableix un període per a la revisió del PDA, segons l'evolució de la persona afectada ⁽²⁾.

Estic d'acord amb aquest plantejament, és a dir, **mesures de suport prèviament acordades** amb la persona, que expressaran els actes en què intervindrà una persona, entitat o consell de família com a acompanyants en els diversos àmbits de la vida, prestant consell, consentiment previ o coetani o, fins i tot, ratificant l'acte. Altres acords de suport, estipulats prèviament amb aquestes persones que pateixen deficiències més severes, conferiran una representació general o parcial, amb o sense limitació de facultats de la persona amb discapacitat.

Estic d'acord amb aquest plantejament, és a dir, **mesures de suport prèviament acordades amb la persona, que expressaran els actes en què intervindrà una persona, entitat o consell de família com a acompanyants en els diversos àmbits de la vida, prestant consell, consentiment previ o coetani o, fins i tot, ratificant l'acte**

Finalment, en aquells casos en què la complexitat així ho aconselli no hi haurà altre remei que acudir a la representació general i constant, i reservar així aquest àmbit a la competència judicial que, d'aquesta manera, podrà assumir la tasca amb possibilitats de dur-la a efecte amb el rigor que la seva importància requereix,



però també amb l'agilitat que les necessitats humanes i econòmiques dels afectats necessiten. Les dades estadístiques són molt expressives; la progressió és insostenible per a un sistema com el nostre, basat fins ara en la judicialització de tota discapacitat.

Només a Catalunya hi havia l'any 2010 un total de 4.250 persones amb capacitat modificada, és a dir, sotmeses a tutela o curatela. Aquesta xifra augmenta en progressió aritmètica un deu per cent anual, de manera que l'any 2016 ja es va arribar a les 7.000 persones, de les quals tutelades un 75 %, curatelades un 20 % i la resta, amb altres mesures cautelars, tot i que cal destacar que no arribaven a l'1 % els casos d'assistència.

Aquestes estadístiques són extrapolables a tot Espanya i, quant al nombre de persones, només s'ha de multiplicar per 7 el total català de persones amb la capacitat modificada. La progressió augmenta cada any a causa no solament de l'avanç mèdic en la detecció i el diagnòstic de malalties discapacitants o l'increment de l'esperança de vida que allarga l'aptitud física per continuar vivint encara que amb disminució de les facultats intel·lectuals, sinó que hi ha alguna cosa més que sembla que les autoritats econòmiques i els polítics de tots els països embrancats en la competitivitat i en l'èxit personal oblidin, que fa que vagin a l'alça les malalties de tipus depressiu amb la qual cosa s'hi afegeixen pertorbacions mentals que donaran lloc

a malalties difícilment catalogables i, per tant, de tractament. Una d'aquestes tan simple com **la síndrome de la por del fracàs (atiquifobia o síndrome d'Aquil·les) pot arribar a ser tan inhabilitant** com un veritable trastorn neurològic de caràcter fisiològic.

Ara afegim-hi el canvi tan enorme que ha experimentat la forma de relacionar-nos gràcies a **les noves tecnologies digitals**. Fins fa pocs anys, una persona podia desenvolupar plenament les seves capacitats vitals només sabent parlar i escriure. Avui no saber utilitzar les eines cibernètiques equival a ser un discapacitat en molts àmbits de les relacions econòmiques i jurídiques actuals. En només dues dècades les persones que tenien 65 anys i que ara en tenen 85 han passat de ser uns professionals excel·lents en molts camps quan es van jubilar en plenitud de facultats a ser uns veritables discapacitats en no haver-se pogut adaptar al nou món d'Internet i això sense patir cap malaltia psíquica, ni minva de les seves facultats mentals.

Per si tot això no fos suficient, escric aquest article en plena pandèmia per la COVID-19, amb els jutjats sota mínims i amb assumptes acumulant-se que provocaran un col·lapse que només es podrà superar modificant les estructures actuals per desjudicialitzar la discapacitat en tots aquells casos en què sigui possible i reservant la intervenció judicial als supòsits en què sigui imprescindible com també, per vetllar pel compliment rigorós de les altres



formes d'acompanyament o d'assistència, sancionant i corregint amb severitat les conductes contràries als interessos de la persona amb discapacitat.

És aquí que **la funció notarial i el bon fer dels Notaris poden aportar un magnífic servei a la societat** mitjançant l'autorització dels acords de suport, poders preventius, etc., tot això en el marc d'una llei general, en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, amb l'abolició consegüent del procediment de modificació judicial de la capacitat i l'establiment d'una sèrie de mitjans d'assistència o de suport, fent possible que tota persona es pugui sentir com a subjecte jurídic en igualtat de condicions amb els altres.

PRINCIPIS DE LA NOVA LEGISLACIÓ: IGUALTAT, ACCESSIBILITAT, PROPORCIONALITAT, VOLUNTARIETAT I SUBSIDIARIETAT

El primer principi que la llei hauria de proclamar és el d'igualtat de totes les persones en l'exercici de la capacitat jurídica, i esborrar la distinció tradicional entre personalitat o capacitat de ser titular de drets i obligacions i la capacitat d'obrar que, com vam veure en la primera part d'aquest article, és rebutjada sense pal·liatius per l'article 12 de la Convenció de Nova York.

Ara bé, aquesta pretesa igualtat només es pot aconseguir si la capacitat natural de totes les persones és semblant. La pa-

ritat exigeix que es complementi d'alguna manera la capacitat natural d'aquelles persones que pateixen algun trastorn que provoca una inferioritat de condicions per equilibrar les relacions de tot tipus en les quals puguin ser part. Es tracta de buscar l'equivalència de tots els subjectes de dret mitjançant aquests mitjans de suport que s'adaptin a les necessitats de cada persona i, per tant, la mesura que s'adopti ha de ser proporcionada a la situació concreta de la persona afectada, a les seves aptituds, a les seves necessitats i al seu entorn familiar i social.

Un altre principi bàsic de la futura llei de suport a l'exercici de la capacitat jurídica hauria de ser el de **l'accessibilitat universal** que proclama que les institucions, les entitats públiques i privades i els operadors econòmics i socials han de garantir a tota persona, en la mesura que sigui possible, l'accés als seus serveis o prestacions en igualtat de condicions, sense necessitat d'adaptacions externes, oferint el seu propi suport intern perquè la persona afectada pugui desenvolupar per ella mateixa la seva actuació. És el cas que abans apuntava de les persones amb una edat avançada que no han pogut assimilar les noves tecnologies i que són un nucli molt important de població.

Sense por d'equivocar-nos podem afirmar que, llevat de rares excepcions, les persones més grans de 80 anys es poden considerar discapacitats digitals. Tenen serioses dificultats per connectar-se a In-

ternet i, fins i tot, per fer servir els mòbils intel·ligents (telèfons intel·ligents, tauletes etc.). Sembla que els mateixos bancs, que nodreixen el seu passiu amb els estalvis dels jubilats, no comptin amb un col·lectiu tan nombrós i important per a ells. Gràcies als fills i als nets, la nostra gent gran pot subsistir en la jungla telemàtica. No és objecte de la llei, sinó dels reglaments que es dictin, en la seva execució en cada sector econòmic, garantir a tothom aquesta accessibilitat universal i no només als més grans de 65 anys que, per cert, si parlem de discapacitat intel·lectual, representen un percentatge important, però també és cert que, d'un total de 300.000 persones a Espanya més de 200.000 són menors de 65 anys, però més grans de 18 anys ⁽³⁾.

Amb aquesta dada connectem amb el **tercer principi bàsic, la proporcionalitat**. Els graus de discapacitat d'aquestes persones són molt variats, des dels imperceptibles en situacions ordinàries als extremadament inhabilitadors per a una vida normal. Doncs bé, la llei ha d'oferir l'ajut necessari per a tots ells, inclosos també els no discapacitats però necessitats de suport per raons d'edat, d'habilitat o de circumstàncies personals. Les mesures de suport vindran determinades per les necessitats de cadascú i s'hauran d'adaptar a les seves circumstàncies perquè la persona pugui atendre les seves necessitats i prendre per ella mateixa, en la mesura del possible, la decisió corresponent. En resum, la intensitat del suport pot variar segons les circumstàncies de cada persona i el tipus d'acte o d'actes per als quals s'instrumenta.

El principi de la voluntarietat també ha de presidir la regulació legal. El suport és voluntari i és instat per la mateixa persona que és qui decideix en quins termes s'estableix. És obvi, com ja apuntava, que hi haurà casos en què s'haurà imposar el suport, però s'ha de considerar excepcional per als casos en què no es pugui conèixer la voluntat ni es pugui comptar amb la intervenció de la persona afectada, fins i tot, com hem de reconèixer, caldrà actuar en alguns casos en contra de la voluntat manifestada quan l'actuació del subjecte posi en perill la seva persona o els seus béns o els de les persones que l'envolten. Però fins i tot en aquest cas la Convenció de Nova York obliga que el suport que s'estableixi tingui en compte la voluntat i les preferències de la persona,

partint de la consideració de la seva trajectòria de vida anterior i les seves manifestacions.

Conseqüència de tot el que s'ha dit i reafirmant el principi de voluntarietat també cal adoptar el **principi de subsidiarietat**, en virtut del qual les mesures de suport que la llei ofereix s'estableixen per a aquells casos en què el suport familiar o comunitari no és suficient. És a dir, com a societat hem de donar preferència al que anomenaríem suports informals que són els que actuen en la persona per raó de la seva pertinença a un grup familiar o social i que, en molts casos, li permeten una vida absolutament normal mitjançant un acompanyament regular en les seves activitats. A falta d'aquests, la preferència recaurà en els suports que, de forma voluntària, la mateixa persona hagi establert prèviament o estableixi quan sigui oportú i només excepcionalment podrem acudir als suports imposats. Tot això ens condueix a tractar les diverses classes de suports.

SUPORTS INFORMALS I FORMALS

Podem dividir els suports en l'exercici de la capacitat jurídica en suports formals i informals.

Els suports formals són els que pressuposen el compliment d'una formalitat prèvia per establir l'abast i els termes de l'actuació de suport.

Els suports formals són subsidiaris, per als casos en què els suports informals de l'entorn de la persona no siguin suficients per exercir la capacitat jurídica

Els informals són els que es presten en el marc familiar i comunitari. Aquests suports informals són els preferits, perquè són els que presten els pares als fills i al revés, els fills als pares o als germans i familiars en general i, per què no, també els amics. Si amb aquests suports la persona pot assolir la plena autonomia, no cal acudir als suports formals. Es dona suport personal en forma d'acompanyament en temes de salut, d'educació o de treball. En temes patrimonials, el suport es troba en la cotitularitat de comptes bancaris o com a autoritzat, compartint decisions de ges-



tió. Però també podem trobar mesures de suport a les xarxes de suport comunitari dinamitzades pels serveis socials.

Així, per exemple, el Codi civil de Catalunya regula la "guarda de fet" (art. 225 CC-Cat), inclou situacions on hi ha un "suport informal", en forma d'acompanyament i consell, en moltes ocasions amb legitimació per actuar per compte de la persona. La normativa actual reconeix al "guardador de fet" la possibilitat de fer **vàlidament actes jurídics per compte de la persona guardada i l'obliga a retre comptes quan s'acabi, si s'acaba, sens perjudici que en qualsevol moment es pugui denunciar el guardador per actuacions que no siguin conformes als interessos de la persona.**

Els suports formals són els que pressuposen el compliment d'una formalitat prèvia per establir l'abast i els termes de l'actuació de suport. **Els suports formals són subsidiaris**, per als casos en què els suports informals de l'entorn de la persona no siguin suficients per exercir la capacitat jurídica.

Aquest és el principi de subsidiarietat, que persegueix diferents objectius. **El principal és evitar la burocratització dels suports i, especialment, la judicialització.** En segon lloc, reforçar l'autonomia individual a la previsió de la necessitat de suports mitjançant el reconeixement de l'eficàcia dels poders preventius o, com l'anomena l'article 222 CCCat actual, poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat.

El principi de subsidiarietat requereix analitzar si la situació de la persona i del seu entorn familiar o comunitari poden fer possible mobilitzar recursos informals que facin innecessari l'establiment de suports formals. Quan els suports informals, per la naturalesa de la qüestió que afecta la persona, no són suficients per fer possible l'exercici dels seus drets, llavors cal explorar la possibilitat d'altres vies, amb la participació de la persona afectada i, únicament com a **últim recurs, nomenar una persona que presti el suport mitjançant el procediment judicial oportú.**

Els suports formals admeten diferents modalitats, que es poden combinar entre elles. **En primer lloc, podem parlar d'acords o mandats de suports**, en què la persona afectada designa de forma expressa alguna persona o institució perquè l'acompanyi en la presa de decisions, i pot ser tan simple com el consell o tan complexa com la codecisió per a un tipus d'actes determinat, fins i tot, fent que l'eficàcia jurídica d'aquests actes depengui del consentiment de la persona que presta el suport. **D'alguna manera aquestes autolimitacions s'han de fer públiques** per garantir la protecció de tercers i la seguretat **del tràfic jurídic**, com ja vam veure en la primera part d'aquesta publicació.

En segon lloc, dins els suports formals té un lloc preferent, en el futur que ens espera, **el poder preventiu**, al qual dedicaré una exposició concreta, ja que és l'instru-



ment que ja tenim en vigor legalment, si bé ha de ser redefinit i completat per fer-lo més eficaç i evitar que esdevingui una eina per espoliar el patrimoni del poderant.

Finalment, quan no es pot acudir als suports anteriors o quan aquests no són suficients o s'exerceixen de manera que perjudiquen els interessos de la persona afectada, com a últim recurs **s'ha de mantenir la possibilitat d'instar els suports mitjançant un procediment específic** en què, si és possible, s'informi la persona sobre les característiques, els avantatges i les conseqüències dels suports proposats, tot això amb la intervenció de l'autoritat pública competent. L'assistent, amb caràcter general i el defensor judicial, per a determinats supòsits, són les figures cridades a omplir aquesta parcel·la dels suports formals "imposats".

A l'efecte de transparència en l'actuació dels suports d'origen judicial, cal distingir els nomenaments judicials de caràcter indefinit i les designacions pensades per resoldre una qüestió concreta en què faci falta el suport per a la presa de decisions que no s'hagi pogut obtenir d'una altra manera; val la pena distingir el designat amb diferent denominació: es designa l'assistent amb caràcter indefinit en el temps, mentre que el defensor judicial (o la denominació que se li doni finalment) tindrà una missió limitada al període de durada de l'assumpte encomanat.

Arribats a aquest punt, podem fer un resum de la configuració que es vol donar a les mesures de suport en general, dient que:

- Els suports informals s'assimilaran al que ara entenem com guarda de fet.

- Els suports formals es desenvoluparan mitjançant diverses institucions que, fent una semblança amb les que ja existeixen, podríem dir que són l'assistència, que podrà ser voluntària (acords de suports i poders preventius) o judicial quan falli tota la resta, que pot ser de caràcter general, com la curatela actual o per a determinats actes en què hi hagi interessos contraposats, com és el cas del defensor judicial d'avui.

Com es pot veure, la llavor de tot aquest quadre ja la tenim en el nostre Dret. Ara falta desenvolupar-la, atenint-nos al fet que



en la nostra regulació s'han de substituir la incapacitació i la tutela que, com ja he dit, estan fora de l'**òrbita jurídica actual i al nostre país des del maig de 2008**.

Evidentment, queda fora de la nova regulació i es manté l'actual en relació amb les institucions de protecció de les persones menors d'edat, que continuaran sota el règim de la potestat parental o de la curatela respecte dels no emparats per aquesta potestat, i es mantindrà, en relació amb tots, la guarda de fet i el defensor judicial, ja que els menors d'edat no entren dins l'àmbit de la Convenció de Nova York.

Suports informals

Com ja hem vist els suports informals són els que es presten en l'àmbit familiar i social, de forma natural i sense que hi hagi una determinació expressa de part del que necessita ni del que presta el suport. Normalment són actes de mer tràmit i transcendència econòmica escassa, però alguns són més importants ja que no admeten demora. Podem acudir a la figura de la **gestió de negocis aliens sense mandat**. Recordem que en el nou llibre sisè del Codi civil de Catalunya no s'admet, a diferència del Codi civil comú, el mandat tàcit. Però aquí m'agradaria destacar la necessitat d'admetre, per a determinats actes i respecte de determinats familiars, una **legitimació ex lege** que els permeti assumir, amb garanties de plena eficàcia per als tercers, la repre-

sentació de la persona amb discapacitat. El problema és determinar quins parents i quins actes, i els condicionants o els pressupòsits d'aquests.

A títol d'exemple, que se m'ha plantejat al despatx en plena pandèmia, el de la vídua a qui el marit lliga els diners i institueix hereus els fills. En patir una demència senil severa és impossible alliberar els diners que són en un compte a nom del difunt i que ell feia servir per a pagar les despeses del centre on és l'esposa. En casos com aquest en què no hi ha contraposició d'interessos, la Llei hauria de concedir una legitimació per actuar sota els paràmetres que es considerin oportuns per tal que, sens perjudici de la responsabilitat de l'actor, es reconegui plena eficàcia davant de tercers sense necessitat de ratificació ulterior, aspecte que el diferencia de la gestió de negocis aliens sense mandat.

Suports formals

Quan tracti els suports formals, em referiré aquí només als de caràcter voluntari, és a dir, als poders preventius i als acords de suport ja que s'atorgaran davant Notari. Deixo a part el tema de l'assistència imposada per l'autoritat judicial que ha de ser objecte d'un tractament específic. Tant els poders preventius com els acords de suport tenen una base comuna, el mandat. Això no vol dir que en la nova regulació tinguin un tractament unitari, ni una regulació que es redueixi a establir una sèrie



d'especialitats en relació amb la regulació general del contracte de mandat.

Sinó que, com ja he defensat, cal una regulació completa i autònoma fins i tot de cada figura, poder preventiu i acord de suport en què, en allò que no estigui previst, es pugui acudir com a normes subsidiàries a la del mandat, la qual cosa ha de ser excepcional.

El poder preventiu i l'acord de suport, si bé es poden complementar, han de tenir un tractament legislatiu autònom. És a dir, es pot atorgar un poder preventiu amb eficàcia immediata, funcionant com qualsevol poder ordinari en què el poderdant conserva totes les seves facultats dispositives i revocàtores. En un segon tram se'n pot preveure el funcionament com un acord de suport amb autolimitacions establertes en les facultats del poderdant, en què és necessària la col·laboració i el complement o la representació de l'apoderat per a determinats actes. Finalment, el tercer període temporal en el qual el poder preventiu pur fa la seva aparició quan el poderdant ja no pot controlar l'activitat de l'apoderat ni exigir-li la rendició de comptes corresponent. Tot aquest *iter* temporal es pot organitzar notarialment en un sol instrument, però caldrà deixar ben establert el pas d'una fase a una altra, respectant les exigències que, per a cada classe de figura, determini la normativa corresponent.

Ara tractaré aquí el poder preventiu i l'acord de suport separatament, sens per-

judici que la pràctica i el bon fer notarial puguin fer una refosa instrumental de tots dos. A més, el criteri del legislador català, al meu entendre encertat, és dedicar un capítol al poder preventiu i un altre a l'assistència, dins el qual, en una secció tractarà l'acord notarial de suport i en una altra, el nomenament d'assistent per l'autoritat.

EL PODER PREVENTIU

Permeteu-me començar amb el que és actualment el poder preventiu i acabar amb la proposta de regulació que presentaré per a l'elaboració de l'avantprojecte català.

Amb la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, es va fer una nova redacció de l'article 1.732 CC en què es reconeixia la possibilitat que, en el mateix mandat, "se n'hagués disposat la continuació o el mandat s'hagués donat per al cas d'incapacitat del mandant, apreciada de conformitat amb el que disposa aquest. En aquests casos, el mandat podrà acabar per resolució judicial dictada en constituir-se l'organisme tutelar o posteriorment a instàncies del tutor".

En realitat, el CC no regula els poders preventius, es limita a reconèixer que poden existir, però no els atorga una consideració especial. Distingeix les dues hipòtesis que conformen les **dues categories de poders preventius**:

- Els poders que despleguen la seva eficàcia des de l'atorgament, però amb una clàusula en virtut de la qual "se n'hagués disposat la continuació" (**poders ordinaris amb clàusula de continuïtat**).

- I els poders que s'atorguen **amb la condició expressa que el poderdant esdevingui incapaç**: "el mandat s'hagués donat per al cas d'incapacitat del mandant, apreciada de conformitat amb el que disposa aquest" (**poder condicionat a la discapacitat o preventiu pur**, però que continua sent un poder ordinari en el codi).

A diferència del Codi comú, que preveu el poder preventiu simplement com una excepció a l'extinció del contracte de mandat per incapacitació del poderdant (art. 1.732 CC), **el Codi civil de Catalunya l'inclou entre les institucions de protecció de la persona, dins la regulació de la tutela** (art. 222-2 CCCat) i les seves diverses formes de delació. Però també com una excepció a la necessitat de constituir la tutela i, per tant, d'incapacitar una persona.

L'exposició de motius del llibre segon del CCCat (Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del CCCat relatiu a la persona i la família), ho explica clarament: "(...) en la línia d'un major reforçament de l'autonomia de la persona –que segueix el camí iniciat per la Llei 11/1996, del 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, del 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars, amb l'admissió de l'autotutela–, es flexibilitza la resposta jurídica davant la pèrdua progressiva de facultats cognitives i volitives de la persona, admetent que, si s'havia atorgat un poder en previsió d'una situació de pèrdua de capacitat, el fet que aquesta circumstància s'arribi a produir no duu necessàriament a l'extinció d'aquell. És a dir, es permet que, sense necessitat de constituir la tutela, l'apoderat pugui continuar tenint cura dels interessos de la persona que ja no es pot valer per si mateixa. Això no impedeix, òbviament, que, en interès de la persona protegida, s'arribi finalment a constituir la tutela i que l'autoritat judicial, si li ho demana el tutor, pugui resoldre l'extinció del poder. Es tracta que no sempre calgui la incapacitació i la constitució formal de la tutela, que es configura com una mesura de protecció, especialment en casos de desemparament de l'incapaç, quan a la greu malaltia psíquica s'hi afe-



geix la manca, inadequació o impossibilitat de suport familiar”.

L'article 222-2 CCCat regula el poder en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat dient

“1. No cal posar en tutela les persones majors d'edat que, per causa d'una malaltia o deficiència persistent de caràcter físic o psíquic, no es poden governar per si mateixes, si a aquest efecte han nomenat un apoderat en escriptura pública perquè tingui cura de llurs interessos.

2. El poderdant pot ordenar que el poder produeixi efectes des de l'atorgament, o bé establir les circumstàncies que han de determinar l'inici de l'eficàcia del poder. En el primer cas, la pèrdua sobrevinguda de capacitat del poderdant no comporta l'extinció del poder. El poderdant també pot fixar les mesures de control i les causes per les quals s'extingeix el poder..”

Al meu entendre, el 222-2 CCCat configura un supòsit de **representació quasitutorial o tutela privada**, basat en una fórmula, el poder, que té per essència l'autonomia de la voluntat. Autonomia de la voluntat sí, però modalitzada en emmarcar-se en les institucions de protecció de la persona. Si volem ser més a prop de la terminologia del legislador, podem definir el poder preventiu català com la institució de protecció de la persona que supleix la tutela i que té per base el principi de l'autonomia de la voluntat pel qual una persona en faculta una altra per tenir cura del patrimoni i fins i tot de la mateixa persona en previsió de patir una discapacitat que li dificulti o l'inhabiliti per fer-ho per ell mateix.

PRIMER PARADIGMA: INDEPENDÈNCIA DEL MANDAT

El fet que el poder preventiu es reguli actualment com una especialitat del contracte de mandat en dret comú o amb una normativa escassa i incompleta en el cas de Catalunya causa una distorsió insostenible per una **sèrie de contradiccions ocasionades per la diferent naturalesa del contracte del mandat**, basat en la bilateralitat i igualtat de condicions de les parts i el poder preventiu, en el qual un dels subjectes, el poderdant, es troba a l'arbitri de l'apoderat, sense poder controlar-ne l'activitat ni exigir-li rendició de comptes.

Així, la concepció quasitutorial del poder preventiu explica que l'article 222-44 CCCat, en regular la matèria, **exigeixi l'autorització judicial per als mateixos casos que la necessita el tutor**, excepte que el poderdant l'hagi exclosa expressament. Per tant, si el poderdant no hi fa cap esment, l'apoderat necessita l'autorització judicial, per exemple, per a disposar de béns immobles. Sota el 1.732 CC que preveu l'extinció del contracte de mandat i només com a excepció esmenta el poder preventiu, **que queda subjecte a les regles del mandat, si els poders s'han atorgat sense limitació expressa, els apoderats no necessiten l'autorització judicial**. Al CCCat la regla canvia i és la contrària: **l'autorització judicial s'imposa excepte en el cas que l'hagi exclòs el poderdant**. Això implica un règim completament diferent per als poders preventius atorgats abans, d'acord amb l'article 1.732 CC, i els atorgats a partir de la vigència de l'article 222-2 CCCat.

En el Codi civil comú, ni abans ni després de la incapacitació, l'apoderat, sigui normal o preventiu, necessita l'autorització judicial per als actes d'administració extraordinària o de disposició, per als quals, en canvi, l'apoderat preventiu català sí que la requereix.

En canvi a Catalunya, el problema que es planteja és determinar **quan un poder ordinari, però amb clàusula de continuïtat es transforma en un poder preventiu i, per tant, quan un poder sense cap limi-**

tació, però amb la supervisió del poderdant mitjançant la rendició de comptes, es transforma en un poder preventiu que no tindrà supervisió del poderdant, però en canvi està subjecte a la limitació de l'exigència de l'autorització judicial per als mateixos actes que la llei exigeix al tutor.

Com ja vam apuntar a la primera part d'aquest estudi, aquí hi ha la gran paradoxa: en un poder ordinari, l'apoderat manté les seves facultats representatives sense necessitat d'autorització judicial fins a la incapacitació del poderdant (arts. 622-23 CCCat i 1.732 CC). En canvi, si a aquest poder hi afegim la clàusula de subsistència en e cas de discapacitat, l'apoderat quedarà subjecte a autorització judicial per a actes que excedeixin l'administració ordinària segons l'Avantprojecte, però a partir de quan i qui ho decideix? ⁽⁴⁾

Aquesta paradoxa d'incertesa fa que, a Catalunya, a la pràctica, gairebé tots els poders preventius s'atorguin amb una clàusula d'exoneració de l'autorització judicial, amb la qual cosa es fusiona el poder ordinari amb el poder preventiu amb clàusula de continuïtat, fins al moment en què el poderdant és declarat incapaç, en què el poder preventiu sobreviu al poder ordinari. El que passa és que, en la pràctica, amb un poder ordinari de caràcter general normalment no cal arribar mai a la incapacitació, llevat d'actuació improcedent de l'apoderat que pot donar lloc al fet que s'insti el procés judicial per per-



sona interessada a fi de revocar el càrrec a l'apoderat.

En realitat, si un poder ordinari estén la seva eficàcia fins al moment en què judicialment es modifica la capacitat del poderdant perd molt interès l'anomenat poder preventiu amb clàusula de continuïtat, ja que normalment els apoderats són familiars o persones properes que són els mateixos que, arribat el cas, hauran d'instar el procés judicial.

Tradicionalment s'havia considerat que el mandat, com a contracte bilateral, acabava naturalment pel fet que una de les parts ja no fos en condicions de vetllar per l'exacte compliment de l'altra part, de manera que la discapacitat natural provocava l'extinció del contracte. Però el fet cert és que, en la majoria de les legislacions, es va imposant el criteri de la incapacitació judicial. En l'article 622-33 CCCat, es recull com a causa d'extinció del mandat "la declaració judicial modificativa de la capacitat del discapacitat, si bé el contracte de mandat no s'extingeix si se n'ha establert la continuïtat o s'ha conclòs per al cas de modificació judicial de la capacitat apreciada d'acord amb el que ha determinat el mandant".

En el nou llibre sisè del CCCat el legislador hauria d'haver aprofitat per establir clarament que, sens perjudici del fet que el mandat s'extingeix per la resolució judicial d'incapacitació, el mandatari s'ha d'abstenir de dur a terme actes d'adminis-

nistració extraordinària o de disposició en el moment en què el poderdant no pugui conèixer l'abast dels actes de l'apoderat i exigir-li la rendició de comptes corresponent. D'aquesta manera es tornarà al criteri de la bilateralitat del mandat, a l'essència de tot contracte, perquè recordem que el poder no és més que l'instrument que externalitza el contracte de mandat.

Tinguem sempre present que la representació és una institució jurídica, com ho és també, per exemple, la successió hereditària i, igual que aquesta, pot ser voluntària o legal. En segon lloc, que el poder és l'instrument jurídic pel qual es manifesta la representació voluntària que sempre s'ha fonamentat en les normes del contracte de mandat, ja que en el nostre ordenament no hi ha una regulació general de la representació. Finalment, encara que el poder s'hagi atorgat només unilateralment, des del mateix moment en què l'apoderat exerceix alguna de les seves facultats, s'origina el vincle sinal·lagmàtic i les relacions poderdant-apoderat es passen a regir per les normes del contracte de mandat.

Doncs bé, amb l'aparició del poder preventiu potser ja és hora de trencar aquest vincle, fins ara necessari, amb el mandat. S'ha de donar al poder preventiu una regulació completa i independent del contracte de mandat i fer recuperar al mandat la seva bilateralitat, determinant-ne l'extinció des del moment en què el mandant no

pugui supervisar l'actuació i exigir la rendició de comptes al mandatari.

Es pot dir que això pot suposar un perjudici per als tercers que van contractar amb el representant, però no és cert, ja que el tercer de bona fe queda sempre protegit (art. 622-39 CCCat i 1.738 CC). Així recupera el sentit la nostra fórmula notarial tradicional per enjudiciar la suficiència del poder: "El representant manifesta que el poder no li ha estat revocat o modificat i que no han variat les circumstàncies personals del poderdant".

D'aquesta manera, tindrà més sentit el poder ordinari amb clàusula de subsistència o continuïtat en el cas de discapacitat. Més encara, amb una regulació completa i independent del poder preventiu advoco per un canvi radical: ja no s'atorgarà un poder ordinari amb clàusula de continuïtat sinó que, a l'inrevés, s'ha d'atorgar com a poder preventiu, però amb eficàcia immediata, amb la qual cosa el poder no quedarà subjecte a dos règims legals sinó només a un, el del poder preventiu, sense perjudici de les previsions que el poderdant, en atorgar-lo, pot fer en relació amb la fase en què ell encara es troba amb capacitat suficient per controlar l'activitat de l'apoderat.

Aquest règim exclusiu afavoreix l'establiment d'uns controls *ex lege* a més dels que pugui imposar l'atorgant, com també una regulació d'un sistema de responsabilitat de l'apoderat, més exigent que la del mandatari comú.

Aquest règim exclusiu afavoreix l'establiment d'uns controls *ex lege* a més dels que pugui imposar l'atorgant, com també una regulació d'un sistema de responsabilitat de l'apoderat, més exigent que la del mandatari comú

Com veurem, el poder preventiu també ha de ser un instrument complet, de tal manera que ell mateix sigui suficient per regular, dins els paràmetres legals, tots els interessos del poderdant. Les instruccions, per exemple, ja que arribarà un moment en què el poderdant ja no podrà donar-les directament a l'apoderat, així que, haurien de figurar en el mateix poder o, si més no, en un document autèntic complementari





per evitar dubtes. Si figuren en el mateix poder, millor, perquè llavors afectaran totalment els tercers. Per a això, la llei ha d'exigir al poderdant el compliment d'un contingut mínim en atorgar el poder preventiu, és a dir, una estructura bàsica que ha d'emplenar el poderdant segons les seves necessitats i el legislador ha de fugir d'imposicions absurdes o preceptes innocus tan fàcilment solapables, com l'exigència de l'autorització judicial llevat de dispensa. Ha de ser el mateix poderdant qui imposi els límits, les condicions o els complements necessaris a l'actuació de l'apoderat. L'exigència legal d'autorització per a actes de disposició, llevat de voluntat del poderdant, fa que, fins i tot en els poders preventius purs, s'exoneri gairebé sempre en la pràctica, l'apoderat del dit requisit.

És aquí que el legislador català es va equivocar en voler regular el poder preventiu afegint una especialitat al mandat ordinari, l'autorització judicial, sense tenir en compte que són dues institucions diferents que mereixen una regulació independent: el mandat mereix tornar als seus orígens de bilateralitat i el poder preventiu ha de reforçar la part feble, el poderdant, però no a base de judicialitzar la institució, sinó de reforçar el compliment de la voluntat del poderdant mitjançant més concreció en l'atorgament i l'exigència en la seva execució.

A més, com que a partir de la nova legislació no hi haurà una normativa per als tutors, perquè no existiran, no tindrà sentit la imposició de l'autorització judicial a l'apoderat per als mateixos actes en els quals és necessària per al tutor. Aquestes consideracions ens porten al segon paradigma que tracto a continuació.

SEGON PARADIGMA: DESJUDICIALITZACIÓ. SUPRESSIÓ DE L'AUTORITZACIÓ JUDICIAL

L'autorització judicial crea també problemes d'agilitat a causa de la lentitud excloure-la del procés judicial i, per això, fins i tot en poders preventius purs, s'ha imposat en la pràctica catalana. Fins i tot en aquells casos en què el poderdant prefereix limitar les facultats de l'apoderat, es prefereix recórrer al consentiment d'una determinada persona o d'un consell de família que es designa a aquest efecte. El mateix codi català ha inspirat aquestes



fórmules en admetre el consell de tutela en les autotuteles i en les deferides pels titulars de la potestat parental, ja que l'autorització dels actes per als quals el tutor requereix l'autorització judicial es pot atribuir a aquest consell (art. 222-54 CCCat).

Realment si no hagués estat pel bon sentit en el quefer dels Notaris catalans, prèviament advertits per alguns autors que van anticipar el disbarat que s'acostava, el desastre hauria estat monumental.

En efecte, al principi ja vaig advertir que la imposició d'una autorització judicial generaria múltiples problemes de lentitud, però a més ha originat qüestions de dret transitori, de dret interregional i internacional. Tornaré a insistir en aquestes línies en aquesta problemàtica, perquè cap legislador amb poc contacte amb la realitat se li acudeixi establir o mantenir la necessitat d'autorització judicial. Aquesta exigència de la llei catalana implica un règim completament diferent per als poders preventius atorgats abans, d'acord amb l'article 1.732 CC, i els atorgats a partir de la vigència de l'article 222-2 CCCat.

Ara passa el mateix amb els poders preventius que s'atorguen fora de Catalunya, d'acord amb l'article 1.732 CC, i els que s'atorguen a Catalunya amb l'article 222-2 CCCat.

En el Codi civil comú, ni abans ni després de la incapacitació, l'apoderat, sigui normal o preventiu, necessita l'autorització judicial per als actes d'administració extraordinària o de disposició, per als quals, en canvi, l'apoderat preventiu català sí que la requereix.

Permeteu-me que exposi tot aquest embolic normatiu mitjançant la presentació dels diferents supòsits temporals:

Primer: poders atorgats abans de l'1 de gener de 2011, data en què va entrar en vigor el llibre segon del CCCat. Fins a aquest dia tots els poders preventius que s'atorgaven a Espanya es regien per l'article 1.732 CC i, per tant, fins al 31 de desembre de 2010, l'apoderat podia vendre per ell mateix un immoble del poderdant sense necessitat d'autorització judicial. A partir d'aquesta data és evident que, en els poders preventius atorgats a Catalunya, si el poderdant vol exonerar l'apoderat de l'autorització ho ha de fer expressament. Però, evidentment, en els poders anteriors el poderdant no havia fet cap previsió sobre això per la qual cosa, vigent la Llei 25/2010 del llibre segon, es va plantejar si l'exigència de l'article 222-44 seria aplicable també als poders atorgats abans.

El problema resultava palès amb la disposició transitòria primera de la Llei 25/2010 que en la seva redacció originària establiria que: "2. Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats, en aplicació del dret estatal supletori, abans de l'entra-



da en vigor d'aquesta llei resten subjectes, quant a llur eficàcia i a llur règim d'exercici, al que estableix el Codi civil."

Era claríssim que els poders anteriors atorgats d'acord amb l'article 1.732 CC quedaven subjectes a Catalunya pel que fa a la seva **eficàcia i règim d'exercici** al nou text català i, per tant, a l'autorització judicial. Immediatament vaig denunciar aquesta situació en conferències i articles, com també davant la Conselleria de Justícia de Catalunya.

Es podria defensar una interpretació contrària a l'estricta lletra de la llei amb arguments de lògica i seguretat jurídica: el poderdant, quan va atorgar el poder, era conscient que l'apoderat quedava facultat per fer actes de disposició d'immobles per si sol i sense autorització del jutge. Precisament **això és el que volia el poderdant: evitar la intervenció judicial**. La seguretat jurídica exigeix que les facultats de l'apoderat es mantinguin, sense excepció en els poders atorgats amb anterioritat. Imaginem, per exemple, una venda, ja consumada, que l'apoderat va atorgar en el seu moment sense autorització judicial i que ara s'atorga la carta de pagament i la cancel·lació de la condició resolutòria que es vol atorgar ara...

Si el poderdant no va limitar aquestes facultats a l'apoderat és perquè li va voler concedir una autonomia total en l'exercici de poder. **El poderdant bé en**

podria haver limitat l'execució exigint una autorització complementària, com la d'un parent o d'una persona de confiança. Si no ho ha fet és perquè la seva voluntat és que l'apoderat actuï amb plena llibertat i, en aquest sentit, han d'interpretar els poders que hem autoritzat d'acord amb l'article 1732 CC, abans de la vigència de l'article 222 CCCat.

En els poders atorgats d'acord amb l'article 1.732, el poderdant, en no imposar a l'apoderat una autorització especial per a actes de disposició, tenia en ment l'exoneració a l'apoderat de qualsevol tipus d'intervenció judicial. L'apoderat tenia la convicció mental que l'apoderat no necessitaria en cap cas aquesta autorització. Si el poderdant hagués volgut que l'apoderat hagués de demanar-la per dur a terme determinats actes, ho hauria imposat expressament.

La inseguretat provocada per la problemàtica esmentada va fer que, el Col·legi de Notaris promogués davant la Conselleria de Justícia una solució lògica i simple. Així, la Llei 10/2011, de 29 de desembre, de simplificació i millora de la regulació normativa, en l'article 45 va modificar l'apartat 2 de la **disposició transitòria primera** de la Llei 25/2010, amb la redacció actual: "Els poders en previsió d'una situació d'incapacitat atorgats abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei resten subjectes, quant a llur eficàcia i a llur règim d'exercici, al que estableix el Codi civil, **llevat del que exigeix l'article 222-44.3**".

És a dir, avui, **els poders anteriors a l'1 de gener de 2011 atorgats d'acord amb l'article 1.732 CC es regeixen pel nou llibre segon del CCCat, llevat de l'autorització judicial** que l'article 222-44.3 exigeix als apoderats nomenats d'acord amb la nova regulació per a la realització dels actes de disposició o d'administració extraordinària que s'hi preveuen. En canvi, **en els poders posteriors a aquesta data**, atorgats d'acord amb l'article 222 del CCCat, si el poderdant vol excloure la intervenció judicial, ho haurà de fer constar expressament en l'atorgament, de forma clara i concloent, i autoritzar l'apoderat per dur a terme, sense excepció, tota classe d'actes, inclosos els actes en què la llei exigeix autorització judicial per als tutors, sens perjudici que pugui establir el seu propi sistema de cauteles, exigint per exemple una taxació prèvia per determinar el preu mínim de venda, l'autorització de determinats parents, d'un professional o d'un consell de família, etc.

Una solució tan senzilla, fàcil i lògica és la que vaig proposar per tal de preservar els poders atorgats amb anterioritat, que ja s'estaven utilitzant i que no es podien modificar, ja que el poderdant ja havia esdevingut incapaç i, per tant, no en podia atorgar de nous.

Segon: poders atorgats d'ençà de l'1 de gener de 2011. Aparentment, els atorgats a Catalunya s'han de regir pel llibre segon CCCat i els atorgats a la resta d'Espanya per l'article 1.732 CC i concordants. Però això no és tan senzill, ja que a continuació s'obre una sèrie d'interrogants de difícil resolució doctrinal i a aquesta dificultat teòrica s'afegeix la importància, en la pràctica, de la postura que s'adopti per la necessitat en Dret català de l'autorització judicial.

La regulació continguda en el CCCat, és aplicable, únicament, als poders atorgats a Catalunya per persones que tinguin veïnatge civil català?

El que tingui veïnatge civil comú en atorgar un poder preventiu a Catalunya, ho podrà fer d'acord amb l'article 1.732 CC o queda sotmès a l'article 222-2 CCCat? I, si és aragonès, ho hauria de fer d'acord amb l'article 95 del Codi de Dret Foral d'Aragó?

Què passarà amb els canvis de veïnatge civil dins el nostre país? Per exemple, la

persona que, en atorgar el poder tenia veïnatge civil comú ja que residia a Madrid, però després, en anar perdent la capacitat, se'n va a viure amb la seva filla que resideix a Barcelona i, amb el pas del temps, guanya el veïnatge civil català.

Ens hem de plantejar també la qüestió de l'exercici de poder, ja que es pot haver atorgat el poder d'acord amb l'article 1.732 CC per un poderdant de residència i veïnatge civil comú i pot haver estat executat per l'apoderat, respecte de diferents béns situats en diverses parts d'Espanya. La necessitat d'autorització judicial per als actes de disposició d'immobles, serà aplicable a tots els poders que s'exerceixin a Catalunya?

I què hem de dir dels ciutadans estrangers? Poden atorgar poders al nostre país si la seva llei personal no preveu els poders preventius? Hem de distingir entre estrangers residents i no residents i donar-los diferent solució?

Podem fer moltes combinacions de veïnatges civils i nacionalitats, llocs d'atorgament i llocs d'exercici de facultats, etc., que ens plantejaran altres problemes similars.

L'existència d'una figura jurídica que permet que una persona contracti amb un tercer en nom del seu apoderat fa néixer una varietat complexa de relacions jurídiques entre els tres elements personals que intervenen: el poderdant, l'apoderat i el tercer.

Doncs bé, quan els tres elements esmentats no tenen la mateixa nacionalitat, o el país on s'atorga el poder no és el mateix en què s'exerceixen les facultats conferides, la problemàtica augmenta i es fa necessari un plantejament de les normes aplicables per poder resoldre els conflictes de lleis que puguin aparèixer.

Tenint en compte els tres elements personals esmentats, podem distingir entre:

- La llei que ha de regular la relació de representació, entre el representant i el representat.

- La llei que ha de regir el contracte celebrat entre el representat i el tercer a través de l'activitat del representant.



- I la llei que ha de determinar la legitimació del representant per vincular el representat respecte de tercers.

Si considerem el poder preventiu català com una institució tutelar quasitutelat, li és aplicable el **paràgraf 2n de l'article 9.6 CC: "La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección"**.

Pel que fa a les relacions entre representat i els tercers com a conseqüència de l'activitat del representant, cal aplicar el Reglament Roma I.

En efecte, l'article 10 del CC s'ha d'entendre modificat pel que fa al dret d'obligacions per l'entrada en vigor a Espanya, l'1 de setembre de 1993, del Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals obert a la signatura a Roma el 19 juny 1980; al seu torn, aquest Conveni va ser modificat pel **Reglament (CE) n. 593/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I), vigent a Espanya des del 17 de desembre de 2009**.

El règim de punts de connexió del Reglament Roma I es basa en el principi d'autonomia de les parts i, només en absència d'elecció, entren en joc les normes de conflicte. De l'enumeració que fa el dit reglament, queda clar que el mandat pot estar subjecte a una llei i el contracte celebrat pel representant amb els tercers, a una altra, perquè es dona preferència al lloc de celebració del contracte i, per descomptat, el mandat es pot haver atorgat en un país i el contracte amb tercers, en un altre.

Aquesta és la normativa vigent en aquest moment a Espanya, l'article 9 de CC i el Reglament Roma I, però és sens dubte insuficient, ja que és necessari plantejar una regulació integral de les institucions de protecció de la persona que abasti també les relacions jurídiques entre representat, representant i tercers, en un conjunt harmònic i que no es basi exclusivament en el Dret general d'obligacions i contractes, i que tingui en compte, per tant, que un dels tres elements personals, el representat, no pot vetllar pels seus interessos ni conèixer l'abast de l'actuació del seu representant i, per tant, no li pot exigir per ell mateix rendició de comptes ni responsabilitat per la seva actuació.

El cert és que ja tenim un instrument internacional, la Convenció de la Haia en aquesta matèria, que conjuga força bé el que acabo d'exposar i no entenc que el nostre país no l'hagi subscripta encara.



La Conferència de la Haia de Dret Internacional Privat va elaborar l'any 2000 un **Conveni sobre la protecció internacional dels adults**, un dels objectes principals del qual és determinar “el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto (...) que, debido a una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no está en condiciones de velar por sus intereses” (art. 1). Entre aquestes mesures de protecció de la persona hi ha “la tutela, la curatela y otras instituciones análogas (...) administración, conservación o disposición de los bienes del adulto” (lletra f art. 3).

Aquest conveni, que Espanya no ha subscrit, estableix en l'article 5 “1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de residencia habitual del adulto serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona o los bienes del adulto.

2. En caso de traslado de la residencia habitual del adulto a otro Estado contratante, serán competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual”.

En aquest precepte el Conveni es refereix a les mesures de protecció en general, sobretot les que requereixen una immediatesa per a la protecció del subjecte. Més endavant, en l'article 15 se centra en els mandats o poders preventius dient: “1. La existencia, alcance,

modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, en virtud de un acuerdo o por un acto unilateral, para ejercitarse cuando dicho adulto no esté en condiciones de velar por sus intereses, **se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a no ser que haya designado expresamente por escrito alguna de las leyes mencionadas en el apartado 2.**

2. Los Estados cuyas leyes podrán designarse son:

a) un Estado del que el adulto posea la **nacionalidad;**

b) el Estado de la **anterior residencia habitual del adulto;**

c) un Estado en el que se **encuentren situados bienes del adulto, con respecto a dichos bienes.**

3. Las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten”.

El Conveni, per tant, acull una declaració de submissió legal del poderdant, com el reglament europeu de successions, el que anomenem una **professio iuris** en virtut de la qual el poderdant sotmet el poder i el seu exercici a la normativa que més el pot interessar per raó de la seva residència, de la situació de les seves propietats o interessos, etc.

Evidentment, el poder preventiu pot quedar limitat des d'un punt de vista territorial i atorgar-se d'acord amb les normes que s'estableixin per a aquest en el dit territori, i el poderdant pot atorgar diversos poders diferents segons la situació dels béns de la seva propietat.

En relació amb la validesa dels actes celebrats per l'apoderat amb els tercers, l'article 17 del Conveni estableix que “1. No podrá impugnarse la validez de un acto celebrado entre un tercero y otra persona que tendría la condición de representante del adulto según **la ley del Estado en que se haya celebrado el acto**, ni el tercero incurrirá en responsabilidad únicamente por el motivo de que la otra persona no tuviera la condición de representante del adulto según la ley designada por las disposiciones del presente Capítulo, a menos que el tercero supiera o hubiera debido saber que la condición de representante se regía por esta última ley.

2. El apartado anterior será aplicable únicamente si el acto se hubiera celebrado entre personas que se encuentren en el territorio del mismo Estado”.

Estic a favor d'aquests plantejaments generals del Conveni perquè, per mi, la qüestió fonamental és determinar la llei aplicable al poder preventiu en el moment del seu atorgament, la llei que configurarà la institució de forma definida, establint les mesures de control a l'actuació de l'apoderat i els òrgans encarregats d'això, factors que afecten no solament e poderdant, sinó també els tercers i la seguretat del tràfic jurídic en general.

Aquesta llei podrà, com la catalana, establir limitacions a les facultats dispositives de l'apoderat o, si és el cas, imposar mesures de control de la seva gestió i, en la mesura que el poderdant les hagi tingudes en consideració en el moment de l'atorgament, s'han de respectar durant la vigència del poder. Precisament per això és important la llei de l'atorgament, perquè determinarà les regles del joc del poder preventiu i, **com que el poderdant ja no podrà canviar-les, caldrà tractar de mantenir-les quan sigui possible, perquè són les que va tenir en ment a l'hora d'atorgar el poder.** Però com que també és cert que som davant una institució quasitular i, amb vista a salvaguardar els interessos del poderdant discapacitat, aquesta llei



del lloc de l'atorgament es pot veure modificada per la llei del lloc en què es volen exercir les facultats representatives, ja que els operadors jurídics veuran amb recel, per exemple, que l'apoderat no necessiti l'autorització judicial per a actes de disposició si així ho exigeix la llei al seu territori.

Com ja he apuntat abans, no entenc que l'Estat espanyol no hagi subscrit el Conveni sobre la protecció internacional dels adults, a diferència del conveni de 19 d'octubre de 1996 relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement, l'execució i la cooperació en matèria de responsabilitat parental i de mesures de protecció dels infants.

El cert és que, en la recent reunió de la Conferència, celebrada a finals de gener d'aquest any, es va constatar el nombre relativament escàs de països que han ratificat el Conveni sobre la protecció dels adults ja que, dels gairebé cent països membres, els adherits no arriben al 20%, encara que, entre aquests, la majoria europeus. Per això, ja s'està plantejant que el Parlament Europeu prengui un seguit d'iniciatives legislatives per regular, si més no en l'àmbit europeu, la protecció dels adults. **Em consta que la Comissió d'Afers Jurídics del Parlament Europeu (JURI) presentarà aviat l'esborrany de l'Instrument ELI sobre la protecció d'adults en situacions internacionals.**

A continuació, veurem que l'autorització judicial, exigida per alguns ordenaments, crea també altres problemes de Dret internacional privat i al nostre país, a més, de Dret interregional.

Tercer: poders atorgats de conformitat amb una legislació estrangera que no preveu l'autorització judicial per a actes de disposició. Amb caràcter general, ja ho he defensat abans, quan hem tractat el dret transitori, el poderdant, en el moment d'atorgar el poder, ha tingut present mentalment la regulació legal a la qual se sotmet i, si la llei que presideix l'atorgament no preveu casos d'autorització especial, si ell no els ha imposat voluntàriament, és perquè vol que l'apoderat actuï lliurement. En conseqüència, no li seran aplicables les limitacions del nostre article 222-43 CCCat, encara que no es digui res sobre això al poder.

Haurem d'esbrinar si, com passa en el CCCat, l'omissió de manifestació del

poderdant respecte de determinats actes implica la necessitat d'una autorització complementària. En canvi, si la llei de l'atorgant no imposa limitacions a l'actuació de l'apoderat no podrem oposar-hi el 222-43 CCCat i, per tant, podrà actuar lliurement sense necessitat d'autorització judicial.

Un tema purament notarial i en el qual no m'estendré aquí⁽⁵⁾ és el de l'equivalència a Espanya dels poders atorgats a l'estranger. En la legislació francesa, per exemple, el mandat de protecció futura admet dues modalitats amb una forma i contingut diferents: la del poder notarial (*mandat notarié*) i la del mandat sota signatura privada (*mandat sous seing privé*). Aquest últim també ha d'estar signat pel lletrat assessor del mandant i només pot incloure actes d'administració, i les dues classes de mandat s'han d'inscriure en el registre especial de "Mandats de protecció futura". Doncs bé, només el primer, el *mandat notarié*, pot ser considerat equivalent a Espanya.

Una altra consideració important és la competència judicial. O sigui, partint de la hipòtesi que sigui necessària l'autorització judicial, ¿és competent el jutge del lloc on se celebrarà l'acte subjecte a autorització o el jutge corresponent al lloc de la residència del poderdant discapacitat?

Una altra consideració important és la competència judicial. O sigui, partint de la hipòtesi que sigui necessària l'autorització judicial, ¿és competent el jutge del lloc on se celebrarà l'acte subjecte a autorització o el jutge corresponent al lloc de la residència del poderdant discapacitat? Per mi, la resposta és clara, el jutge de la residència de l'incapaç és el competent per naturalesa, encara que siguem davant un acte que s'hagi de celebrar en un lloc diferent. A més, el criteri de la immediatesa és, com hem vist, el que impera en la legislació internacional que prioritza la residència davant la nacionalitat.

Després d'aquestes dues consideracions prèvies de caràcter general convé que vegem els diferents supòsits.

Quart: poders preventius atorgats a Espanya per estrangers. Hem de distingir dos supòsits: el primer, que sigui resident al nostre país i, el segon, que no sigui resident. Als nostres efectes, la residència i nacionalitat de l'apoderat és indiferent.

a) **Si l'estranger és resident**, hi ha força arguments legals i lògics per fer valer el criteri de la residència. Tots els convenis de la Conferència de Dret Internacional Privat de la Haia i els reglaments del Tractat de Roma van en la direcció de donar preferència, a falta de sotmetiment exprés, a la residència, més que a la nacionalitat. Com he apuntat, el mateix Codi civil declara que la llei aplicable a la protecció de les persones majors d'edat és la llei de la residència habitual (article 9.6 CC). En aquest sentit, el poder preventiu l'ha d'atorgar d'acord amb l'article 1.732 CC o amb el 222-2 CCCat, segons sigui la seva residència.

Els béns del poderdant que l'apoderat hagi d'administrar han d'estar situats normalment en l'entorn d'aquesta residència. És la solució que imposa la lògica i el Notari que autoritzi el poder preventiu de l'estranger resident no solament ha de preveure l'existència de béns en diferents territoris del nostre país, sinó que també ha d'indagar sobre la llei personal del poderdant per tal que, si hi hagués béns a l'estranger, es compleixin també les previsions exigides per la seva legislació personal.

b) **Si l'estranger no és resident**, la investigació de la llei personal de l'atorgant es fa absolutament necessària, fins i tot la de la seva residència habitual. L'atorgant pot tenir béns aquí i, encara que al seu país hagi atorgat uns poders preventius d'acord amb la seva llei personal o la de la seva residència habitual, per evitar problemes pot voler designar un apoderat proper als béns que ha d'administrar que conegui les nostres lleis. **Evidentment, es poden atorgar diversos poders, preventius especials, cadascun amb el seu objecte particular**, que poden ser, com en el cas plantejat, els béns situats en un territori determinat. En aquest cas, l'atorgant quedarà subjecte a l'article 1.732 CC. Però, i si els béns són a Catalunya? S'ha d'imposar de nou la lògica i el Notari que autoritzi ha de preveure que hi hagi o hi pugui haver en el futur béns a Catalunya o en un altre territori espanyol.

En aquest cas, la informació que s'ha de donar a l'atorgant és que, davant una diversitat normativa com la nostra, s'ha de procurar cobrir el més ampli espectre mitjançant la redacció del poder de forma clara i completa.

I si això no ha estat així? **Si l'estranger no resident ha atorgat poders d'acord amb l'article 1.732 CC i, arribat el moment, l'apoderat ha de vendre un immoble a Catalunya**, li és exigible l'autorització judicial? *Prima facie*, la resposta hauria de ser negativa. El no resident no queda subjecte a la legislació catalana i ha atorgat uns poders d'acord amb la llei espanyola comuna. Però, per exemple, es troba incapacitat per la seva llei personal, l'immoble és a Catalunya i els poders es van atorgar d'acord amb el Codi civil espanyol. Un problema difícil de resoldre si no és amb un enfocament estrictament lògic. L'atorgant va atorgar un poder vàlid a Espanya de conformitat amb l'article 1.732 CC que permet a l'apoderat, com a representant de l'incapaç, vendre immobles a tot Espanya, excepte a Catalunya? La resposta ha de ser meditada en vista de les consideracions següents:

Si el poder es va atorgar a Catalunya, l'assessorament previ inclourà l'advertència sobre les limitacions a la facultat de disposar de l'apoderat i el problema quedarà resolt en redactar el poder. En aquest cas, quan el poder es pretengui executar respecte de béns situats fora de Catalunya, caldrà preguntar-se sobre les facultats dispositives de l'apoderat.

Imaginem que el poderdant, a la vista dels articles 222-43 i 222-44 CCCat, considera oportú que quedin limitades les facultats de l'apoderat i no ha exclòs expressament l'autorització judicial. Si aquest poder s'ha de fer valer fora, ha de quedar molt clar en el seu text que l'apoderat necessita l'autorització judicial corresponent perquè, si no, ningú no li demanarà en un territori on la llei no l'exigeixi.

Insisteixo en el paper important que advocats i Notaris estem cridats a exercir, en la pràctica, per evitar en la mesura possible situacions com la descrita.

La meua argumentació prova de presentar una problemàtica que necessita un nou criteri legal que uneixi seguretat

jurídica i lògica. Al meu entendre, podem trobar la solució en la **professio iuris** del poderdant en atorgar el poder preventiu, a imatge i semblança del Reglament (UE) n. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un Certificat Successori Europeu, que permet al testador escollir la llei aplicable a la seva successió, sigui quin sigui el lloc on es trobin els béns hereditaris i la seva nacionalitat o residència en el moment de la seva mort.

Si el poder es va atorgar a Catalunya, l'assessorament previ inclourà l'advertència sobre les limitacions a la facultat de disposar de l'apoderat i el problema quedarà resolt en redactar el poder. En aquest cas, quan el poder es pretengui executar respecte de béns situats fora de Catalunya, caldrà preguntar-se sobre les facultats dispositives de l'apoderat

D'aquesta manera, el poderdant podria escollir, en atorgar un poder preventiu, la llei a la qual se sotmet, que podria ser la llei de la nacionalitat, la de la seva residència habitual o la del lloc on es trobi la major part del seu patrimoni com abans he apuntat en defensar la necessitat de ratificació per part d'Espanya del Conveni de la Haia sobre protecció internacional dels adults.

Un jubilat francès pot tenir la seva residència a Mallorca, però el seu patrimoni a Alemanya, on previsiblement l'apoderat exercirà la seva major activitat, d'acord amb quina llei ha d'atorgar el poder preventiu?

Una solució seria que atorgués dos poders preventius amb àmbit territorial diferent: l'un aquí, d'acord amb la llei espanyola i l'altre a Alemanya. Però tampoc no es pot descartar la possibilitat d'integrar les dues legislacions, atorgant un poder preventiu que prevegi els requeriments de cada ordenament. Aquest és el principi

d'integració legislativa que defenso per al poder preventiu i que ens servirà tant en Dret internacional privat com en Dret interregional, com veurem a continuació.

Tot el que s'ha dit fins aquí serveix, en part, per afrontar el problema des de la perspectiva del dret interregional.

Cinquè: dret interregional. Considerant que el poder preventiu es troba admès a tot l'Estat espanyol, el més important és que el contingut que se li doni s'adapti tant a l'article 1.732 CC com a l'article 222-2 CCCat, el 109 del Codi Foral d'Aragó i qualsevol altre precepte que es pugui adoptar en el futur sobre la matèria. I per això només hi ha una regla: **REGULACIÓ COMPLETA. Els poders preventius han de dir el que se n'espera, la regulació d'una tutela privada completa, a la mida del poderdant, que prevegi tots els aspectes amb claredat.**

Així ho farem saber els professionals, advocats i Notaris: per exemple, si aconsellem un català o resident a Catalunya, li farem saber el contingut de la nostra llei i li explicarem que, si en el poder només hi ha el nomenament de l'apoderat, aquest quedarà subjecte a l'autorització judicial llevat de dispensa expressa... que si es vol fer valer fora de Catalunya potser no se li exigeixi... Aleshores, amb criteri informat, el poderdant podrà decidir si vol exonerar l'apoderat de les limitacions del tutor o si vol que l'afectin aquestes limitacions en l'exercici del poder. Però, en tot cas, val la pena fer-ho constar expressament, tant si decideix una cosa com l'altra. Pensem que aquests poders es poden arribar a utilitzar a l'estranger i, per tant, val més que la voluntat del poderdant quedi ben expressada per evitar conflictes d'interpretació.

Plantegem el cas contrari. Aconsellem un poderdant de veïnatge civil comú o resident fora de Catalunya subjecte a l'article 1.732 CC. En aquest cas, també és preferible que quedi ben clar el que el poderdant vol realment, ja que l'article 1.732 CC no impedeix que el poderdant estableixi les limitacions que consideri oportunes com, per exemple, sotmetre a l'autorització judicial, o d'un tercer, els mateixos actes per als quals el tutor la necessita.

El que és important és que la voluntat del poderdant quedi ben clara, expressant en



el poder el règim d'actuació de l'apoderat, amb o sense limitacions. Això farà que no hi hagi problemes, tant si el poder s'utilitza a Catalunya com a fora, i tant si el poderdant conserva el seu veïnatge com si el canvia.

La idea és la mateixa que defensava quan ens plantejàvem el problema del dret intertemporal respecte dels poders fets amb anterioritat a l'entrada en vigor de l'article 222-2 CCCat. La voluntat del poderdant en el moment d'atorgar el poder, igual que la voluntat del testador en atorgar el testament, és la que ha de prevaler per sobre de tota discussió.

Pel que fa al possible canvi de veïnatge civil del poderdant, queda clar que en l'atorgament del poder s'ha de tenir en compte el veïnatge civil del poderdant. Ara bé, un cop atorgat el poder, el canvi de veïnatge del poderdant no s'ha de tenir en compte, sobretot si pensem que el poderdant es pot haver incapacitat gradualment en el transcurs del temps de residència necessari per guanyar el nou veïnatge civil automàticament.

Pensar d'una altra manera seria absurd. Un cop autoritzat el poder, el seu contingut ha de ser interpretat i executat segons la llei sota la qual es va atorgar, encara que canviï el veïnatge civil del poderdant perquè aquest, en el moment que ho va fer, va tenir en consideració la regulació sota la qual s'atorgava i es va pronunciar d'una manera o altra, en tots els seus aspectes, sobretot en aquells respecte dels quals la llei imposa una norma limitadora.

En la pràctica tindrem el problema que els veïnatges civils no es certifiquen, sinó que es manifesten per l'interessat o per l'apoderat que, fent ús del poder, afirma que el poder el va atorgar el seu representant de conformitat amb l'article 1.732 CC o 222-2 CCCat en funció del seu veïnatge civil o residència en el moment de l'atorgament. Aquesta manifestació de l'apoderat, relativa al veïnatge civil del poderdant, em sembla insuficient i, com a criteri, insegur.

Igual que el Dret internacional privat, defenso aquí la *professio iuris*, és a dir, la facultat del poderdant de decidir dins el nostre Estat la normativa a la qual ha de quedar subjecte el poder, fent constar que l'atorga d'acord amb el seu veïnatge



civil o la seva residència o el lloc on es trobin situats els béns a què es refereix.

He d'insistir en dos punts importants. El primer és que el poderdant –i jo ho aconsello– pot atorgar diversos poders, adaptant cada poder a la legislació del lloc on hagi de tenir efecte. El segon, és que el poder ha de ser al més complet possible, incloses les instruccions a l'apoderat, les mesures de control, les limitacions i les prohibicions, la forma de retre comptes, com també les possibles substitucions o facultats de delegació. És a dir, que per ell mateix sigui una guia d'actuació per a l'apoderat i per als tercers amb qui contracta.

TERCER PARADIGMA: EL PODERDANT PODRÀ CONFERIR TOTES LES FACULTATS DELEGABLES LEGALMENT

No entraré aquí en la diatriba jurisprudencial i doctrinal sobre el poder general i la seva diferència amb el poder concebut en termes generals, ni en les diferents postures del Tribunal Suprem i la nostra Direcció General. Ja he escrit molt sobre aquests temes ⁽⁶⁾, però el que pretenc és conscienciar aquí que, en un poder preventiu general, la pregunta que l'interpret s'ha de fer no és què pot fer l'apoderat sinó, a l'inrevés, què no pot fer.

No puc deixar de portar a col·lació una penosa experiència amb l'assessoria jurídica d'una important entitat de crèdit. Vaig autoritzar uns anys enrere un poder

general amb clàusula de continuïtat per al cas de discapacitat, establint que les facultats del poderdant s'estenien a tot el que era delegable legalment i que, a títol enunciatiu, però no amb caràcter limitatiu sinó d'exemple, es transcrivien totes les facultats que solem transcriure els Notaris en els poders generals, que s'estenien fins i tot a la disposició de l'habitatge habitual, autocontractació, multirepresentació o contraposició d'interessos i s'exoneraven, en tot cas, de l'autorització judicial en actes de disposició. Doncs bé, el director de l'oficina i després l'assessoria jurídica van negar accés a l'apoderat a la caixa de seguretat on el poderdant guardava els documents que acreditaven les titularitats patrimonials que l'apoderat havia d'administrar. En el cas d'un poder ordinari, en el qual el poderdant conserva les seves facultats, potser n'hi hauria hagut prou amb una trucada de l'interessat al director de l'oficina, però en trobar-se ja amb un Alzheimer avançat, l'entitat negava l'accés a l'apoderat malgrat tenir la clau perquè en el text del poder no figurava expressament l'expressió "obrir caixes de seguretat". Vaig haver de fer un dictamen sobre el tema com a expert, segons aquesta assessoria, al menys això sí que m'ho van reconèixer, acompanyat de les meves publicacions perquè l'apoderat pogués tenir coneixement de la documentació que s'hi guardava.

La nova llei hauria d'autoritzar que el poderdant pugui delegar, amb caràcter general, a l'apoderat **totes les facultats**



delegables legalment, tant personals com patrimonials, fins i tot aquelles per a les quals la llei exigeix mandat exprés, exceptuant només les facultats en què, en requerir-se l'expressió de totes les circumstàncies de l'acte, el representant és solament un transmissor de la voluntat manifestada prèviament pel mandant, com també les que aquest hagués exclòs expressament. Els límits els posa la persona, no els imposa la llei, d'aquesta manera evitariem la interminable enumeració de facultats, entre les quals sempre falta la que es necessita, i els vaivens jurisprudencials amb els poders generals ⁽⁷⁾.

La veritat és que després de l'escandalosa sentència del TS de 6 de novembre de 2013 (RJ 2013/7261), en la qual es va arribar a dir que l'article 1.713 paràgraf segon CC exigeix mandat exprés o específic per a actes de disposició (acte de rigorós domini, FD 6è), van ploure una allau de crítiques, entre aquestes la meua, i resolucions de la Direcció General com la del 25 d'octubre de 2016 (BOE A-2016-10823) i d'altres en què s'aclareix que el "*mandat exprés*" és el concedit per a determinats tipus d'actes, els de rigorós domini; i, el "*mandat concebut en termes generals*" serà el concedit per als actes de mera administració. Però aquesta classificació no s'ha de confondre amb la del "*mandat general*" o "*especial*" que preveu l'article 1.712 CC, ja que **un mandat concebut en termes generals pot ser especial si abasta només una part de l'esfera negocial del mandant o pot ser general si s'estén a tots**

els negocis del mandant. I, en canvi, un mandat exprés, atorgat en el sentit de l'article 1.713 CC per dur a terme actes de rigorós domini, pot ser especial per a determinats actes o general si abasta tots els interessos del mandant. Aquest darrer és el poder general típic notarial.

La sentència recent del TS, de 27 de novembre passat, acull també aquest criteri d'acord no solament amb la lletra de la llei, sinó també amb la lògica. En realitat, la sentència de 2013 obeïa a una jurisprudència d'interessos per donar una solució justa al cas concret, oblidant que hi ha altres mitjans per fer justícia, com és acudir al principi de bona fe i la prohibició de l'abús de dret.

QUART PARADIGMA: CONTINGUT MÍNIM

La nova legislació del poder preventiu ha d'establir una regulació més restrictiva que la del mandat, imposant un contingut mínim que el poderdant determinarà d'acord amb les seves preferències i les seves necessitats.

En la meua altra obra sobre el poder preventiu ja vaig plantejar el que podia ser una possible llei sobre aquesta matèria ⁽⁸⁾. Aquí em referiré i posaré al dia només alguns dels seus aspectes. Així mateix, les idees que es plasmen aquí poden servir també per a entreveure una regulació més àmplia, que podria incloure els acords de suport, atorgats per persona amb una cer-

ta discapacitat per autoregular i organitzar el seu esdevenir vital. La llei, en aquest cas, haurà de preveure els requisits d'atorgament que han de concórrer, segons el grau de discapacitat i les circumstàncies de l'atorgant, per tal que el Notari pugui autoritzar l'acte.

Sens perjudici que, després, la llei o els seus reglaments desenvolupin de forma separada per als poders preventius i els acords de suport els punts que exposarem, el cert és que sempre hi haurà uns denominadors comuns. Per això, ara exposaré primer el que és relatiu al poder preventiu deixant per al final les especialitats que crec s'haurien de tenir en compte per als acords notariais de suport. En tot poder preventiu, la llei hauria d'exigir que el poderdant es pronunciés sobre els punts fonamentals següents, ja que, si el poderdant els ha tingut en compte, podem afirmar que coneix perfectament l'abast del seu atorgament. Desenvoluparé l'exposició formulant el text d'un precepte de *lege ferenda* i comentant-lo a continuació.

Contingut mínim

En tot poder preventiu ha de constar necessàriament:

- 1) *Qualificació del poder de general o especial*
- 2) *Començament de la vigència del poder*
- 3) *Condicions d'exercici. Instruccions*
- 4) *Supervisió*
- 5) *Rendició de comptes. Drets de l'apoderat*
- 6) *Autocontractació i contraposició d'interessos*
- 7) *Sol·licitud de còpies*
- 8) *Substitució i delegació de facultats*
- 9) *Extinció*

En els dos primers apartats s'ha de consignar expressament un contingut específic. En la resta, si el poderdant no en fa una determinació especial, n'hi haurà prou amb l'expressió "sense contingut especial" o una altra d'equivalent.

Comentari: la frase "sense contingut especial" no és innòcua en absolut, ja que la seva conseqüència immediata és l'apli-



cació de les normes del mandat. Per tant, si en l'apartat 6), relatiu a la rendició de comptes, figura "sense contingut especial", l'apoderat quedarà subjecte a l'obligació de retre comptes, si no és al poderdant, ho serà als seus hereus o drethavents, en el seu moment. Si realment el poderdant vol alliberar l'apoderat d'aquesta obligació, ha de fer-ho expressament i amb una frase com la que "l'apoderat no estarà obligat a retre comptes a ningú" o altres com "l'apoderat només respondrà davant la seva pròpia consciència".

1) Qualificació del poder de general o especial

1. El poder preventiu pot ser de caràcter general o especial, segons l'àmbit de les facultats conferides a l'apoderat, i s'ha de qualificar nominativament en cada cas.

2. En general comprèn totes les facultats personals i patrimonials que siguin delegables legalment, llevat d'aquelles que s'hagin exclòs expressament en l'atorgament, per la qual cosa no cal enumerar les facultats de l'apoderat, n'hi ha prou d'esmentar les exceptuades.

3. En el poder especial es relacionaran les facultats atribuïdes a l'apoderat, i es pot circumscriure o no a un negoci o objecte determinat.

4. Es pot atorgar més d'un poder preventiu, dels quals els uns poden ser de caràcter general i els altres, de caràcter especial.

5. En l'atorgament s'ha d'especificar l'existència d'altres poders preventius anteriors per tal que els apoderats es comuniquin entre ells, i ells l'òrgan de supervisió i, si no, l'autoritat judicial, ha de resoldre les controvèrsies entre.

Comentari: per evitar problemes en un poder que el poderdant no podrà aclarir ni complementar, ni si és el cas ratificar les actuacions per l'apoderat, es parteix del principi que el poder qualificat de general s'estén a totes les facultats delegables legalment i només s'exclouen les que així es consignen. Per exemple, l'exclusió de la facultat de fer donacions o la d'avaluar o consolidar tercers de qualsevol forma, etc. He esmentat aquestes facultats perquè són les que normalment no consten en els poders generals típics utilitzats en els formularis notariais.

El poder especial, en canvi, exigeix la determinació de les facultats que s'atorguen a l'apoderat, que no cal que se circumscriguin a un negoci específic. Això, juntament amb el que dèiem del poder general, dona com a resultat la possibilitat que hi hagi diversos poders preventius. Però en el cas de documents diferents és important fer constar l'existència d'un altre d'anterior, com també la seva subsistència, si és el cas. Aquest punt s'ha de verificar mitjançant el Registre de què parlarem després.

1) Començament de la vigència

1. El poderdant pot ordenar que el poder preventiu produeixi efectes des del seu atorgament o bé establir les circumstàncies que en determinaran l'inici de l'eficàcia.

2. En el poder preventiu d'eficàcia immediata l'apoderat ha de manifestar en exercir-lo si el poderdant té capacitat suficient per conèixer l'abast de la seva actuació a l'efecte de determinar si és necessària alguna de les autoritzacions exigides pel poderdant o per la llei, llevat que aquestes s'haguessin suprimit en l'atorgament.

El poder especial, en canvi, exigeix la determinació de les facultats que s'atorguen a l'apoderat, que no cal que se circumscriguin a un negoci específic. Això, juntament amb el que dèiem del poder general, dona com a resultat la possibilitat que hi hagi diversos poders preventius

3. En el poder preventiu d'eficàcia diferida, l'apoderat ha d'acreditar la seva vigència amb document fefaent del qual resultin complertes les circumstàncies establertes pel poderdant. En el cas de no haver-se previst especialment, s'ha d'entendre autoritzat el mateix apoderat per fixar l'inici de la seva comesa per la discapacitat del poderdant, que haurà de manifestar expressament sota pena de falsedat.

Comentari: en aquest precepte es preveuen les dues classes típiques de poder preventiu: el poder amb clàusula de continuïtat, vigent des de l'atorgament, i el poder preventiu pur o *ad cautelam*. Jo prefereixo utilitzar una terminologia nova: poder preventiu d'eficàcia immediata i

d'eficàcia diferida, ja que tots dos queden subjectes a la nova normativa.

En el poder amb clàusula de continuïtat, el poderdant pot establir una sèrie de condicions o de limitacions a l'apoderat que l'afectaran **únicament** quan ho exerceixi, i el poderdant sigui incapaç d'exercir el control de l'apoderat. Això és el normal en la pràctica, es dona el poder perquè, des del seu atorgament, l'apoderat pugui representar el poderdant, però mentre aquest sigui capaç no cal que l'afectin les limitacions legals o voluntàries establertes. D'aquí l'exigència que en exercir el poder l'apoderat s'hagi de manifestar respecte de la capacitat del poderdant. Això no obstant, en el cas que s'hagi exclòs expressament qualsevol tipus d'autorització, ja no serà necessària la manifestació sobre això.

Finalment, el precepte admet que sigui el mateix apoderat el qui, apreciament per ell mateix les circumstàncies del poderdant, en decideixi emprendre la representació. Si cal proposar un criteri sobre això, m'inclino pel moment a partir del qual el poderdant no pugui analitzar i avaluar la seva problemàtica patrimonial i, per tant, no sigui capaç d'adoptar decisions congruents i convenients per conservar-lo. Si l'apoderat comença a exercir com a tal, el poderdant sempre podrà, si encara es considera capaç, modificar el poder i ordenar el que més convingui als seus interessos.

1) Condicions d'exercici

1. El poderdant pot condicionar l'exercici de determinades facultats a uns requisits previs o posteriors com la taxació, l'autorització del supervisor, la comunicació posterior a aquest, o qualsevol altra fórmula que consideri convenient.

2. Si no s'estableix un sistema propi, els actes d'administració extraordinària o de disposició sobre béns immobles requeriran l'autorització del supervisor, llevat que no s'hagi nomenat o se n'exclouï expressament la intervenció.

Comentari: aquest article tracta d'afavorir la creació d'un sistema propi de control dels actes d'administració extraordinària per tal que no quedi com a clàusula d'estil en tots els poders preventius l'exoneració de l'autorització judicial, que és exigible als tutors.

Estic en contra que l'apoderat pugui exercir el seu càrrec sense cap tipus de limitació o de supervisió. Les limitacions exigeixen que algú les supervisi i el supervisor pressuposa que hi hagi limitacions de supervisar. Si es vol facilitar al màxim la tasca de l'apoderat, les limitacions es poden reduir a una rendició de comptes anual, però no està de més que, per a determinats actes de disposició sobre immobles o béns de valor extraordinari, hi hagi una intervenció prèvia o posterior, si es prefereix una simple comunicació al supervisor que, ateses les circumstàncies del cas, ha d'adoptar les mesures necessàries si no considera adequada l'actuació de l'apoderat.

També, si no es pensa en un supervisor, el poderdant podria establir un sistema d'autorització similar al que permet l'article 236-30 CCCat per als pares que exerceixen la potestat parental, en virtut del qual es pot substituir l'autorització judicial pel consentiment dels dos parents més pròxims del fill, un per cada línia paterna i materna.

És a dir, si el poderdant no considera necessari establir un òrgan de supervisió permanent, pot conferir l'autorització de determinats actes de disposició a una persona o diverses persones designades a aquest efecte, fins i tot a una institució tutelar o una altra entitat similar. Per mi el més important és desjudicialitzar el poder preventiu.

1) Supervisió

1. *El poderdant pot nomenar supervisor de l'actuació de l'apoderat a una persona física o jurídica o a un consell constituït a l'efecte, amb les facultats de control que se li assignen.*

2. *En el cas que es nomeni, però no se'n determinin les funcions, s'entén que són l'autorització d'actes d'administració extraordinaris i de disposició d'immobles, com també la rendició anual de comptes.*

3. *En el cas del consell supervisor, el poderdant ha d'establir les regles per les quals s'ha de regir la presa de decisions, com també la possible substitució dels seus membres en el cas de cessament d'algun per qualsevol causa. Si no es produeix aquesta previsió ha de regir el principi de majories, i correspon a l'autoritat judicial decidir en cas d'empat.*

4. *En acta notarial s'han de fer constar les decisions del supervisor que siguin necessàries per legitimar l'actuació de l'apoderat o que n'afectin la seva continuïtat o substitució en el càrrec.*

Comentari: aquesta norma no deixa de ser un complement necessari de l'anterior i s'inspira en el consell de família o el consell de tutela, que alguns ordenaments preveuen per a la tutela.

En el cas de nomenar un supervisor, les seves funcions normals han de ser la d'autoritzar l'apoderat per a actes de disposició d'immobles, com també verificar la rendició de comptes i tot allò que el poderdant consideri convenient. Pot ser que la seva funció es redueixi a una simple informació de l'actuació de l'apoderat, però sense una actuació decisòria, és a dir, de simple vigilància per tal que, en el cas necessari, es pugui requerir la intervenció judicial. A l'altre extrem també hi ha la possibilitat que s'atribueixi al consell la facultat de decidir sobre el moment en què un apoderat ha de ser substituït per un altre, segons les previsions del poderdant o la mateixa revocació del poder.

L'important és que el poderdant pot, segons la seva idiosincràsia, la seva particular manera de gestionar el seu patrimoni, la importància d'aquest i, per què no, la composició de la seva família o persones properes a ell, conformar de la manera que vulgui aquest òrgan de supervisió, ja que com he dit al principi, és un apoderat més, amb tota l'amplitud que això implica, fins i tot que el mateix supervisor sigui facultat per nomenar el seu substitut com a supervisor si arriba a donar-se el cas

És a dir, el supervisor és també un apoderat preventiu del poderdant, però les seves facultats més que executives són de control. Ja he apuntat amb anterioritat les diverses formes que pot revestir el nomenament del supervisor. Personalment prefereixo, quan és possible, la designació d'un consell de família format almenys per tres persones, cadascuna de les quals al

seu torn és substituïda del primer apoderat per al cas d'extingir-se, i serà primer substituït la persona de menys edat i els altres continuaran exercint el càrrec com a membres del consell de supervisió del poder preventiu i així successivament si arriba el cas que sigui necessària una nova substitució.

Així mateix és possible el cas que es nomeni un sol substituït a l'apoderat i que aquest, mentre no substitueixi el primer nomenat, exerceixi com a supervisor.

L'important és que el poderdant pot, segons la seva idiosincràsia, la seva particular manera de gestionar el seu patrimoni, la importància d'aquest i, per què no, la composició de la seva família o persones properes a ell, conformar de la manera que vulgui aquest òrgan de supervisió, ja que com he dit al principi, és un apoderat més, amb tota l'amplitud que això implica, fins i tot que el mateix supervisor sigui facultat per nomenar el seu substitut com a supervisor si arriba a donar-se el cas.

1) Rendició de comptes i drets de l'apoderat

1. *El poderdant pot establir que, regularment, l'apoderat reti comptes al supervisor o a una altra persona o entitat designada a aquest efecte, que en el cas de desaprovació s'entendrà amb legitimació per interposar les accions oportunes, sens perjudici, fins i tot, de revocar el poder si el poderdant així ho hagués disposat.*

2. *En tot cas en extingir-se el poder l'apoderat ha de procedir a una rendició final de comptes. Si és per defunció del poderdant, als seus hereus, i si és per una altra causa, al supervisor o, si no, a l'apoderat general si el poder fos especial, o bé al nou apoderat si n'hi ha i, a falta de tots aquests, al tutor nomenat a l'efecte.*

3. *Si la causa fos la mort de l'apoderat, els seus hereus seran els obligats a la rendició final de comptes.*

4. *El termini per a la rendició final de comptes no pot ser inferior als sis mesos ni superior als dos anys i l'acció per exigir-la prescriu als quatre anys, tot això a comptar des del cessament de l'apoderat.*

5. *A l'apoderat li és exigible que hagi portat a terme la seva gestió amb la mateixa diligència que aplica als seus propis assumptes.*

tes i només si el poderdant ho ha disposat expressament se li reconeixerà una retribució en la forma i la quantia establertes.

6. Les quantitats acreditades a favor del poderdant o de l'apoderat, només podran reportar com a màxim el doble de l'interès legal dels diners, que es computarà des de l'extinció del poder.

Comentari: en la rendició regular de comptes, continua imperant el principi voluntarista, però no així en la rendició final, en la qual no són ja, només, els interessos del poderdant els que s'han de protegir, sinó també els dels seus successors. En la majoria dels casos, el poder preventiu s'extingirà per la mort del poderdant i l'apoderat o apoderats preventius seran també els hereus d'aquest, de manera que no hi haurà cap problema. Però en els altres supòsits d'extinció per causa diferent de la mort del poderdant, cobra una importància especial aclarir quin ha estat el resultat de la gestió de l'apoderat, ja que al poderdant discapacitat li poden quedar molts anys de vida i si els seus interessos han estat malmesos algú haurà de respondre'n: el mateix apoderat o els seus hereus.

Sens dubte la imposició de la rendició final de comptes és una qüestió de política legislativa. Per la meua experiència, la rendició regular de comptes no és necessària en la majoria dels casos, a més no deixa de ser un tràmit que es pot maquillar fàcilment mitjançant valoracions o dades fictícies. En canvi, la rendició final de comptes se'm fa imprescindible per assegurar la serietat i la confiança que la institució ha de generar.

El poderdant pot regular la intensitat en la fiscalització de la rendició de comptes, ordenant, per exemple, que sigui intervinguda per un actuari, com si es tractés de la comptabilitat d'una companyia. També pot disposar que la rendició de comptes sigui simplement presentada al supervisor amb un inventari final del qual resulti el patrimoni final i que aquest és raonablement equivalent a l'inicial, menys les despeses que hi ha hagut durant la vigència del poder.

Pensant que l'apoderat no sigui un professional, el text li reconeix una retribució en la forma i la quantia que el poderdant decideixi, que pot ser en espècie, com el dret a viure en l'habitatge del poderdant sense contribuir a les despeses d'aquesta,



ni als consums ordinaris d'alimentació, cures mèdiques, etc. També pot ser un professional, com una institució tutelar, en aquest cas, n'hi ha prou que el poderdant reconegui a l'apoderat el dret a cobrar els seus honoraris en la forma ordinària. A canvi, li és exigible en la gestió de l'apoderat que, com a mínim, l'hagi dut a terme amb la mateixa diligència que aplica als seus propis assumptes. Evidentment, si es tracta d'un professional la diligència exigible serà màxima.

1) Autocontractació i contraposició d'interessos.

1. *El poderdant pot salvar l'autocontractació o la contraposició d'interessos amb caràcter general, però ho ha de fer especialment si es tracta d'actes de disposició d'immobles a títol gratuït, de condonar o consolidar deutes del mateix apoderat o a favor del seu cònjuge, parella o parents en línia recta i col·laterals fins al quart grau.*

2. *Si no hi ha manifestació del poderdant en aquest sentit, però ha nomenat supervisor, aquest és a qui correspondrà autoritzar l'acte.*

3. *Si no hi ha supervisor o si aquest no presta la seva autorització, l'apoderat pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un defensor judicial que autoritzi l'acte.*

Comentari: amb la redacció d'aquest precepte que exigeix un pronunciament concret sobre els supòsits més conflictius,

es pretén conscienciar encara més el poderdant i l'apoderat de la transcendència del poder preventiu, obligant el poderdant a fer un exercici racional sobre les conseqüències d'aquest amb la reflexió sobre cada aspecte per tal de donar la resposta més adequada a les seves circumstàncies personals previsible, sense oblidar tampoc les que puguin afectar l'apoderat.

El fet que en el poder hagi de figurar de forma especial els casos enunciats en remarca el caràcter excepcional. Que hagi de salvar especialment l'autocontractació o la contraposició d'interessos en aquests casos, no vol dir que el poderdant hagi de preveure específicament el supòsit. L'expressió es refereix al supòsit, a la hipòtesi genèricament parlant, mentre que l'expressió "específicament" preveu el fet concret amb totes les seves circumstàncies.

Torna a sorgir la figura del supervisor en el cas que l'autocontractació o la contraposició d'interessos no estiguin previstos per al supòsit que es planteja. En aquesta hipòtesi correspon al supervisor atorgar l'autorització a l'apoderat, si n'hi ha, però sinó només queda el remei d'acudir al nomenament d'un defensor judicial, que és el que tractarem sempre d'evitar.

En la realitat hi pot haver molts casos en què sigui necessari o convenient autocontractar o atorgar un negoci en què l'apoderat actui amb interessos oposats. Per això proposo també la intervenció del supervisor. D'una banda, l'autorització



general per autocontractar em sembla massa perillosa, sobretot per als actes a títol gratuït que, en la pràctica, són els que provoquen la ruïna del poderdant, però també és cert que cal deixar una porta oberta i, si aquesta sortida està vigilada convenientment, no cal que es prohibeixi absolutament.

1) Sol·licitud de còpies

1. *Un cop expedida la primera còpia del poder, no se'n pot expedir una segona, llevat que el poderdant ho hagi autoritzat expressament o que ho ordeni l'autoritat judicial a instància motivada de l'apoderat.*

2. *El poderdant també pot disposar que, per a l'expedició de còpies ulteriors, s'exigeixi l'autorització prèvia del supervisor o d'una altra persona o entitat designada a aquest efecte.*

Comentari: la transcendència formal del poder és tan absoluta que la no-posseïó del document per l'apoderat dona lloc a un supòsit de representació, simplement al·legada però no acreditada, la qual cosa es lliga, a més, amb la possibilitat d'una revocació tàcita, per la simple destrucció del document. En el poder preventiu la representació al·legada i no acreditativa pot comportar el problema que, tot i ser cert que el poder s'ha extraviat, l'obtenció d'una nova còpia origina un problema d'inseguretat temporal greu. Imaginem el cas d'un préstec amb garantia hipotecària, sol·licitat per pagar

les despeses mèdiques del poderdant. Com que la inscripció de la hipoteca és de caràcter constitutiu i, atesa la urgència del cas, la pèrdua de poder pot tenir conseqüències irremeiables. Per això el meu consell és que l'apoderat pugui sol·licitar segones còpies.

En situacions normals, el poderdant ha d'autoritzar en l'atorgament l'expedició de noves còpies del poder, però si la relació amb l'apoderat no és d'absoluta confiança, és convenient limitar l'exigència de l'autorització prèvia que preveu el precepte, a càrrec del supervisor o d'una altra persona designada amb aquesta finalitat. A falta d'aquesta previsió sempre és possible l'expedició per manament judicial, ateses les circumstàncies del cas, però amb la problemàtica temporal que la resolució judicial comporta.

1) Substitucions i delegació de facultats

1. *El quadre de substitucions ordenat pel poderdant ha de ser complert, llevat que circumstàncies sobrevingudes n'aconsellin l'alteració, que el supervisor decidirà i, si no n'hi ha, l'autoritat judicial.*

2. *Encara el poderdant no hagi autoritzat l'apoderat per delegar i sempre que no ho hagi prohibit, l'apoderat pot apoderar un substitut, sempre que el supervisor l'autoritzi i, si no n'hi ha, l'autoritat judicial.*

3. *La substitució per delegació atorgada per l'apoderat s'ha d'extingir en extinguir-se*

el poder d'aquest, llevat que el supervisor o l'autoritat judicial en declari la continuïtat.

4. *L'apoderat ha de respondre sempre de la gestió del substitut, llevat que el dit substitut hagi estat designat pel poderdant en atorgar el poder.*

Comentari: el poderdant pot establir el quadre de substitucions que li convingui, però en realitat els substituïts nomenats per ell, en bona tècnica jurídica, **són apoderats successius. El terme substitut**, en el poder, es refereix al subapoderat nomenat per l'apoderat i que, en realitat, no el substitueix, sinó que actua coadjuvant la tasca de l'apoderat, en depèn i en segueix les seves instruccions, exclusivament, en el cas de poder preventiu.

Per això, el principi, en el poder preventiu, és restrictiu i, només si ho ha autoritzat el poderdant, l'apoderat pot nomenar substitut, igual que es preveu en el Codi català i a diferència del que passa en la regulació del mandat, en el Codi comú, en què es permet, llevat de prohibició del poderdant.

El sistema, que el precepte proposa, es completa a través de la possibilitat de nomenar un substitut, encara que l'apoderat no hi estigui expressament facultat, si s'ha nomenat un supervisor i tots dos es posen d'acord en la seva necessitat i en la persona del substitut.

El precepte preveu també que no hi hagi supervisor o que no arribi a donar la seva autorització per qualsevol causa. És tan important que no hi hagi solució de continuïtat en la representació del poderdant que es preveu el nomenament de substitut per l'apoderat mitjançant autorització del jutge.

1) Extinció

1. *El poder preventiu s'extingeix per la revocació pel poderdant o respecte de l'apoderat pel seu desistiment, mort, declaració de mort, inhabilitat o declaració de concurs, com també la seva extinció si és persona jurídica.*

2. *A més, el poderdant en pot establir d'altres, com la caducitat perquè l'apoderat arriba a una determinada edat o la revocació verificada per tercer o pel supervisor si se'ls ha facultat a aquest efecte.*

3. *Tota clàusula d'irrevocabilitat del poder preventiu es considera no posada, sigui*



quina sigui la causa que es faci constar per justificar-la.

4. La revocació s'ha de notificar fefaentment a l'apoderat, que haurà de lliurar el poder. Així mateix, tot cessament es notificarà al Notari en el protocol del qual es trobi el poder revocat per tal que s'estengui la diligència corresponent.

Comentari: en els punts considerats de contingut essencial del poder preventiu, s'ha destacat el supervisor com el puntal per garantir al poderdant el bon desenvolupament de la gestió de l'apoderat.

La possibilitat que el supervisor pugui revocar el poder és una mostra més de la voluntat de legislador de reforçar aquesta nova figura, que no deixa de ser un altre apoderat amb facultats de control de l'altre.

Es podria argumentar que aquesta finalitat també es pot aconseguir nomenant dos apoderats mancomunats. És cert, però pot ser més convenient que el supervisor quedi al marge de la gestió diària; cal pensar que pot ser una entitat especialitzada destinada a actuar només en els assumptes de més importància i en la rendició de comptes. L'important és que, amb la figura del supervisor, en la mesura del possible, es pot substituir la vigilància que podria fer el mateix poderdant si pogués.

El poderdant pot nomenar diversos apoderats i diversos supervisors successius, de manera que el segon apoderat sigui el supervisor del primer nomenat, i el tercer, el supervisor del segon en el cas que aquest arribi a ser apoderat en cessar com a supervisor pel cessament del primer apoderat, continuant així fins a l'últim.

Cal notar també que la revocació per tercer o pel supervisor no exigeix una causa ni cap justificació. Igual que, si es tractés del mateix poderdant, la simple voluntat de revocar és suficient. Aquest punt de vista es pot discutir i en una llei futura pot ser un altre criteri. Aquí en tinc prou de deixar apuntat la possible col·lisió entre l'apoderat i el supervisor que li revoca el poder. També és cert que, si es tracta dels interessos del poderdant, qualsevol pot acudir a l'autoritat judicial exposant els seus arguments.

Pel que fa a la clàusula de irrevocabilitat, m'he decidit per no admetre-la en cap

cas quan es tracti de poder preventiu. La defensa en el mandat i el mateix text del CCCat la regula, però de lege ferenda m'inclino per negar-hi la possibilitat, ja que en la pràctica només portaria problemes. Si, com dèiem, s'atorga un poder irrevocable que acompanya una dació per pagament de deute i se'n vol reforçar la vigència per al cas d'incapacitació del poderdant, al creditor no li queda més remei que passar per la possible revocació, ja que el que està en joc no són només els seus interessos, que pot defensar per ell mateix, sinó també els d'un discapacitat que no pot fer valer els seus en igualtat de condicions.

L'article que comentem exigeix la notificació fefaent de la revocació de l'apoderat. Aquesta notificació és la que, juntament amb el poder, l'apoderat ha de lliurar al supervisor o a qui li hagi revocat el càrrec, per exemple, el jutge, servirà per a acreditar la possible substitució en el càrrec. És a dir, el substitut del revocat necessita, per exercir el seu càrrec, el document fefaent de revocació i el poder en el qual consta com a substitut. Si l'apoderat es nega a lliurar-lo, sempre es pot acudir a l'autoritat judicial perquè així li ho exigeixi.

El sistema es complementa amb la comunicació de la cessació per revocació o per una altra causa, del primer apoderat al Notari en el protocol del qual es trobi el poder preventiu, per tal que en possibles segones còpies que expedeixi consti l'extinció del **càrrec de l'apoderat de què es tracti**.

Cal destacar que això és així respecte de qualsevol apoderat, fins i tot del supervisor o de qualsevol substitut d'aquest o del primer apoderat.

CINQUÈ PARADIGMA: PUBLICITAT

La nova legislació no pot desaproveitar l'oportunitat d'unificar en l'àmbit nacional, al menys en aquest punt, la publicitat de les mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, però totes, és a dir, tots els suports formals en un únic registre.

En l'avantprojecte de l'Estat es preveu aquesta publicitat a través del Registre Civil, amb caràcter general i, també, en l'àmbit del Registre de la Propietat. Transcriu una part de l'exposició de motius:

"El Registro Civil se convierte en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial. La consulta al registro individual permitirá conocer las medidas preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia".

"En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, para que cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro. De esta manera, los primeros tendrán un elemento decisivo en la calificación de la validez de los actos inscribibles, y los segundos no se verán sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente".

Cal notar també que la revocació per tercer o pel supervisor no exigeix una causa ni cap justificació. Igual que, si es tractés del mateix poderdant, la simple voluntat de revocar és suficient. Aquest punt de vista es pot discutir i en una llei futura pot ser un altre criteri

Rotundament no a dos registres, un, el Civil, per als suports voluntaris i un altre, el de la Propietat, per a les resolucions judicials. Un sol registre per a tot l'Estat, de caràcter informatiu en línia i, si es vol, com a complement, fer constar en el Registre de la Propietat les limitacions a les facultats dispositives de les persones amb discapacitat.

Actualment ja hi ha la possibilitat d'inscriure, al Registre de la Propietat, les autolimitacions, a la facultat de disposar, atorgades en escriptura pública, com va admetre la resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 28 de novembre de 2012 ⁽⁹⁾.

Però és clar, de moment s'inscriuen amb relació a la finca o finques respecte de les quals s'ha sol·licitat. Igualment, les resolucions judicials s'inscriuen en el llibre d'incapacitats, però sempre que algú ho sol·liciti al registre corresponent.

La meua postura és clara: registre *ex novo* i en línia, com l'actual de concursats, exclusivament dedicat a les mesures de suport a la discapacitat que informin, simplement, de la seva existència, data i autoritat davant de qui sigui atorgat. El contingut ja serà conegut per qui hi estigui interessat realment. No és necessari ni ètic publicar un contingut per a curiosos i públic general no interessat directament en contractar amb la persona afectada.

Personalment m'inclino per un model com el peruà que estableix un Registre Nacional de Persones amb Discapacitat que, a més de la informació necessària relativa a les persones amb mesures de suport establertes voluntàriament o judicialment, contenen també uns registres especials relatius a les persones jurídiques o físiques que prestin serveis a persones amb discapacitat ⁽¹⁰⁾.

A Catalunya seria relativament fàcil, ja que hi ha el *Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat i del registre de patrimonis protegits* ⁽¹¹⁾. Aquest registre té caràcter informatiu i en realitat n'hi hauria prou de canviar-li el nom i facilitar l'accés en línia a la informació que conté, ja que només hi consta el tipus de document i Notari autoritzant, però sense que es faci referència al seu contingut. Caldria ampliar els documents que hi tenen accés, amb els acords de suport, tant si són notariaus com judicials. L'apoderat o l'assistent, en contractar amb tercers, haurà d'exhibir el poder o l'acord de suport en virtut del qual actua, i el tercer ha de quedar protegit per aquest fet, sens perjudici, és clar, de la responsabilitat del representant si amb la seva actuació es perjudica el representat.

Aquesta publicitat s'ha d'estendre, com el lector haurà deduït des del principi, a tots els acords de suport atorgats davant Notari o establerts per l'autoritat judicial.

L'ACORD NOTARIAL DE SUPORT

Dins el capítol dedicat a l'assistència, el projecte de bases per a la reforma en ma-

tèria de suport a l'exercici de la capacitat, es preveuen dues vies per al nomenament d'assistent: la notarial i la judicial. El sistema és molt simple, ja que en els suports formals, a part de l'apoderat preventiu, **només es consideren dues figures més, l'assistent i el defensor judicial** si l'assistent i la persona afectada tenen interessos contraposats. **L'assistència notarial és la que es constitueix mitjançant un acord de suport, atorgat per la persona que pot tenir, o no, un cert grau de discapacitat i, en virtut del qual es preveu la intervenció de l'assistent en els àmbits personals o patrimonials i amb el grau d'acompanyament o de representació que s'estableixin.**

D'aquest concepte es desprenen dues coses. En primer lloc, que el contingut de l'acord pot ser molt ampli, però en realitat ens serveix tot el que hem dit en relació amb el poder preventiu, amb alguns matisos que veurem a continuació. En segon lloc, que la diferència essencial amb el poder preventiu és que el poderdant té plenes facultats psíquiques i, per tant, està pensant en el seu futur més o menys proper. En canvi, en l'acord notarial de suport, la persona afectada pot tenir les seves facultats ja minvades, ja que es pretén que només s'hagi d'acudir al nomenament judicial d'assistent quan es tracti de casos en què és impossible arribar a un acord voluntari, bé per la deficiència de l'aptitud de la persona o bé per la seva pròpia negativa, quan això la posi perill, personalment o patrimonialment. Deixo aquest punt de l'aptitud, el més important des del punt de vista notarial, per al final perquè demanaré la col·laboració de tots els lectors per tal que m'aportin el seu punt de vista personal sobre aquest aspecte.

CONTINGUT DE L'ACORD NOTARIAL DE SUPORT

Abans de res, cal destacar que ha de quedar fora l'àmbit sanitari, objecte de regulació especial; em refereixo a tractaments mèdics i internaments, objectes de regulació en la Llei estatal 41/2002, de 14 de novembre, reguladora de l'autonomia del pacient i dels drets i les obligacions en matèria d'informació i de documentació clínica.

A part d'això, el contingut pot ser amplíssim. Pensem en l'assistent la missió del qual és acompanyar en la realització de

determinats actes, però sense condicionar l'acte, fins a l'assistent la representació del qual pot arribar a excloure la possible actuació de la persona assistida, passant per aquells casos en què es tracta de completar la prestació del consentiment, mitjançant una autorització prèvia. Ara bé, el que hem qualificat de contingut mínim de poder preventiu es pot predicar també, amb les adequacions corresponents, a l'acord notarial de suport.

Segons el cas, s'atribuiran a l'assistent unes o altres facultats, a imatge i semblança de l'apoderat en el poder preventiu i, fins i tot, es podria pensar en anar modulant el poder de disposició, segons les diferents fases que la persona, en el seu futur, pugui necessitar, nomenant assistent i atorgant poder preventiu, bé com a mer complement o bé, si és necessari, com a apoderat, representant-lo ⁽¹²⁾. Aquest contingut assistencial marcarà no només les funcions de l'assistent, sinó també els seus deures i les seves obligacions; l'incompliment podrà ser sancionat judicialment a instàncies de qualsevol persona interessada.

Actualment ja hi ha la possibilitat d'inscriure, al Registre de la Propietat, les autolimitacions, a la facultat de disposar, atorgades en escriptura pública, com va admetre la resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de 28 de novembre de 2012

L'assistent, lògicament, hi ha de respondre, igual que l'apoderat, i he de destacar que, a falta de parents o de persones properes, a Catalunya hi ha una àmplia gamma d'entitats tutelars que reben el suport de la Generalitat i que estan fortament professionalitzades amb uns altíssims estàndards ètics ⁽¹³⁾.

L'ASSISTIT, EN L'ACORD NOTARIAL DE SUPORT

L'acord, nomenant un assistent, atorgat per una persona sense cap deficiència psíquica, no planteja cap problema. Pensem, per exemple, en l'atorgat per una persona que té problemes de prodigalitat o per qui té dificultats per entendre tot el conglò-

merat telemàtic que es genera per bancs, companyies de subministraments i altres institucions públiques i privades.

El problema es planteja quan la persona que necessita assistència ho requereix voluntàriament, però ja té una discapacitat que, des d'un punt de vista notarial, ja no es pot qualificar de capacitat suficient.

Sempre he defensat que la capacitat suficient no és un concepte absolut sinó relatiu, pensem que sempre afegim "per a aquest acte". Si la persona que pretén nomenar un assistent es troba acompanyada per professionals experts a avaluar la voluntat i les manifestacions, la funció del Notari es constreny a aixecar acta de les declaracions que es formulin, com també a examinar que s'han complert prèviament els tràmits que la llei exigeix fins a arribar a l'hora de l'atorgament.

En resum, el Notari verifica que s'ha complert un expedient administratiu previ, en el qual s'han establert els requisits perquè pugui formular l'acord de suport. Un exemple d'això el tenim en el document sobre el model català de Planificació de Decisions Anticipades (PDA), que es defineix com un procés deliberatiu i estructurat, mitjançant el qual una persona expressa els seus valors, les seves preferències i els seus desitjos i, d'acord amb aquests, en col·laboració amb el seu entorn afectiu i el seu equip assistencial, formula i planifica com voldria que fos l'atenció que ha de rebre davant una situació de complexitat clínica o malaltia greu que es preveu probable en un termini de temps determinat i relativament curt o en situació de final de vida, especialment en aquelles circumstàncies en què no estigui en condicions de decidir ⁽¹⁴⁾.

Cal tenir en compte que el PDA es desenvolupa en persones que poden tenir, com diu el document esmentat, una competència compromesa o ser parcialment competents, casos en què **són acompanyades per un familiar o representants i pels professionals que els atenen, més els designats a aquest efecte**, per tal d'ajudar la persona a identificar els seus valors i ajudar-lo perquè pugui prendre les seves decisions.

De fet, **el PDA és una forma més d'exercici de l'autonomia de la persona i no individual, sinó participada, quan la competència es troba alterada**, i fa



necessària la intervenció de professionals que avaluin tot això i ajudin a fer que, en un procés dinàmic, flexible i revocable, es pugui arribar al coneixement de la voluntat i les preferències del subjecte, en temes tan importants com la seva salut, el seu sofriment, la seva malaltia, el seu tractament i, en definitiva, la seva vida.

El sistema que proposo per a l'acord notarial de suport es basa en el mateix principi d'exercici de l'autonomia de la voluntat en forma participada en el cas de discapacitat. El gran repte és configurar aquest procés de decisió en què es manifesta la voluntat de la persona necessitada de suport.

El punt de partida seria la valoració del grau de discapacitat per part de l'organisme administratiu competent.

A Catalunya correspon al Departament de Treball, Afers Socials i Família. La valoració de la discapacitat s'expressa en percentatges, per a la qual cosa es té en compte no solament el tipus de malaltia psíquica diagnosticada, sinó també les dificultats de comunicació que presenta la persona, com també els factors socials complementaris relatius a l'entorn familiar, la situació laboral, l'educativa i cultural que puguin dificultar la integració social ⁽¹⁵⁾. S'entén acreditada la condició legal de persona amb discapacitat quan la persona arriba a un percentatge igual o superior al 33 %. Òbviament, en aquest estudi no considerarem la discapacitat física, ja que és irrellevant qualsevol que sigui el seu

grau a l'hora d'atorgar un acord de suport. Aquest 33 % serà el nostre punt de partida; en qualsevol classe de discapacitat física i quan la discapacitat psíquica no arribi al 33 %, el Notari pot autoritzar l'acord que la persona afectada i el seu assistent atorguin, sense perjudici lògicament de les cauteles que, segons el cas concret, siguin pertinents. Els graus de discapacitat constitueixen patrons de referència per a l'assignació de percentatges de discapacitat. Aquests percentatges es determinen d'acord amb els criteris que s'especifiquen a la normativa per a cadascuna de les deficiències. Amb caràcter general, i amb això en tindrem prou aquí per al nostre propòsit, s'estableixen 5 classes:

- Classe I: inclou deficiències permanents que tractades adequadament **no produeixen discapacitat**.
- Classe II: deficiències permanents que originen **una discapacitat lleu**. Hi correspon un percentatge comprès entre l'1 % i el 24 %.
- Classe III: deficiències permanents que originen una **discapacitat moderada**. Hi correspon un percentatge comprès entre el 25 % i el 49 %.
- Classe IV: deficiències permanents que produeixen **una discapacitat greu**. Hi correspon un percentatge entre el 50 % i el 74 %.
- Classe V: deficiències severes que produeixen una **discapacitat molt greu**,

corresponent-hi un percentatge del 75 % o més.

Aquestes classes donen lloc als graus de discapacitat de manera que la discapacitat nul·la és el grau 1, ja que no justifiquen una disminució de la capacitat de la persona per realitzar les activitats de la vida diària (AVD). El grau 2 és la discapacitat lleu que implica algunes dificultats per a les AVD. A la discapacitat moderada se li assigna el grau 3; a la greu, el 4 i, a la molt greu, el 5. A partir d'ara ens referirem als graus de discapacitat per simplificar l'exposició.

Ara suposem que la valoració de la discapacitat és superior a aquest 33 % que ens assenyalava la condició legal de persones amb discapacitat, llavors el sistema que proposo és que, segons el grau, la persona s'ha de trobar acompanyada en el procés de determinació de suport per familiars, professionals o institucions designades a aquest efecte. Ja hem vist com **s'avalua la discapacitat a través d'unes taules que tenen en compte els elements personals esmentats**. Amb la finalitat de concretar l'acompanyament necessari, caldria introduir un nou element el qual anomenarem **nivell de complexitat patrimonial**, que en té prou amb tres nivells: baix, mitjà i alt. Es tracta de configurar **un grup professional d'ajuda per a l'atorgament d'un acord notarial de suport, sobre la base de dos factors: el grau de discapacitat i el nivell de complexitat patrimonial**.

Així, per exemple, quan la discapacitat sigui superior al 33 %, segons el grau es determinarà la necessitat de participació de determinats parents propers; si falten, o per la seva impossibilitat, l'assistent social o la institució tutelar (assistencial, a partir d'ara) sota la guarda de la qual es troba el subjecte. A mesura que augmenti el grau de discapacitat, s'afegiran professionals de la salut, com ara un psicòleg o un metge psiquiatre. Això pel que fa al grau de discapacitat però, pel que fa al nivell de complexitat patrimonial caldria afegir-hi, segons el nivell, un professional de la gestió. Si és baix, no fa falta ningú, però si és mitjà, caldria afegir-hi un advocat i, si és alt, un economista o un assessor patrimonial o financer. Des d'un punt de vista d'organització informàtica, no és una tasca difícil crear unes taules que tinguin en compte aquests factors econòmics per determinar l'ajuda professional que requereix l'atorgament d'un acord voluntari de suport

per nomenar i configurar, segons cada cas concret, l'assistència que necessita la persona amb un cert grau de discapacitat.

Abordarem una altra qüestió important que és **com es nomenen aquests professionals**. Proposo un sistema que assegurí que, a més de ser experts en les seves respectives branques professionals, tinguin acreditada una competència específica en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica.

Aquests coneixements es poden adquirir mitjançant l'organització de cursos al mateix Departament de Treball o a la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques que en podrien delegar també la realització als col·legis professionals implicats. És una cosa semblant al que succeeix en el camp de la mediació. A Catalunya, les parts en conflicte poden designar de comú acord la persona mediadora entre les inscrites al Registre General del Centre de Mediació de Catalunya. Són els mediadors certificats, igual que podrien ser-ho, en el cas dels suports a l'exercici de la capacitat, els que podríem anomenar **assessors o consellers en acords de suport**.

Amb un sistema com el proposat, el Notari podria abordar l'atorgament de l'acta notarial, en la qual es recollirien les manifestacions de l'assistent i els professionals que l'acompanyen, en la qual el Notari, insisteixo, es limiti a verificar la legalitat del procediment que s'ha seguit fins al moment, i a autoritzar el nomenament d'assistent, a assessorar tots els intervinents sobre les seves obligacions i responsabilitats, a remetre als registres i a les entitats competents els comunicats corresponents per a la inscripció, com també les comunicacions a altres Notaris en el cas de modificació o de revocació.

Crec que es podria arribar fins al grau 5, o sigui, exclouria de l'àmbit notarial la discapacitat molt greu (a partir del 75 %) que quedaria en l'àmbit judicial.

Si es pensa que és massa responsabilitat per al Notari, també es podria sotmetre l'acta atorgada a aprovació judicial o d'un organisme administratiu creat *ad hoc*, a manera de Junta d'Avaluació d'Acords Voluntaris de Suport. L'important és descarregar la judicatura de tramitacions perquè es pugui centrar en els casos en què s'abusi o es trepitgin els drets de les persones amb discapacitat.

L'ASSISTENT I LES SEVES FACULTATS. SUPERVISIÓ

L'assistent, igual que l'apoderat, pot ser una persona física o jurídica o, si són diversos, una combinació d'aquestes, exercint el càrrec de forma col·legiada o per separat.

Igual que en els poders, es pot designar un assistent per a l'àmbit personal i un altre per als temes patrimonials, fins i tot per a determinats assumptes, com una empresa en concret.

A falta de familiars, es pot acudir a les que actualment s'anomenen institucions tutelars, a les quals cal anar pensant canviar de nom pel d'institucions assistencials. Fins i tot es podria nomenar una entitat amb ànim de lucre especialitzada en inversions de persones amb discapacitat, que doni prioritat a la seguretat de les inversions per sobre de les rendibilitats.

Amb un sistema com el proposat, el Notari podria abordar l'atorgament de l'acta notarial, en la qual es recollirien les manifestacions de l'assistent i els professionals que l'acompanyen, en la qual el Notari, insisteixo, es limiti a verificar la legalitat del procediment que s'ha seguit fins al moment, i a autoritzar el nomenament d'assistent, a assessorar tots els intervinents sobre les seves obligacions i responsabilitats, a remetre als registres i a les entitats competents els comunicats corresponents per a la inscripció, com també les comunicacions a altres Notaris en el cas de modificació o de revocació

Sens perjudici que l'assistent pot tenir unes facultats limitades a l'acompanyament, és a dir no representatives, a la resta se li pot aplicar tot el que s'ha exposat anteriorment per a l'apoderat. Les seves facultats podrien ser tan àmplies, restringides o condicionades com s'acordi, i han de figurar les instruccions amb tot el detall possible per tal que siguin oposables a tercer. En realitat, aquesta acta notarial serà el vehicle a través del qual es desenvolupa



parà l'activitat del mateix assistent i la del seu assistent i, per tant, la necessitat, com he apuntat, d'un registre informatiu únic, d'accés directe.

Tota aquesta activitat de l'assistent ha de quedar sotmesa a la verificació del supervisor, de la necessitat del qual tant he insistit, remetent-me al que s'ha dit abans, incloent, per descomptat, la rendició de comptes corresponent, temes per mi de regulació obligatòria, tant en els poders preventius com en els acords de suport. Ambdós aspectes poden quedar tancats en el nomenament de supervisor que, per descomptat, pot estar constituït col·legiadament a manera de consell de família i al qual es poden atribuir funcions d'autorització d'actes de disposició o de substitució en el cas d'impossibilitat o de contraposició d'interessos amb l'assistent, però sobretot de fiscalització de la seva activitat. Aquest control s'ha d'exercir de forma habitual, però com a mínim mitjançant una revisió anual del resultat de la gestió realitzada ⁽¹⁶⁾.

CONCLUSIÓ I PETICIÓ

Tant el poder preventiu com l'acord voluntari de suport atorgat davant Notari mereixen una regulació especial, separada del contracte de mandat i fins i tot cada un d'aquests dos modes de suport a l'exercici

de la capacitat jurídica han de tenir la seva reglamentació independent, sens perjudici dels seus elements comuns.

Aquesta legislació està per fer, per això demano als lectors que em facin arribar la seva opinió, en particular sobre el paper del Notari en els acords voluntaris de suport. És una gran aportació que podem fer a la nostra societat i, especialment, a un sector que ens generarà l'agraïment i l'empatia de tota la col·lectivitat, i del qual tots, més tard o més d'hora, ens beneficiarem.

NOTES

- (1) Informe presentat per AFATRAC a la proposta de bases per a la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica.
- (2) Generalitat de Catalunya. Càtedra de cures pal·liatives de la Universitat de Vic. Model català de Planificació de Decisions Anticipades, 2016.
- (3) Font: Institut Nacional d'Estadística, 2019.
- (4) Vegeu la gran paradoxa: VALLS XUFRE, José M., *El Poder Preventivo*. Ed. Tirant Lo Blanc, València, 2018, pàgs. 170 i seg.
- (5) VALLS XUFRE, J.M., *El poder preventivo*, op. cit., pàgs. 104 i segs.
- (6) Vegeu: 1) *El Poder preventivo*, op. cit, pàgs. 68 i segs.

2) VALLS XUFRE, José M. *Poder general vs Poder concebido en términos generales*. Dirección General de los Registros y del Notariado vs Tribunal Supremo, *Revista La Notaría*, 2016, núm. 02-03

- (7) La Sentència TS 642/2019 de 27 de novembre acull el criteri que vaig defensar sobre l'expressió 'general' de l'art. 1.713, que s'ha d'entendre com a mandat concebut en termes generals, que autoritza per a l'administració general dels interessos del poderant a diferència de l'express per a actes de disposició.
- (8) *El poder preventivo*, op. cit., pàgs. 271 i segs.
- (9) *JUS 3040/2012* de 28 novembre DGDEJ.
- (10) Llei general 29.973 de les persones amb discapacitat.
- (11) Decret 30/2012, de 13 de març, DOGC núm. 6088.
- (12) SERRANO DE NICOLAS, Ángel. *Revista La Notaría*, núm. 1, 2018, pàg. 4.
- (13) Així va quedar demostrat en les Jornades *Drets i Suports: transformant la tutela*, 10 novembre 2016.
- (14) Document conceptual. Càtedra Cures Paliatives. Universitat de Vic.
- (15) Reial decret 1971/1999, de 23 de desembre. BOE A-2000-1546.
- (16) Sobre clàusules de control, vegeu: *El poder preventivo*, op. cit., pàgs. 347 i segs.

Noves tecnologies i digitalització de societats en el context COVID-19



Ana Fernández-Tresguerres García

Notària de Madrid

Acadèmica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

I. INTRODUCCIÓ

1. Històricament, les pandèmies han avançat en una generació, si més no, la implementació de processos econòmics i socials que ja es trobaven en marxa a les àrees castigades per la malaltia. En el segle XXI, la pandèmia de la COVID-19 consagrarà, sens dubte, la utilització de les tecnologies digitals i, és esperable, una economia verda.

2. La Unió Europea ja avançava amb ferma abans de l'11 de març (data en què l'OMS va declarar la pandèmia) en el disseny d'una Europa digital i fermament connectada.

Són rellevants en aquest sentit les comunicacions següents: *Europa Digital 2021-2023* ⁽¹⁾ que fixa objectius en diverses polítiques europees; la Comunicació de 19 de febrer de 2020 –*Configurar el futuro digital de Europa*– ⁽²⁾; l'estratègia europea de dades ⁽³⁾ i el llibre blanc sobre la intel·ligència artificial ⁽⁴⁾.

De manera irreversible, l'aposta per la digitalització, per la lluita contra el canvi climàtic i per la transició ecològica s'implementa ara des del confinament en la vida dels ciutadans europeus.

3. Per a l'*Europa Digital*, és especialment rellevant una *Administració electrònica*. La declaració de Tallin de 6 d'octubre de 2017 ⁽⁵⁾, durant la presidència estona, va ser signada pels, llavors, vint-i-vuit Estats membres i els països AELC (Islàndia, Liechtenstein, Noruega i Suïssa) i destaca la importància de la interoperabilitat.

La interoperabilitat és fonamental en la interconnexió dels registres mercantils europeus (sistema BRIS que potencia la Directiva 2019/1151).

L'objectiu per a la Justícia civil el 2021-2020, abans de la pandèmia, ja era aprofundir en la interconnexió dels registres mercantils en l'àmbit de la justícia electrònica i

en els sistemes ADR en línia. Ara, els temps s'acceleraran.

II. RULE OF LAW SOTA LA COVID-19

4. Malgrat la resposta conjunta tardana i limitada de la Unió Europea ⁽⁶⁾, l'activitat societària s'identifica – en l'àmbit del Dret privat – des del principi de la pandèmia com una matèria en la qual cal legislar amb urgència.

5. El 29 d'abril la Comissió va presentar una proposta, mitjançant procediment escrit, sobre mesures temporals relatives a les societats anònimes (SE) i societats cooperatives (SE) europees. Va donar lloc al R. (UE) 2020/669, de 25 de maig.

Aquestes societats són –amb remissions al Dret nacional– objecte de regulació directa de la Unió Europea, establerta en els reglaments (CE) n. 2157/2001 i (CE) n. 1435/2003, dels quals pegen sengles



directives sobre la implicació dels treballadors (Directiva 2001/86/CE i Directiva 2003/72/CE)⁽⁷⁾.

El Reglament (UE) 2020/669, de 25 de maig, estableix l'ampliació a un any, des de sis mesos, el 31 de desembre de 2020 com a màxim, del termini de celebració de la junta general prevista en l'art. 54 d'ambdós textos.

Tot i ser adequat, recorda la seva complexa relació amb el Dret dels Estats membres en aquells temes nacionals que no regulen aquestes *societas europaeae*, com és la responsabilitat dels administradors en preinsolvència (supòsit de l'art. 40.12 del RDL 8/2020, art. 11 del RDL 16/2020; art. 441 a 461 i 700 RDLEG 1/2020) o l'adequació de les normes comptables (Directiva 2006/43/CE).

6. D'altra banda, una enquesta de la Comissió posa de manifest que gairebé tots els Estats membres han legislat amb urgència en la crisi de la COVID-19 en Dret de societats, tant en l'ampliació del termini per a la celebració de les juntes generals, com en la formulació de comptes, l'auditoria i la seva publicitat. Així mateix, es va destacar l'increment de l'ús de noves tecnologies en el funcionament de les juntes generals i l'exercici del dret de vot, en què cal esmentar expressament la utilització d'aquestes tecnologies pel Notari que assisteix a les juntes en alguns ordenaments.

7. A Espanya, com a la resta de països europeus, la utilització de normes d'emergència ha generat debat fins i tot en els àmbits estrictament tècnics.

Són discutides tant la declaració de l'estat d'alarma i les seves prorrogues en la suspensió de drets i llibertats⁽⁸⁾ com la tècnica normativa emprada.

Aquest context –que pot fer dubtar del compliment efectiu de la *Rule of Law*– (compliment dels requisits de l'Estat de Dret) donarà lloc, sens dubte, a una nodrida jurisprudència constitucional.

Destaca, com a qüestió rellevant, la derogació automàtica de la normativa temporal que va quedar sense efecte el 21 de juny de 2020, després de sis prorrogues.

En tancar aquest article es porten a terme els tràmits parlamentaris dels projectes de Llei procedents dels reials decrets convalidats que incorporen modificacions i, desitjablement, una tècnica jurídica millor.

III. LEGISLACIÓ D'URGÈNCIA: SOCIETATS SOTA LA PANDÈMIA

8. Les organitzacions, com les societats mercantils, són algunes de les àrees més adequades per fer servir tecnologies aplicades. Per això el Dret de societats constitueix un bon camp de proves per fer servir les tècniques digitals.

Tant Espanya com quasi tots els Estats membres i la mateixa Unió Europea, com sabem, van regular entre març i abril de 2020, si més no, el funcionament corporatiu de les societats i altres persones jurídiques durant l'emergència sanitària.

9. A Espanya es va publicar molt aviat el RD 8/2020, el 27 de març, que introdueix mesures societàries importants en els arts. 40 i 41, posteriorment modificats pels RDL 11/2020, de 31 de març; 19/2020, de 26 de maig; 21/2020, de 9 de juny i 25/2020, de 3 de juliol. El primer adreçat a les persones jurídiques en general i el segon, a les societats cotitzades.

La legislació d'urgència en matèria mercantil es complementa amb el RD 16/2020, de 28 d'abril, de mesures processals i organitzatives per fer front a la COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia, actualment en modificació mitjançant Llei ordinària.

La legislació d'urgència en matèria mercantil es complementa amb el RD 16/2020, de 28 d'abril, de mesures processals i organitzatives per fer front a la COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia, actualment en modificació mitjançant Llei ordinària

Correspon a un altre context la publicació, el 5 de maig, del Reial decret legislatiu 1/2020, que aprova el Text refós de la Llei concursal, prevista i que es complementa en l'article 11.1 i la disposició transitòria segona de l'esmentat RDL 16/2020, de 28 d'abril.

10. Es va identificar com un problema la inexistència de normes estatutàries que permetin la utilització de noves tecnologies en la celebració de les sessions dels òrgans col·legiats incloses les juntes, en què es limita el dret de reunió i la llibertat de circulació.

Per a l'ajornament en la formulació de comptes anuals i subsegüent celebració de la junta ordinària, el RDL 8/2020 es va acompanyar d'una sèrie de circulars, especialment per a les societats cotitzades, tant de l'ICAC com del CORPME o CNMV. Van ser parcialment elevades a rang de Llei

en el RDL 11/2020, de 31 de març, pel qual s'adopten mesures urgents complementàries en l'àmbit social i econòmic per fer front a la COVID-19.

D'altra banda, d'acord amb la Directiva 2004/109/CE, de 15 de desembre i el Reglament delegat (UE) 2018/815, de la Comissió, de 17 de desembre de 2018, des de l'exercici 2020 els emissors de valors admesos a negociació en un mercat regulat de la Unió Europea han d'elaborar i presentar al registre mercantil l'informe financer anual d'acord amb un format electrònic únic europeu (FEUE).

El reconeixement de la signatura electrònica de consellers domiciliats fora de la UE no s'empara en el R. (UE) 910/2014.

11. Una qüestió rellevant, que plantejarà una problemàtica de futur, és la suspensió del termini per a la pràctica dels assentaments registrals, que va afectar tant la interposició de recursos com les actuacions pròpiament mercantils com l'expedició de les certificacions de reserva de denominació pel RMC central (arts. 412 i 414 RRM) o certificacions literals per al trasllat de domicili (19 RRM).

Aquests terminis gaudeixen d'especialitat davant els estrictament administratius, respecte dels quals l'advocacia de l'Estat va puntualitzar, en relació amb la DA 3a del RD 463/2020, que els procedimentals als quals es refereix, suspesos en el moment de la declaració de l'estat d'alarma, es *reprenen* i no es *reinicien*.

Llevat del termini per a interposar recursos en via administrativa o per a instar qualsevol altre procediment d'impugnació, reclamació, conciliació, mediació i arbitratge que els substitueixin d'acord amb el que preveuen les lleis, en qualsevol procediment del qual es puguin derivar efectes desfavorables o de gravamen per a l'interessat, es computarà des del dia hàbil següent a la data de finalització de la declaració de l'estat d'alarma (DA vuitena, ap. 1 del RDL 11/2020).

Davant aquesta suspensió expressa, es va situar la inexistència de suspensió dels terminis civils, en un sentit estricte que exclou els que s'incardin en procediments administratius.

La Instrucció de la DGSJYFP, de 30 de març de 2020, sobre fixació de serveis nota-

rials essencials, els va justificar, entre altres raons, en la "no-interrupció, avui dia, dels còmputos civils". L'impacte en determinats tràmits i terminis ha plantejat dubtes, especialment sobre el relatiu a l'exercici d'oposició pels creditors, en les modificacions estructurals en vol.

La Instrucció de la DGSJYFP, de 4 de juny de 2020, sobre l'aixecament de la suspensió de terminis registrals, aborda la problemàtica després de la derogació per la disposició final 4.2 de Reial decret llei 21/2020, de 9 de juny, de l'article 42 del RDL 8/2020, que va suspendre el termini de caducitat de determinats assentaments registrals.

12. D'altra banda, tant el RDL 18/2020, de 12 de maig, de mesures socials en defensa de l'ocupació com el RDL 24/2020, de 26 de juny, de mesures socials de reactivació de l'ocupació i la protecció del treball autònom i de competitivitat del sector industrial, estableixen tots dos en l'art. 5 la prohibició de repartiment de dividends.

La Instrucció de la DGSJYFP, de 4 de juny de 2020, sobre l'aixecament de la suspensió de terminis registrals, aborda la problemàtica després de la derogació per la disposició final 4.2 de Reial decret llei 21/2020, de 9 de juny, de l'article 42 del RDL 8/2020, que va suspendre el termini de caducitat de determinats assentaments registrals

Afecta les societats o entitats amb al menys cinquanta treballadors el 29 de febrer de 2020, que o bé tinguin el domicili fiscal en paradisos legals o bé s'acullin als ERTO prorrogats en el mateix RDL 18 o de regulació temporal d'ocupació per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció basat en la causa prevista en l'article 22 de Reial decret llei 8/2020, de 17 de març.

L'art. 5 del Reial decret llei 24/2020 va introduir alguna matisació en la referència als expedients de regulació temporal d'ocupació regulats en l'article 2 (a més de l'1) i l'obligatorietat de la renúncia a l'exoneració aplicada a les quotes de la seguretat social ⁽⁹⁾.



13. L'article 348 bis resulta afectat un cop més. Ho va estar en la impossibilitat d'exercir el dret de separació durant l'estat d'alarma per tal de salvaguardar la conservació de les societats i l'ocupació, i ho està davant la prohibició de repartir dividends en les situacions expressades.

Per tant, "no es tindrà en compte l'exercici en què la societat no distribueixi dividends en aplicació del que estableix el paràgraf anterior, als efectes de l'exercici del dret de separació dels socis que preveu l'apartat 1 de l'article 348 bis del text refós de la Llei de societats de capital, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol".

14. Encara que no s'indiqui, en tots dos casos es necessària una declaració responsable de l'òrgan d'administració en què s'afirmi que no està sotmès en aquests supòsits al dipòsit dels comptes anuals. S'observa una certa manca de coordinació en el concepte fiscal, econòmic i jurídic de l'exercici social que podria derivar en una alta litigiositat.

15. Realment, tot i l'esforç del RDL 16/2020, de 28 d'abril, de mesures processals i organitzatives per fer front a la COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia, actualment en tràmit de modificació parlamentària, l'accés a la justícia suposarà un repte en els pròxims anys per a les estructures nacionals.



IV. EN ESPECIAL, L'ACTA NOTARIAL DE JUNTA

16. La funció notarial va ser considerada un servei essencial durant el confinament.

Va mantenir l'activitat sense solució de continuïtat basant-se en l'activitat presencial excepte en les actes d'òrgans col·legiats de persones jurídiques, especialment, de juntes generals de societats mercantils en què es permet l'actuació notarial en línia.

La utilització de noves tecnologies en la celebració de reunions dels òrgans col·legiats de les persones jurídiques, singularment les no cotitzades, és l'inici de l'activitat notarial no presencial.

17. Aplicable tant a les societats cotitzades com a altres persones jurídiques, l'art. 40 paràgraf 7 estableix, en una redacció que roman des de la redacció original del precepte que:

“El notari que hagi estat requerit perquè assisteixi a una junta general de socis i aixequi acta de la reunió podrà utilitzar mitjans de comunicació a distància en temps real que garanteixin adequadament el compliment de la funció notarial”.

18. Una interpretació correcta de la norma s'ha d'emmarcar en el context en què va ser introduïda, és a dir, com a suport per a les reunions a les quals es refereixen els paràgrafs 1 a 3, sense que, en la redacció actual, pugui ser una opció del Notari en una junta presencial.

D'acord amb els paràgrafs esmentats 1 a 3 de l'art. 40, tot i que els estatuts no ho haguessin previst, durant el període d'alarma i, un cop finalitzat aquest, fins al 31 de desembre de 2020, les sessions dels òrgans de govern i d'administració de les associacions, de les societats civils i mercantils, del consell rector de les societats cooperatives i del patronat de les fundacions es poden celebrar per videoconferència o per conferència telefònica múltiple, sempre que tots els membres de l'òrgan disposin dels mitjans necessaris, el secretari de l'òrgan en reconegui la identitat i així ho expressi en l'acta, que trametrà immediatament a les adreces de correu electrònic de cada un dels concurrents.

La mateixa regla és aplicable a les comissions delegades i a les altres comissions obligatòries o voluntàries que tinguin constituïdes.

En tot cas la sessió s'entendrà celebrada al domicili social, i la norma recorda la vigència de l'art. 100 del RRM (Reial decret 1784/1996, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament del Registre Mercantil) pel que fa a la facultat de certificar, quan els acords no siguin presencials, sense prohibició legal encara que no es tracti de societats mercantils.

19. Per tant, el precepte es refereix a tota junta, patronat o assemblea inclosa en la legislació d'urgència i, per tant, regeix per a tot supòsit prorrogat fins al 31 de desembre.

Encara que els estatuts socials no diguin res (en aquest cas cal atènyer-se al que estableixin, sempre que no siguin més restrictius que la norma), les sessions es poden celebrar per videoconferència o conferència telefònica múltiple si disposen dels mitjans necessaris i el secretari –de la junta– en pot reconèixer la identitat.

20. La casuística és important: com convocar; què passa i com valorar la impossibilitat d'assistència telemàtica d'algun soci; quin valor té l'enviament pel secretari de l'acta (40.2); com ajustar a aquests supòsits les possibles impugnacions d'acords, entre altres qüestions.

El Notari no pot acceptar un requeriment per aquests mitjans quan la reunió no sigui a distància, sinó que simplement s'adapta al sistema proporcionat per la societat.

21. Des d'una altra perspectiva, el Notari no se solapa amb l'actuació del secretari, que encara que, desdibuixat, persisteix i encara més en aquestes actes especials.

Encara que els estatuts socials no diguin res (en aquest cas cal atènyer-se al que estableixin, sempre que no siguin més restrictius que la norma), les sessions es poden celebrar per videoconferència o conferència telefònica múltiple si disposen dels mitjans necessaris i el secretari –de la junta– en pot reconèixer la identitat

En aquestes, com en totes, el secretari té l'obligació d'identificar. És una obligació que recau en ell exclusivament. Però, a més, en particular, s'ha d'assegurar que els socis li manifestin que disposen de mitjans suficients de connexió.

La convocatòria de la junta es pot mantenir i la societat, aportar els mitjans, que són senzills. Generalment la connexió s'ha de fer a través de plataformes com Zoom, Teams, Webex... amb imatge o només amb so, que requereixen simplement un terminal amb connexió Wi-Fi i Google Chrome. La pandèmia n'ha generalitzat l'ús.

22. A la convocatòria s'ha d'advertir que la celebració es farà per aquests mitjans. En el cas que algun soci manifesti que no té el

suport adequat, el president ha d'adoptar la decisió de mantenir o no la junta o reunió. Ha d'adoptar una decisió quantitativa i qualitativa (nombre de socis i pes específic al quòrum), partint de la base que el soci no pot bloquejar el funcionament dels òrgans socials.

Sens dubte, és un problema afegit durant la sessió aconseguir l'estabilitat de la connexió i qualitat. Qualsevol problema sobre aquest aspecte ha de quedar reflectit en l'acta si així ho sol·licita el president, el secretari o els intervinents.

Així mateix, és rellevant conèixer i expressar en l'acta si s'enregistra la reunió. L'enregistrament de la reunió a les societats no cotitzades és un tema no regulat.

Així mateix, és rellevant conèixer i expressar en l'acta si s'enregistra la reunió. L'enregistrament de la reunió a les societats no cotitzades és un tema no regulat

Per això, quan intervé un Notari, aquesta possibilitat, que ha d'acceptar el Notari, ha de quedar aclarida (qualsevol pot enregistrar amb un mòbil, sota la seva responsabilitat) com també expressar qui proporciona la gravació, que en tot cas serà lliurada al Notari.

23. Un tema addicional és l'obligació legal del secretari d'acord amb la qual ha de trametre immediatament l'acta a les adreces de correu electrònic de cada un dels concurrents.

Aquesta obligació es deslliga de l'acta notarial de la junta, que serà la requerida a l'efecte de l'art. 203 LSC i 101 i següents del RRM, en tractar-se d'un mer esborrany com no pot ser d'una altra manera en referir-se a l'enviament *immediat*.

En tot cas, l'acta notarial preval en el que pugui ser incompatible un cop redactada.

Tot el procediment ha de constar en l'acta notarial, al costat de les adreces de correu electrònic facilitades. No obstant això, com que la comunicació del secretari amb els socis és posterior al tancament de la reunió queda exonerada de constància en l'acta, llevat que així ho accepti el Notari, com un fet posterior.

24. Finalment, cal recordar que els mitjans previstos en el precepte són la videoconferència i la conferència telefònica múltiple, en què la identificació dels assistents virtuals, com s'ha indicat, sempre és responsabilitat del secretari.

En tot cas s'ha de respectar la integritat de la funció notarial, en els termes que resulten de la seva legislació.

En el futur s'incrementarà, sens dubte, la possibilitat que les societats i altres persones jurídiques celebrin reunions en línia, mitjançant la modificació dels estatuts que no tinguin prevista aquesta possibilitat.

Seria desitjable una reforma al menys reglamentària que aclarís aspectes com els assenyalats.

No hi ha dubte que aquestes actes són perfectament possibles i tot després del dia 1r de gener de 2021, quan la societat en prevegi estatutàriament la celebració per videoconferència o conferència telefònica múltiple o així ho disposi una reforma futura.

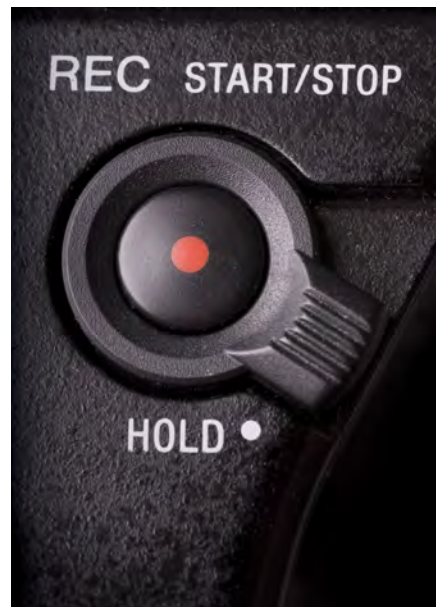
V. LA DIRECTIVA (UE) 2019/1151

25. La digitalització de societats ja era un fet cert abans de la pandèmia

El 2019 es va publicar la Directiva (UE) 2019/1151 dins el *Company Law Package*, dedicada a la utilització d'eines i de processos digitals en l'àmbit del Dret de societats, *Directiva de digitalització* i destinada a tenir un caràcter bàsic en el conjunt del Dret de societats⁽¹⁰⁾.

La seva transposició s'ha de dur a terme abans de l'1 d'agost de 2021, amb la possibilitat excepcional de pròrroga. Això no obstant, pel que fa a administradors inhabilitats, integra presentació en línia en la totalitat del cicle societari amb les precisions de l'art. 13 *decies* i *undecies*, paràgraf 2n; garantia de l'origen i integritat dels documents presentats en línia, com també per a la conservació en els registres, en format de cerca i lectura mecànica o dades estructurades, es preveu el termini màxim de l'1 d'agost de 2023.

26. Sistemàticament, la Directiva (EU) 2019/1151, modifica l'anomenada Directiva de codificació (Directiva (UE) 2017/1132 de Parlament Europeu i del Consell, de 14 de



juny de 2017, sobre determinats aspectes del Dret de societats).

Presenta com a àmbit d'aplicació la constitució en línia de societats; la creació i el funcionament de sucursals; la interconnexió de registres mercantils; l'estructura de dades i la seva publicitat; i respecte d'aquests, els relatius a la inhabilitació d'administradors.

Està sent coordinada, de forma especial, per la Comissió Europea tenint en compte la seva complexitat i els canvis substancials que exigirà en els ordenaments jurídics nacionals.

1. ENTORN DIGITAL

27. La Directiva presenta un àmbit d'aplicació de dos fronts: digital i societari.

Des de la primera òptica, s'ha de veure en el context de la visió digital de la Unió Europea ja assenyalada.

28. Singularment, és rellevant per a la seva transposició adequada la implementació d'aquest Reglament que estableix l'anomenada passarel·la digital. Aquesta oferirà als ciutadans i a les empreses informació i enllaços rellevants en una única interfície comuna. S'aplicarà íntegrament el 12 de desembre de 2023.

La Directiva estén l'àmbit informatiu que facilita el Reglament als models societaris. Això, tot i l'exclusió expressa que en fa el



seu Annex II del Registre inicial d'una activitat empresarial en el registre mercantil i els procediments relatius a la constitució o qualsevol presentació posterior de societats en el sentit de l'article 54, paràgraf segon, del TFUE, i es limita a l'inici d'activitats econòmiques vinculades amb l'activitat societària.

29. D'altra banda, és especialment rellevant el desenvolupament de la identitat digital, el marc bàsic de la qual se situa en el R (UE) 910/2014 sobre l'ús de mitjans d'identificació electrònica transfronterera expedits en un altre Estat membre i exclusivament aplicable a ciutadans dels Estats membres (*eIDAS*⁽¹¹⁾). En la seva implementació és essencial l'increment de seguretat dels documents d'identitat europeus, segons es preveu en el Reglament (UE) 2019/1157, sobre el reforç de la seguretat dels documents d'identitat aplicable el 2 d'agost de 2021⁽¹²⁾.

30. La tercera norma bàsica és el R. (UE) 2016/679 relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (RGPD). Espanya ha implementat alguns aspectes (i ha innovat en d'altres) en la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals.

2. TÈCNICA LEGISLATIVA I TRANSPOSICIÓ

31. La Directiva fa servir una tècnica *opt-out* en relació amb la constitució de societats.

En principi s'aplica a totes les societats incloses en l'Annex I de la Directiva (UE) 2017/1132 –societats anònimes, de responsabilitat limitada i comanditàries per accions per a Espanya–, però els Estats membres podran excloure aquesta aplicació en l'accés a la informació a través de passarel·les digitals; constitució de societats en línia i actes de comitologia (art. 13, 15.7; 13. 8; 13.9 i 162.2)

En aquest cas, aquests preceptes s'aplicaran només al nou annex II bis que, per a Espanya, fa referència a les societats limitades.

32. En l'alternativa en línia que els Estats membres han de facilitar, no hi haurà presència física del o dels fundadors persones jurídiques o físiques, llevat excepcionalment de quan es justifiqui o hi hagi motius



per sospitar per raó d'interès públic en garantir el compliment de les normes sobre capacitat jurídica i sobre el poder dels sol·licitants per representar una societat⁽¹⁴⁾.

Per tant, els Estats membres hauran d'adoptar decisions de política legislativa, però tenint present, com va quedar clar als tallers de transposició de la Directiva en el si de la Comissió Europea, que no estan obligats a modificar els sistemes nacionals de control preventiu.

Així resulta més del manteniment de l'article 10 de la Directiva de codificació (EU) 2017/1132 que no ha patit cap alteració⁽¹³⁾. És a dir, la constitució en línia pot ser una forma més de constitució de societats, que amplia les existents en cada Estat membre, però no les substitueix.

33. Aquesta Directiva és molt rellevant per a la funció notarial. Singularment les seves previsions per a la constitució de societats i en la resta d'actes societaris durant la vida de la societat. Obligarà a una adaptació del document públic notarial a Espanya, que en general per a les societats limitades –llevat que es decideixi no exercir la facultat *opt-out* i estendre-ho a totes les societats de capital– i exigirà que, de mica en mica, tot el cicle social, de la constitució als altres actes de la vida de la societat, es puguin autoritzar notarialment sense la presència física dels atorgants.

Aquesta possibilitat no està reservada als actes transfronterers, sinó que haurà d'estar

disponible així mateix al Dret nacional, amb les limitacions que obligui l'organització notarial (art. 116 del Reglament Notarial pel que fa als districtes notariais).

34. Amb la transposició de la Directiva pot mantenir-se a l'activitat notarial sempre que aquesta s'adapti a canals en línia. Què s'ha d'entendre per "en línia", en el context de la Directiva?

L'article 13 bis, dedicat a les definicions (que no esgota els conceptes autònoms) no defineix què és "en línia".

Com a única resposta cal atènyer-se al considerant 22) de la Directiva que, en relació amb el compliment dels controls de seguretat preventiva basats tradicionalment en la presència física davant l'autoritat (oralitat, en termes processals), assenyala que "los Estados miembros también deben poder permitir a sus autoridades, personas u organismos competentes, comprobar, *mediante controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad*, si se cumplen todas las condiciones para la constitución de una sociedad".

Afegeix, que "dichos controles pueden incluir, entre otros, *"videoconferencias u otros medios en línea"* que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real. En base a la transmisión digital de la imagen y sonido y a la intermediación de la grabación entre las partes que interactúan entre sí, a los efectos de la directiva, los medios de comunicación audiovisuales están incluidos en el



concepto en línea (o medios digitales). En efecto, a través de Internet, los contenidos multimedia, como imágenes o sonidos, pueden distribuirse y permitir el acceso de múltiples formas”.

35. Per tant, el rellevant a l'efecte del compliment de la directiva i la seva adequació al compliment dels controls preventius estatals és la connexió audiovisual en temps real per un mitjà que ofereixi seguretat tecnològica en relació amb la identificació digital (i presencial en línia) i la interrelació amb les parts, a l'efecte del judici de capacitat i, si és el cas, de representació, elements no inclosos en la proposta de la Directiva però que, especialment després del seu pas pel diàleg a tres, s'inclouen en el text final.

El Notari, mitjançant els canals segurs que s'estableixin, ha d'acreditar la identificació –documental i electrònica– dels compareixents en línia, la seva capacitat d'obrar i representació, si és el cas.

36. Sobre la representació cal recordar que el Reglament (UE) 2016/1191⁽¹⁵⁾ no incorpora actualment en el seu àmbit els documents públics relatius a la personalitat jurídica i la representació d'una societat o d'una altra empresa.

Per tant, caldrà utilitzar la postil·la electrònica en els documents notariaus, també electrònics, quan se'n necessiti el manteniment als Estats membres en instruments diferents dels inclosos en la cooperació judicial civil (els reglaments de la qual ex-

clouen formalitats com la postil·la sobre documents públics) i no inclosos en l'IMI (Sistema d'informació de mercat Interior).

L'acreditació de la representació es relaciona a més amb la possibilitat d'obtenir còpies electròniques en el sistema BRIS amb caràcter informatiu.

37. En segon lloc, el control notarial en línia es dedueix de la mateixa directiva “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la normativa nacional que, con arreglo a los sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros, designen a cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información”.

Es respecten, per tant, els requisits materials i procediments dels Estats membres, inclosos els relatius als procediments jurídics per a l'atorgament dels instruments de constitució i l'autenticitat, exactitud, fiabilitat, credibilitat i forma jurídica adequada dels documents o informació que es presentin.

38. En la constitució de la societat en línia, l'actuació notarial, a més dels judicis d'identificació, de capacitat i de representació esmentats, haurà d'abordar el compliment de les formalitats necessàries, com la legalitat de la denominació de la societat, la inhabilitació d'un administrador o el compliment

dels requisits jurídics per part de qualsevol altra informació o document, o en casos de sospita de frau o abús.

També s'ha de comprovar la singularitat de la denominació; la realitat de les aportacions dineràries –*opt out*, els Estats membres poden excloure les no dineràries–, i el règim de prohibicions i d'incompatibilitats per a ser administrador, a més del règim estatutari específic quan no s'actui sobre la base dels models que preveu la Directiva i als quals es farà referència posteriorment.

Des de la perspectiva de l'ordre públic econòmic i, concretament, de la prevenció de blanqueig de capitals, l'actuació notarial està subjecta a un *Manual de procediments* que assoleix una actuació proactiva antifrau o antiblanqueig, assenyaladament, d'identificació del titular real; de la procedència dels fons i d'acreditació d'aportacions econòmiques.

39. La utilització de *models* té una importància singular en el disseny de la Directiva⁽¹⁶⁾.

Des de la perspectiva de l'ordre públic econòmic i, concretament, de la prevenció de blanqueig de capitals, l'actuació notarial està subjecta a un Manual de procediments que assoleix una actuació proactiva antifrau o antiblanqueig, assenyaladament, d'identificació del titular real; de la procedència dels fons i d'acreditació d'aportacions econòmiques

Els Estats membres han de facilitar models per als tipus de societats enumerades a l'annex II bis que, com s'ha indicat, estaran accessibles als portals o llocs web de registre accessibles a través de la passarel·la digital única. El contingut dels models es registrarà pel Dret nacional.

La utilització de models no obsta a res del que s'ha indicat, i el seu ús en escriptura pública (art. 13 h (*nonies*) 2 en relació amb l'art. 10. és una opció de política legislativa sobre la base del sistema jurídic de cada Estat.

Al nostre ordenament, hi ha un precedent en els articles 15 i 16 de la Llei



14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització, en el desenvolupament de la qual es va publicar el Reial decret 421/2015 i l'Ordre JUS/1840/2015⁽⁷⁾, que demostra que no ha d'exceptuar l'ús de l'escriptura pública als Estats membres en què hi hagi control preventiu de legalitat com en el nostre sistema.

40. Addicionalment, cal recordar que la Directiva 2017/1132 manté les seves disposicions en relació amb la *nul·litat de la societat*, molt especialment l'art. 11 b) i d'acord amb el qual una de les causes taxades per a la nul·litat de societats de capital és la manca d'escriptura de constitució o la inobservança de les formalitats de control preventiu, o bé de la forma pública, per a aquells Estats que així ho prevegin.

41. Finalment, la constitució de la societat pot ser considerada, a més de l'acte de l'atorgament de l'escriptura pública, un *procés* fins a la incorporació a l'expedient o registre. Així, l'art. 13 bis, defineix la "*constitució*" com tot el *procés de fundació* d'una societat d'acord amb el Dret nacional, inclosos l'atorgament de l'escriptura de constitució (*instrument of constitution*) i totes les fases necessàries per a la inscripció de la societat en el registre.

El procés de constitució en línia contínua, doncs, mitjançant la presentació de documents o d'informació en format electrònic. Els documents i la informació a què es refereix l'article 14, inclosa qualsevol modificació posterior, *s'han de poder presentar íntegrament en línia davant el registre* en el termini previst pel Dret de l'Estat membre en el qual estigui registrada la societat.

Això no exclou que, d'acord amb el paràgraf 5è de l'art. 14, els Estats membres podran continuar permetent altres formes de presentació que no siguin les esmentades en l'apartat 1, fins i tot *per mitjans electrònics o en paper*, per part de societats, Notaris o altres persones o organismes habilitats en virtut del Dret nacional per tractar aquestes formes de presentació.

42. En conclusió, la tecnologia rellevant després de la transposició de la Directiva es refereix fonamentalment a la digitalització dels processos i a la utilització de les tècniques en línia incloses la videoconferència o la multiconferència telefònica.

Des d'aquesta perspectiva, l'activitat presencial, mantenint-se, s'ha d'adaptar gradualment a aplicar-la.

VI. NECESSITAT D'UNA REFORMA LEGAL

43. La Directiva (EU) 2019/1151 suposa un important avanç en el camí de la digitalització dels processos societaris.

Però la seva transposició, que ha de respectar el sistema espanyol de seguretat jurídica preventiva, ha de formar part d'un conjunt normatiu que, d'una banda, implementi el R. (UE) 804/2014, i de l'altra, faciliti als Notaris tant eines en línia com digitals, incorporant la matriu electrònica al conjunt dels instruments notariais per tal d'adequar-ne la funció a una realitat social desbordada per la pandèmia.

Al tancament d'aquest treball es troben en avançada tramitació parlamentària, entre altres, el projecte de Llei de mesures processals i organitzatives per fer front a la COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia (procedent del Reial decret llei 16/2020, de 28 d'abril) i el Projecte de Llei reguladora de determinats aspectes dels serveis electrònics de confiança.

Les dues normes són dues oportunitats, Esperem que no perdudes, per aconseguir l'actualització de la funció notarial.

NOTES

- (1) https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-investing-digital> El 29 de gener de 2020 la Comissió publica el seu programa de treball anual, *A Union that strives for more*, (COM(2020) 37 final).
- (2) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/ES/COM-2020-67-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>
- (3) https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es
- (4) https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf
- (5) https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Actualidad/pae_Noticias/Anio2017/Octubre/Noticia-2017-10-06-Espana-suscribe-Declaracion-ministerial-administracion-electronica-Tallin.html
- (6) https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response_es

- (7) El Reglament (CE) n. 2157/2001, pel qual s'aprova l'Estatut de la societat Anònima, va tenir una negociació difícil –quasi 20 anys– que només es va desbloquejar amb motiu del Tractat de Niça. Va ser implementat a Espanya per la Llei 19/2005, de 14 de novembre, sobre la societat anònima europea domiciliada a Espanya, avui derogada pel Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, que regula aquest tipus societari en el títol XIII. Amb alguna dificultat, atesa la complexitat del nostre sistema jurídic autònom, s'aplica el núm. 1435/2003.
- (8) Sobre la base de la LO 4/1981, d'1 de juny, el Real decret 463/2020, de 14 de març, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària.
- (9) L'art. 2 es refereix, més enllà dels procediments de regulació temporal d'ocupació basats en força major (Àmbit d'aplicació del RDL 18/2020), als derivats de causes econòmiques, tècniques, organitzatives i de producció derivades de la COVID-19 iniciats després de l'entrada en vigor d'aquest Reial decret llei i fins al 30 de setembre de 2020, als quals és aplicable l'article 23 de Reial decret llei 8/2020, de 17 de març, amb les especialitats recollides en aquest precepte.
- (10) *Vid.* per a una ampliació, el nostre treball "La Digitalización y movilidad de sociedades en el Derecho europeo". *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 58 (gener-abril 2020, pàg. RR 3-6)
- (11) Reglament (UE) n. 910/2014 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de juliol de 2014, relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança per a les transaccions electròniques en el mercat interior i per la qual es deroga la Directiva 1999/93/CE
- (12) Reglament (UE) 2019/1157 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de juny de 2019, sobre el reforç de la seguretat dels documents d'identitat dels ciutadans de la Unió i dels documents de residència expedits a ciutadans de la Unió i als membres de les seves famílies que exerceixen el seu dret a la lliure circulació.
- (13) Article 13 *ter*, apartats 4 i 8. 4: Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad. Los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por



caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea.

Art. 13 *Octies*. 8: Cuando se justifique *por razón de interés público* en garantizar el cumplimiento de las normas sobre capacidad jurídica y sobre el poder de los solicitantes para representar a una sociedad, cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de una sociedad, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución, podrá solicitar la presencia física del solicitante. Los Estados miembros se asegurarán de que, en tales casos, solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan motivos para sospechar que se han incumplido las normas contempladas en el apartado 3, letra a). Los Estados miembros garantizarán que cualquier otra fase del procedimiento pueda no obstante completarse en línea.

(14) Que sota la rúbrica: *Escritura pública de constitución y de los estatutos de la sociedad*,

estableix que “en todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, constarán en escritura pública”.

(15) Reglament (UE) 2016/1191 del Parlament Europeu i del Consell, de 6 de juliol de 2016, pel qual es facilita la lliure circulació dels ciutadans simplificant els requisits de presentació de determinats documents públics a la Unió Europea i pel qual es modifica el Reglament (UE) n. 1024/2012. Art. 26. 2: *A més tardar el 16 de febrer de 2021, la Comissió presentarà al Parlament Europeu, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe de evaluación sobre la conveniencia de: a) ampliar el ámbito de aplicación del presente Reglamento a los documentos públicos relativos a la personalidad jurídica y la representación de una sociedad u otra empresa.*

(16) Els Estats membres han d'establir normes detallades per a la constitució en línia de societats, incloses les normes sobre l'ús

dels models a què es refereix l'article 13 *nonies* i els documents i la informació requerits per a la constitució d'una societat. Com a part d'aquestes normes, els Estats membres han de vetllar perquè la constitució en línia es pugui efectuar mitjançant la presentació de documents o de la informació en format electrònic, incloses les còpies electròniques de documents i la informació a què es refereix l'article 16 *bis*, apartat 4.

(17) Reial decret 421/2015, de 29 de maig, pel qual es regulen els models d'estatuts-tipus i d'escriptura pública estandarditzats de les societats de responsabilitat limitada, s'aprova el model d'estatuts-tipus, es regula l'Agenda Electrònica Notarial i la Borsa de denominacions socials amb reserva i Ordre JUS/1840/2015, de 9 de setembre, per la qual s'aprova el model d'escriptura pública en format estandarditzat i camps codificats de les societats de responsabilitat limitada, com també la relació d'activitats que poden formar part de l'objecte social.

Els reptes tecnològics del Notariat



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

Les lleis 24/2001 i 24/2005 van suposar el tret de sortida tecnològic per al Notariat. El seu embrió va ser el **Simposi Notariat 2000** sobre signatura electrònica celebrat aquell any a Barcelona, en què es van establir les bases sobre les quals es construiria l'edifici tecnològic de la nostra corporació, un simposi que vaig tenir l'honor de dirigir. La visió de Juan Bolás i José Félix Belloch, sumada a l'intens treball de molts companys, va permetre **fer un salt important que va posar el Notariat al capdavant de les professions jurídiques en relació amb les noves tecnologies**. A poc a poc aquestes bases es van desenvolupar i van permetre dotar la nostra professió d'unes eines que han servit per a prestar la funció d'una forma moderna i eficient.

No obstant això, tot i l'esforç portat a terme, la veritat és que l'entorn tecnològic ha avançat i avança a una velocitat que obliga a un replantejament de tot el sistema del

Notariat, tant en el seu contingut com en la seva estructura.

El pas fet pel Consell General del Notariat creant l'anomenat *Portal Notarial del Ciudadano* és un indicatiu de per on han d'anar els passos futurs. La nostra qualitat de funcionaris públics condiona la direcció que cal prendre, però el cert és que **en aquest moment és necessària una nova "revolució tecnològica" com va ser la de l'any 2000**.

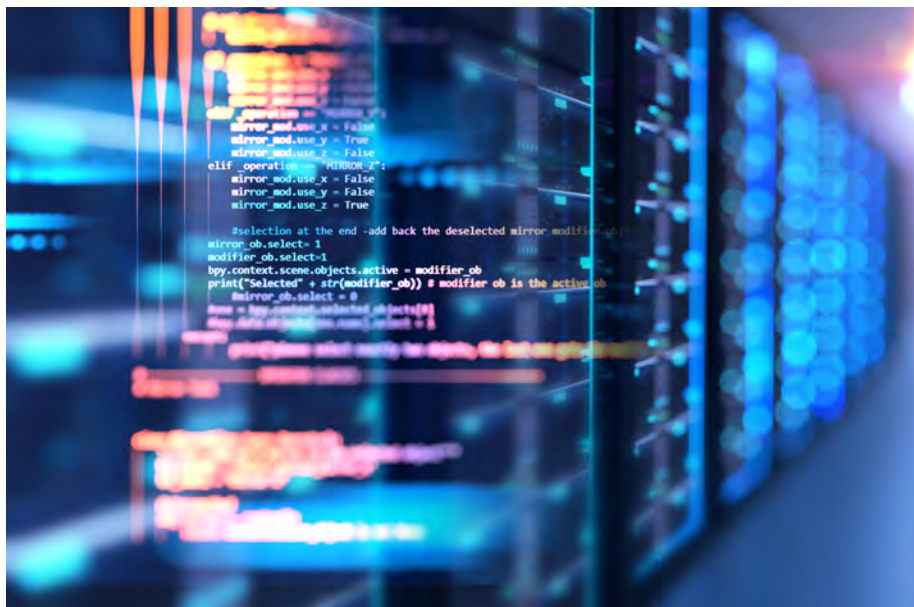
La funció notarial és una funció pública i, com a tal, s'ha de desenvolupar tenint sempre present l'interès de la ciutadania i no el d'altres funcionaris. Cal explotar tota la potencialitat que el Notariat té i això amb independència que, en fer-ho, s'adopti un paper protagonista en matèries determinades en detriment d'altres sectors públics. L'important és que el ciutadà rebi el millor servei possible amb les millors eines possibles.

1.- ESTRUCTURA

Sense cap dubte, **el prestador dels serveis tecnològics ha de ser el Consell General del Notariat emprant tots els proveïdors que consideri necessaris**. Comptar amb una empresa tecnològica pròpia, amb un valor i una eficàcia extraordinaris, és imprescindible però no ha de suposar que s'hi desplaci cap tipus de decisió estratègica o legal, sinó que **ha d'estar al servei de la nostra professió i ser invisible als tercers**. Per als Notaris, els òrgans corporatius són els únics interlocutors i per als ciutadans, el *Portal Notarial del Ciudadano* a manera de seu electrònica notarial, igual que la tenen pràcticament tots els departaments de l'Administració.

2.- EL DOCUMENT

El gran debat és el canvi a l'escriptura en suport electrònic i sense fer servir paper com a base d'aquest. La qüestió



més debatuda recau en la conservació del document, més aviat del consentiment donat en suport electrònic. El cert és que **el sistema actual** que regeix en el Notariat espanyol **sembla eficient: se signa en paper i es digitalitza** aprofitant a partir d'aquest moment tots els avantatges del document electrònic. Amb tot, **la COVID-19 i algunes directives comunitàries posen de manifest la necessitat imperiosa de l'escriptura electrònica signada a distància amb signatura electrònica i fent servir la videoconferència**. El Notariat ja disposa dels elements tècnics necessaris per fer-ho i la realitat n'ha imposat la implantació inajornable i, per tant, aquest debat cal donar-lo per superat. **El que caldrà delimitar és en quin àmbit es pot fer servir el format purament electrònic i en quin no.**

La qüestió més important **és la circulació de les còpies dels documents i la seva utilització pels ciutadans**. Aquest és un altre repte important. La imatge antiquada de l'atorgant amb la seva maleta traient còpies i còpies en paper s'ha de substituir per l'acreditació mitjançant el telèfon mòbil o mitjançant codis o altres sistemes. **Les còpies electròniques s'han de fer servir no solament en l'àmbit de les Administracions Públiques sinó també pels ciutadans entre ells o davant aquestes.**

Una altra qüestió per resoldre **és l'accés d'un Notari al protocol d'un altre sense mediació del titular**, disposar d'un repo-

sitori al qual qualsevol notari pot acudir i obtenir la còpia autèntica o simple corresponent sota la seva responsabilitat i amb la retribució corresponent per a tots dos. Sens dubte, aquesta possibilitat seria molt ben aprofitada en el sistema de signatura a través de videoconferència, especialment per a la comprovació de la vigència i el contingut dels poders i per a molts altres aspectes.

3.- ELS PROGRAMES INTERNS ALS DESPATXOS

El programa únic per a la gestió dels despatxos notariais conegut com AGN no s'ha enlairat amb la intensitat esperada. El seu èxit ha estat important entre els nous Notaris però no ha encaixat entre els qui ja estaven habituats a treballar amb un altre programa d'alguna de les empreses especialitzades, probablement per la incomoditat que suposa qualsevol canvi i els riscos que cadascú pot entreveure, siguin reals o no. Creiem que **cal una homogeneïtzació, no tant de programes però sí de sistemes**. La competència entre empreses sempre és bona i, més que aspirar a tenir un únic programa d'una única empresa, **el repte del Notariat és que totes les bases de dades tant d'escriptures com d'elements de comptabilitat i d'informació siguin compatibles** de manera que qualsevol dels programes comercialitzats les pugui aprofitar sense cap problema. **Això exigiria una definició de requisits i una homologació de programes informàtics.**

4.- SERVEIS DE VALOR AFEGIT

La xarxa de connexions que es pot tenir des d'un servidor central com el del Consell General del Notariat és infinita i també ho són les possibilitats que això ofereix. Avui dia el sistema permet liquidar impostos, tramitar la inscripció registral, fer alteracions cadastrals, pagar deutes d'IBI pendents, trametre informació a nombrosos òrgans administratius, etc. El repte del Notariat en aquest punt ha de ser **oferir un servei integral al ciutadà en qualsevol actuació notarial aprofitant la intel·ligència artificial**. Així, per exemple, en la transmissió d'un habitatge s'hauria de procedir automàticament a fer des de la Notaria tots els tràmits habituals com l'empadronament dels compradors, les altes en els subministraments d'aigua, de llum i de gas, el canvi de residència fiscal, el canvi de domiciliació de vehicles, etc. I tot això de forma automàtica gestionat pel ciutadà des del **Portal Notarial del Ciudadano**.

5.- BIG DATA NOTARIAL

Aquí rau el repte principal del Notariat. **L'aprofitament de la ingent quantitat de dades que s'emmagatzemen al servidor central del Consell General del Notariat.**

La seva gestió correcta oferirà a la nostra professió unes oportunitats inimaginables i perfeccionarà sensiblement el servei que prestem amb la reducció de costos, la millora de la presa de decisions i ens permetrà oferir nous serveis. Les nostres dades reuneixen les conegudes "5 V" que defineixen la problemàtica dels big data: Volum, Velocitat, Varietat, Veracitat i Valor. **Explotar aquesta font és el repte de futur principal.**

De cara a l'exterior ens permetrà oferir –ja ho fem (blanqueig capitals, frau fiscal, col·laboració amb òrgans judicials, fiscalia, forces de seguretat)– una informació segmentada i estructurada a punt per ser utilitzada per tercers, tant si són Administracions com particulars.

Però és en l'àmbit intern que es poden obtenir uns rendiments increïbles de la ingent quantitat de dades de què disposem.

Tenir una fotografia notarial de l'atorgant en el moment de l'autorització d'un document sabent el que ha signat abans



i les “seqüeles” del que ha signat ajudaria en gran manera a incrementar l'eficàcia de la intervenció notarial. La interrelació de la informació de què disposa cada Notari és una eina fonamental perquè el servei sigui plenament eficaç.

6.- EL NOTARI COM A ELEMENT CENTRAL DEL NEGOCI JURÍDIC

Tot això porta a un desideràtum: **el Notari ha de ser l'element central de qual-sevol negoci jurídic, especialment en l'àmbit immobiliari, financer i societari.** La Notaria hauria de tenir accés a tots els organismes públics i empreses privades respecte de les quals el negoci per celebrar tingui alguna conseqüència i automatitzar processos perquè aquestes es produeixin immediatament i amb el menor cost possible per a tots els actors.

A més del que s'ha exposat és imprescindible centralitzar en el Notari els mitjans de pagament perquè aquest els pugui fer amb total seguretat per als perceptors i garantint la bona fi del negoci. Igualment s'hauria d'automatitzar la gestió posterior del document en col·laboració amb altres agents intervinents. **Unificar les plataformes de l'LCCI en una d'única** i permetre que cada part faci la seva feina redundaria en benefici del ciutadà i del sistema financer. Les gestories encarregades de l'externalització de la preparació de préstecs hipotecaris actuarien com fins ara, però bolcarien les seves dades a la nostra plataforma; un cop autoritzat el document, aquest es trametria electrònicament al registre corresponent fins a la seva inscripció i el procés seria



controlat per la gestoria que no hauria de trepitjar el Registre de la Propietat, sinó recollir posteriorment la còpia en paper a la Notaria (si es considerés necessari) o rebre la còpia electrònica corresponent amb constància de tots els tràmits portats a terme.

7.- CONCLUSIONS

El que s'ha exposat no és sinó una visió ràpida dels reptes immediats del Notariat en l'àmbit tecnològic. És evident que **resulta imprescindible un Pla Estratègic i un Pla de Sistemes que abordi globalment tots aquests punts** i alguns més que no incloem per manca d'espai, però que s'han de tractar conjuntament. Són deci-

sions transcendents que afecten alguna cosa més que l'àmbit tecnològic: afecten l'essència de la nostra funció i la del document. **I han de ser els Notaris, no els tècnics, els qui prenguin les decisions.** I no solament els Notaris que saben alguna cosa d'informàtica. No som davant uns temes merament tècnics. **Estem definint el futur de la funció notarial.** Per això la decisió és política, no tècnica. És definir què volem que sigui el Notariat. És escriure la carta als Reis i després ja s'executarà. En informàtica tot és possible, la seva plasmació en una aplicació és qüestió de costos. És el moment que els responsables del Notariat, elegits per tots, prenguin decisions i que els informàtics les desenvolupin. D'això depèn no solament el nostre futur, sinó el nostre present. És urgent.

Un any de vigència de La Llei de Crèdit Immobiliari



Antonio Longo Martínez
Notari de Barcelona

Transcorregut ja un any des de l'entrada en vigor de la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, intentarem fer un breu balanç del que la seva implantació ha suposat per als diferents actors implicats. No podem ignorar que, en el passiu d'aquest balanç, hi ha nombroses partides: la primera i més rellevant està constituïda, per descomptat, pels **dubtes que es presenten sovint per confirmar si som o no davant una operació a la qual s'ha d'aplicar la Llei**. En aquest sentit, que la Directiva transposada per aquesta reguli els "contractes de crèdit celebrats amb consumidors per a béns immobles d'ús residencial" poc feia sospitar, *a priori*, que poguéssim tenir en el nostre Dret contractes de crèdit immobiliari en els quals l'immoble no sigui d'ús residencial, o en els quals el prestatari no sigui consumidor, però així resulta de l'article 2.1 de la Llei i així ha estat confirmat per la DGRN en la important Instrucció de 20 de desembre de 2019. En tot cas, **la confirmació de la condició de consumidor resulta a vegades una qüestió complexa**, lligada com està

aquesta condició al propòsit o la finalitat última del subjecte; una complexitat que té encara més importància en aquells casos d'operacions aparentment empresarials, la finalitat d'estalvi o d'inversió de les quals les converteix en operacions de consum, o en aquelles de "finalitat mixta", en què coincideixen tots dos propòsits, en què s'ha de valorar quin és el preponderant. És particularment problemàtic el cas en què, amb la intervenció d'una persona física – intervenció sempre necessària per a l'existència d'un CCI – com a fiador o garant, el prestatari és una persona jurídica, supòsit en el qual la condició de consumidor de la primera es pot veure contradita pels "vincles funcionals" que tingui amb la segona, com a administrador o soci de control.

Precisament aquest supòsit, el del prestatari a persona jurídica amb fiança o garantia de persona física, ha donat lloc a moltes discussions, fins que la **Direcció General, en la Instrucció de 20 de desembre de 2019, ha confirmat la tesi de l'aplicabilitat de l'LCCI al contracte de garantia i no al contracte principal**, cosa que permet esti-

pular condicions diferents per a l'un i l'altre, i sotmetre la garantia als límits imperatius marcats en relació amb qüestions determinades, com el reemborsament o el venciment anticipat o l'interès de demora, límits que cal que s'apliquin al contracte principal. En la pràctica, no sembla, però, que aquesta possibilitat d'una doble línia d'estipulacions s'hagi utilitzat gaire, i ha quedat en l'aire el dubte de si això ha suposat rebutjar finançaments en què la persona física (per aquest "vincl funcional" amb la persona jurídica prestatària) hauria estat disposada a acceptar les mateixes condicions que aquesta, i ha estat l'entitat de crèdit la que no ha acceptat veure sotmesa l'execució de la seva garantia a, per exemple, els límits al venciment anticipat previstos com a imperatius en l'art. 24 de la Llei.

Una altra qüestió que la DGRN ha hagut d'aclarir, atesos els dubtes que el text legal plantejava, és la de **l'abast de l'aplicació de la Llei als supòsits de subrogació o de novació**, i s'ha determinat que, si bé la subrogació per canvi de deutor, prèviament o simultàniament consentida per l'entitat,



exigeix que es faciliti a aquell la informació precontractual en els termes establerts legalment i que s'adapti el contracte a les normes substantives de caràcter imperatiu que conté la Llei, la novació modificativa només requereix que aquestes previsions es compleixin en relació amb les clàusules objecte de modificació. Si es tracta de la "moratòria legal hipotecària" o de la "moratòria convencional acollida a un acord marc sectorial" a què es refereixen els RDL 8/2020, 11/2020, 15/2020 i 19/2020, dictats durant l'estat d'alarma, el legislador ha determinat, tanmateix, la no-aplicació de l'LCCL, seguint així el criteri que, en la Instrucció de 20 de desembre de 2019, la DGRN havia entès aplicable respecte de les operacions de reestructuració de deutes formalitzats per les entitats adherides al Codi de bones pràctiques, de conformitat amb el Reial decret llei 6/2012, de 9 de març; això sens perjudici, en el cas de les moratòries convencionals amb ampliació de termini, de l'obligació de l'entitat —el compliment de la qual el Notari ha de comprovar— de subministrar una determinada "informació simplificada sobre les condicions del préstec".

Alguns entenen que també **s'ha d'incloure en el "deure" de la Llei aquesta naturalesa imperativa de normes com la dels articles 24, sobre venciment anticipat i, sobretot, la de l'art. 25 sobre in-**

terès de demora. És cert que, si l'entitat financera està disposada a acordar un interès de demora més reduït, i si aquest, en tractar-se de préstecs amb consumidors, en principi no ha de ser superior segons el Tribunal Suprem a l'ordinari més dos punts (Sentència 364/2016, de 3 de juny), costa d'entendre una norma que imposa literalment que l'interès de demora sigui de tres punts sobre l'ordinari. Però no hi ha dubte que damunt aquesta aparent manca de lògica ha primat la intenció del legislador de tancar d'una vegada per totes la litigiositat sobre aquestes matèries, cosa que, a la vista dels pronunciaments judicials precedents, només semblava possible sobre la base d'unes normes ajustades als criteris que, segons el TJUE (o segons la interpretació dels tals criteris feta pels tribunals espanyols), en permetin la qualificació d'imperatives per tal de quedar excloses del control d'abusivitat per aplicació de l'art. 1.2 de la Directiva de 1993. Més difícil d'entendre és, probablement, que aquesta imperativitat es disposi, en relació amb els interessos de demora, només per als préstecs hipotecaris sobre immobles d'ús residencial i que es permeti que els altres quedin subjectes als criteris generals, i amb això que, si el client és consumidor, resulti beneficiat en comparació, ja que s'ha de respectar el límit, inferior, establert pel Tribunal Suprem. En qual-

sevol cas, i un cop assenyalada la pretensió del legislador, és aviat per dir si aquesta ha tingut èxit o no, tot i que així ho podria augurar el fet que en l'altre gran supòsit en el qual la imperativitat de la norma ha estat objecte de discussió, el del venciment anticipat regulat en l'art. 24 LCCL, el Tribunal Suprem ja ha qualificat (*obiter dicta*) d'imperativa aquesta norma, en contraposició a la de l'art. 693.2 LEC anterior (sentències 463/2019, d'11 de setembre, i 613/2019, de 14 de novembre).

La nova regulació de la subrogació activa o per canvi de creditor que deriva de la modificació de la Llei 2/1994, de 30 de març, operada per la Disposició final tercera de l'LCCL, té també, al meu entendre, elements que s'han revelat poc encertats, el principal dels quals és la supressió de la intervenció notarial en la fase prèvia, que ha suposat l'eliminació d'un element de certesa molt útil per al desenvolupament correcte del procediment

La nova regulació de la subrogació activa o per canvi de creditor que deriva de la modificació de la Llei 2/1994, de 30 de març, operada per la Disposició final tercera de l'LCCL, té també, al meu entendre, elements que s'han revelat poc encertats, el principal dels quals és la supressió de la intervenció notarial en la fase prèvia, que ha suposat l'eliminació d'un element de certesa molt útil per al desenvolupament correcte del procediment. La seva paralització durant quinze dies des que l'entitat primitiva lliura la certificació a la nova entitat (no com abans, des de la recepció del requeriment notarial) impedeix la confirmació fefaent de quan s'ha complert el termini a l'efecte de poder formalitzar la subrogació. De la mateixa manera, el fet d'haver-se deixat de preveure la possibilitat, per la manca d'aquest lliurament, del càlcul unilateral per la nova entitat i el seu dipòsit notarial a disposició de l'entitat primitiva planteja ara el dubte de si, com sembla, aquesta manca de lliurament bloqueja el procediment o el sistema previst anteriorment continua essent possible.

Entrant en l'àmbit del compliment de les obligacions de transparència, crec que el

dipòsit de les condicions generals en el Registre de condicions generals de la contractació no ha suposat, si més no de moment, cap millora en el seu coneixement previ pel consumidor. El que interessa el client, en primer lloc, és saber quines condicions financeres se li ofereixen i són aquestes condicions les que el portaran a contractar amb una entitat o una altra. Un cop presa aquesta decisió o quan la negociació estigui prou avançada, la o les entitats en qüestió han de facilitar la documentació prevista en l'art. 14 de la Llei, de la qual forma part un projecte del contracte en el qual s'inclouen aquestes condicions generals que, si és responsable, analitzarà degudament. Difícilment es comprovarà, no obstant això, si aquestes es corresponen amb les dipositades a l'RCGC i menys encara es farà aquesta comprovació, normalment enutjosa, prèviament a la recepció de la informació precontractual. Al meu entendre, per tant, només als intermediaris del crèdit immobiliari, figura encara d'aparició minoritària en l'iter contractual hipotecari, els pot interessar conèixer amb anterioritat, per mitjà de l'examen del Registre, quines condicions generals cada entitat té previst incorporar als seus contractes per tal de poder-ne informar, si és el cas, a qui sol·liciti el servei d'assessorament que inclogui una recomanació sobre el préstec que es vol contractar. En qualsevol cas, ni tan sols a aquest efecte limitat sembla que ajudi la possibilitat, reconeguda en la Instrucció DGRN de 13 de juny de 2019, que el dipòsit en l'RCGC es pugui fer no només per models de contracte, sinó també per clàusules ordenades per matèries o un altre criteri, opció que acabaria per convertir la informació dipositada en absolutament immanejable.

Les condicions financeres a les quals el prestatari ha de prestar atenció s'engloben, com sabem, en la **Fitxa Europea d'Informació Normalitzada o FEIN i, també, en la Fitxa d'Advertiments Estandarditzats o FiAE**. L'experiència d'aquest primer any en l'autorització de les "actes de transparència" regulades en l'art. 15 LCCI situen el Notari en condicions de valorar si es tracta d'una documentació adequada per transmetre aquesta informació en condicions de comprensibilitat de quina és la "càrrega jurídica i econòmica" del contracte. Doncs bé, com que no és, com no és, responsabilitat totalment del legislador espanyol —ja que el disseny de la FEIN consta a la Directiva i no pot ser alterat pel legislador estatal, segons que estableix el seu art. 14.8— la veritat és



que es tracta d'una **informació exhaustiva** i que, com ja ha posat de manifest la jurisprudència, **la sobreabundància d'informació pot acabar provocant un efecte contrari al pretès**. I és que, al meu entendre, conèixer totes les complicacions del contracte sobre la base de la documentació rebuda requereix al client un esforç personal molt més gran com menys coneixements previs tingui de la matèria.

Entrant en l'àmbit del compliment de les obligacions de transparència, crec que el dipòsit de les condicions generals en el Registre de condicions generals de la contractació no ha suposat, si més no de moment, cap millora en el seu coneixement previ pel consumidor. El que interessa el client, en primer lloc, és saber quines condicions financeres se li ofereixen i són aquestes condicions les que el portaran a contractar amb una entitat o una altra

Com dèiem, com que el disseny de la FEIN ve imposat per la Directiva, al meu entendre, **el legislador espanyol no ha**

encertat en el de la FiAE, document en el qual, juntament amb informació addicional com la referent als índexs de referència utilitzats o l'advertiment que es tracta, si és el cas, d'un préstec en moneda estrangera, se'n reitera alguna que ja figura en altres documents, com la relativa al venciment anticipat o la distribució de despeses (ha de resultar molt estrany al client que li repeteixin la informació sobre les despeses a la FEIN, la FiAE i al projecte de contracte) i que, en canvi, no se n'inclou cap en relació amb les comissions, matèria que la FEIN només esmenta respecte de la d'obertura, per la seva incidència en la TAE del contracte. Probablement, seria més útil que el document esmentat, o si es prefereix un altre de complementari, inclogués un petit resum del nucli i de les característiques essencials de les condicions financeres, amb remissió si és el cas als altres documents, en particular a la FEIN, per ampliar la informació corresponent.

És veritat que **la introducció de l'acta notarial proporciona ara una oportunitat que abans no se solia aprofitar per completar el coneixement de l'oferta contractual**. Però l'assessorament notarial inclòs en l'acta, com que sens dubte és concret i es refereix al préstec ofert específic, no deixa de ser, a priori, el que es podria donar a qualsevol



altre prestatari en relació amb aquest mateix préstec. Només les “qüestions plantejades” per aquest al Notari poden portar a personalitzar-les i, tot i així, cada persona posarà més atenció en aquelles clàusules que consideri que l’afectaran més directament que en les altres, encara que algunes d’aquestes acabin o puguin acabar tenint també, en l’esdevenir de la relació contractual, una importància inicialment no percebuda. Per tot això, **la valoració del sistema s’ha de posar en relació amb el nivell d’eficàcia o de comprensió prèstès.** Si bé, en termes generals, es podria dir que aquest sistema és eficaç respecte del “consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç” que faci aquest esforç per entendre totes les implicacions del contracte, també és possible que, per a molts prestataris amb pocs coneixements o experiència previs, la informació precontractual, tal com s’ofereix, resulti excessiva, no prou normalitzada i desincentivi aquest mateix esforç. Potser seria raonable plantejar-se que, a partir d’un contracte de préstec hipotecari “base” o simplificat, la introducció de determinades variables o elements addicionals únicament s’oferís a aquells clients amb aquests coneixements o experiència o que –com passa en la contractació de la hipoteca inversa: vegeu el número 4 de la disposició addicional primera de la Llei 41/2007 i l’art. 30.3 de l’OM de 28 d’octubre de 2011– haguessin rebut un assessorament independent previ i específic basat

en tota la informació sobre la seva situació –personal, econòmica– i necessitats concretes, cosa que naturalment excedeix la funció notarial.

En tot cas, **l’acta notarial constitueix, per descomptat, una de les grans novetats de la regulació i ha canviat en profunditat la manera d’operar de tots els subjectes implicats.** Després d’uns començaments previsiblement difícils, en què el procediment de remissió de la informació al Notari era l’element de més complicació pràctica, es pot dir que el sistema opera amb normalitat i eficàcia i que tots aquests subjectes mereixen –mereixem– un aprovat general, encara que per a això hagi estat i continuï essent necessari un esforç important. Ningú no pot negar que **el Notariat ha estat, un cop més, a l’altura del que se li ha demanat.** I parlar en aquest punt de sacrifici, tenint en compte que es tracta d’un esforç amb un cost econòmic no compensat, no sembla fora de lloc. Queda com sempre, en qualsevol cas, la satisfacció que proporciona l’agraïment del client, que sempre s’aprecia sincer, a qui s’ajuda a un millor coneixement del que es planteja contractar.

No hi deixa d’haver, no obstant això, qüestions que, relacionades amb l’atorgament de l’acta, plantegen en ocasions situacions d’una certa tensió. Una d’aquestes fa referència a la determinació de les persones que han de concórrer en l’atorgament. Cal pensar que totes aquestes persones han

hagut de rebre prèviament la informació precontractual que preveu l’article 14 de la Llei, i han hagut de fer-ho en els deu dies d’antelació (catorze a Catalunya) previstos legalment. Doncs bé, no sempre s’ha tingut en compte que no només el prestatari, el fidador o el garant han de consentir l’operació i, prèviament, comparèixer a l’acta. Quan el que s’hipoteca és el domicili habitual del matrimoni o de la parella estable ho ha de fer també l’altre membre, tal com es deriva de la Instrucció de la DGRN de 20 de desembre de 2019. I això vol dir que l’entitat financera s’ha de procurar informar de quina és la situació personal de l’hipotecant per poder, si és el cas, subministrar a aquest altre membre la dita documentació i facilitar-li les explicacions necessàries amb l’antelació prevista en la llei. Altrament, si la tal situació personal es posa en relleu en el moment de pretendre atorgar l’acta, o, pitjor encara, l’escriptura, ens trobem amb un problema la única solució possible del qual, el retard de la signatura del préstec, no satisfarà ningú. És cert que, quan la hipoteca és la manera de finançar l’adquisició d’aquest habitatge habitual, serem davant un “negoci complex” per a l’atorgament del qual la DGRN ha assenyalat en diferents resolucions que només és necessari el consentiment de l’adquirent, però aquesta és una doctrina l’aplicabilitat de la qual resulta discutida en supòsits com el de matrimonis subjectes a un règim econòmic estranger (RDGRN de 15 de juliol de 2011) o en aquells subjectes al Dret civil català (RDGDIEJ d’11 d’octubre de 2017).

No hi deixa d’haver, no obstant això, qüestions que, relacionades amb l’atorgament de l’acta, plantegen en ocasions situacions d’una certa tensió. Una d’aquestes fa referència a la determinació de les persones que han de concórrer en l’atorgament

El test que el prestatari, el fidador o el garant han de contestar amb motiu de l’atorgament de l’acta de transparència constitueix una peculiaritat d’aquesta a la qual els Notaris ja ens hem acostumat, i la valoració de la qual ha de ser positiva. Cal començar per recordar que, segons la Llei, el test té per objecte “concretar la documentació lliurada i la informació subministrada” (art. 15.2.c), la qual cosa, si bé



no resulta del tot coherent, sí que permet per si mateix superar interpretacions errònies (basades sens dubte en la referència a aquestes “proves d’entesa” que contenia el Projecte de Llei i que no van passar al text definitiu) que l’equiparaven a una mena d’exercici d’aprovat o suspès. **El test s’ha revelat útil en l’objectiu** –més ampli que l’assenyalat per a aquest per l’esmentada norma– **de contribuir a una millor comprensió per part del client de la informació que se li ha subministrada**, fins i tot mitjançant la comparació amb la correcta el que hagi pogut ser una resposta inicialment equivocada a alguna de les qüestions.

Un altre dels punts de discussió que ha sorgit en aquests primers mesos s’ha relacionat amb **l’acreditació de la concordança entre la informació subministrada al prestatari i el contingut del contracte atorgat finalment**. És cert que aquesta concordança, i la seva comprovació pel Notari, venen exigides pels arts. 29 i 30 de l’Ordre ministerial de 28 d’octubre de 2011, el contingut de la qual no ha estat modificat; amb tot, com que la LCCI estableix, de ma-

nera indubtable, que és responsabilitat del Notari la comprovació del compliment dels requisits d’informació precontractual, sense la verificació del qual no pot autoritzar l’escriptura, resulta d’un formalisme sense fonament exigir la constància expressa de la concordança ressenyada en la dita escriptura. Per tant, no pot sorprendre a ningú que la DGRN, en primer lloc en diferents resolucions aïllades i més tard en la Instrucció de 20 de desembre de 2019, hagi deixat clar que “si el Notari ha autoritzat l’escriptura de préstec hipotecari, ressenyant-hi l’acta de transparència segons els termes de l’art. 15.7 de la Llei, això és perquè prèviament ha controlat la coincidència de les seves condicions amb les comunicades per l’entitat a efectes informatius mitjançant la FEIN”, cosa que, d’altra banda, no exclou, com la mateixa Direcció General reconeix, que es puguin admetre discrepàncies relacionades amb condicions indiscutiblement millors que les ofertes inicialment o derivades d’una data de càlcul diferent.

Ha estat més discutida, atès que la Llei atribueix al prestatari el dret a rebre del

prestador el projecte de contracte si més no deu dies abans de la signatura de l’escriptura, la interpretació del Centre Directiu favorable a la subsistència del seu dret, al qual es refereix l’art. 30 de l’Ordre ministerial, a consultar el text de l’escriptura amb una antelació de tres dies (que a Catalunya són cinc, d’acord amb l’art. 262-6.3 del Codi de consum), i a la necessitat que el consumidor sigui informat en l’acta prèvia de l’existència d’aquest dret. Això no obstant, la Direcció General tan sols assumeix la distinció feta pel Tribunal Constitucional en la seva sentència 119/2018 que, en referir-se a la norma autonòmica de Madrid que regula el dret del consumidor a examinar el “projecte de document contractual” (similar al que ara regula l’art. 14 LCCI), va entendre-la constitucional sobre la base que es tracta d’un dret diferent del d’examinar el “projecte d’escriptura pública” al qual es refereix l’art. 30.2 de l’OM.

Ha estat més discutida, atès que la Llei atribueix al prestatari el dret a rebre del prestador el projecte de contracte si més no deu dies abans de la signatura de l’escriptura, la interpretació del Centre Directiu favorable a la subsistència del seu dret, al qual es refereix l’art. 30 de l’Ordre ministerial, a consultar el text de l’escriptura amb una antelació de tres dies (que a Catalunya són cinc, d’acord amb l’art. 262-6.3 del Codi de consum), i a la necessitat que el consumidor sigui informat en l’acta prèvia de l’existència d’aquest dret

En definitiva, ha estat un any per comprovar que es tracta d’una Llei difícil d’aplicar, amb importants inconvenients operatius i efectes de no senzilla assimilació, però amb molts altres aspectes que cal valorar positivament i que han d’ajudar a recuperar la confiança en el mercat del crèdit immobiliari.

A photograph of Sofía Puente Santiago, a woman with blonde hair, wearing a white sleeveless dress and high heels. She is standing in a formal office setting with wood-paneled walls. Behind her are the flags of the European Union and Spain. In front of her is a large wooden desk with two red leather chairs. The floor is made of light-colored wood.

“Quan perfillem el sistema d’identificació de la persona que fa l’acte, avançarem cap a la realització per videoconferència de determinades actuacions notariales”

Sofía Puente Santiago

Directora General de Seguretat Jurídica i Fe Pública

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Pablo Moreno

Sofía Puente Santiago (Valladolid, 1970) es va llicenciar en Dret per la Universidad de Valladolid el 1993. Va ingressar a la carrera de Fiscal el 1996, i ha desenvolupat la seva carrera professional a les fiscalies de Cadis, Plasència, Zamora, Palència i Valladolid. Ha estat fiscal delegada de Violència sobre la Dona, va dirigir el Centre d’Estudis Jurídics (2010-2012) i va ser vocal del Consell Fiscal de 2014 a 2018. Posteriorment ha estat fiscal a l’Audiència Provincial de Valladolid.

Des del gener d’aquest any és la directora general de Seguretat Jurídica i Fe Pública.

P: Es compleixen sis mesos des que va assumir la nova direcció general, ara anomenada de Seguretat Jurídica i Fe Pública, quin és el balanç d'aquests primers mesos?

R: D'aquests sis mesos, més de quatre han coincidit amb la crisi sanitària, per la qual cosa cap balanç pot ser positiu ateses les circumstàncies tan dràstiques i excepcionals que hem viscut com a societat. Durant aquest temps, ens hem dedicat a gestionar i a garantir el funcionament de la Justícia, amb el servei notarial inclòs, que no s'ha aturat durant el confinament com a servei públic d'interès general que és. Podrem fer un balanç real quan deixem enrere definitivament la COVID-19.

El meu màxim interès és normalitzar les relacions entre els cossos de Notaris i Registradors

P: A què responen els canvis introduïts en l'organització del Ministeri de Justícia, entre aquests la denominació de la direcció general i el seu pas a dependre de la Secretaria d'Estat de Justícia?

R: És un canvi que entenc que costi d'assimilar i d'interioritzar. És innegable que la denominació anterior era centenària i perfectament reconeixible i també és un fet cert que a tots ens costa acceptar els canvis de manera natural. Respon a una cosa tan senzilla com intentar posar l'accent en l'atenció al ciutadà i en les funcions que porten a terme els diferents cossos, concretament, les relatives a la seguretat jurídica preventiva i la fe pública.

A més, en aquesta nova etapa s'atribueixen a la Direcció General noves competències, com les que recauen en l'Oficina de Recuperació i Gestió d'Actius (ORGA). Les seves funcions entren dins aquesta idea de seguretat jurídica com a suma de certesa i legalitat, de tal manera que la ciutadania ha de saber que l'Estat farà tot el possible perquè els qui infringeixen la Llei no puguin obtenir cap benefici del delictes. La seguretat jurídica com a suma d'altres conceptes com la certesa, la legalitat, la



interdicció de l'arbitrarietat, la claredat i la garantia d'estabilitat del l'ordenament jurídic i de la seva execució és predicable de totes les atribucions de la direcció general i és el que fa que els països en els quals es respecten i es compleixen les normes siguin més proclius a les inversions segures i a l'emprenedoria comercial productiva i generin més riquesa i ocupació.

Per tots aquests motius, pensem que la nova denominació és més inclusiva respecte del conjunt de funcions que la direcció general assumeix actualment.

P: Evidentment, la crisi sanitària a causa de la COVID-19 i la consegüent declaració de l'estat d'alarma han alterat completament la normalitat. Quins són els principals reptes de la direcció general en aquest context?

R: Des de la prudència, perquè des coneixem com pot evolucionar el virus a la tardor, sembla que el pitjor ja ha passat. Durant la pandèmia el repte ha estat garantir la funció notarial sense posar en perill la salut dels treballadors de les notaries ni dels mateixos Notaris. Va suposar un repte organitzar el servei tenint en compte els diferents escenaris i la mateixa evolució de la pandèmia respectant en tot moment les recomanacions de les autoritats sanitàries. Això ens va portar a establir

diferents fases en la prestació del servei, atenent en un primer moment només els casos d'urgència fins a l'obertura total de les Notaries, l'escenari en el qual ens trobem actualment.

Hi ha una vocació de servei públic absoluta en el Notariat

P: I en termes generals, quins són els principals objectius i reptes que es planteja a curt, a mitjà i a llarg termini?

R: A curt termini, el meu màxim interès és normalitzar les relacions entre els cossos de Notaris i Registradors perquè no entenc que dos col·lectius tan pròxims i complementaris i les funcions dels quals són tan necessàries per als ciutadans mantinguin friccions des de fa temps. Estic convençuda que aconseguir aquest bon enteniment és perfectament possible i així ho demostren tant el president del Consell General del Notariat com la degana dels Registradors. Tinc confiança absoluta en ells dos. Tots dos han estat molt lleials a la Direcció General durant la pandèmia; he comptat en tot moment amb el seu suport i assessorament i, si ha estat possible el treball conjunt, crec que els ciutadans

mereixen que mantinguem aquesta línia de col·laboració un cop superats els pitjors moments de la crisi.

A curt i a mitjà termini també treballem en la transposició de la Directiva sobre digitalització, en l'accés telemàtic al Registre suprimint el fax, en una resolució conjunta amb el cadastre, en la possibilitat de la jubilació als 72 anys..., en fi, la tornada a la normalitat ens permet reprendre projectes aparcats durant la pandèmia.

Treballem en un paquet de mesures d'agilitat processal que tenen el punt de mira posat en l'àmbit tecnològic

P: Durant l'estat d'alarma, com comentava, les Notaries han estat considerades un servei essencial i en tot moment s'han mantingut obertes al ciutadà per atendre els assumptes urgents. Com valora la resposta del Notariat?

R: La resposta ha estat excepcional. En aquesta professió hi ha una vocació de servei públic absoluta. M'agradaria destacar especialment l'entusiasme amb el qual els Notaris més joves han assumit la seva tasca, com també el compromís dels professionals amb més experiència que no han perdut la il·lusió amb el pas

dels anys. A més, és encomiable i digne d'elogi l'esforç que han fet molts Notaris per mantenir les plantilles tot i la baixada de l'activitat i dels ingressos en aquests mesos. Sempre ho dic, em sento molt afortunada de poder dirigir un cos de professionals entregats al seu ofici amb generositat i vocació. Durant aquests temps he sentit tot el seu suport i el de la seva feina. Crec que tots han entès la dificultat que ha suposat arrencar aquesta direcció general en un escenari de crisi sanitària mundial. He de dir que tots han remat amb mi perquè la funció notarial continués i el servei públic no es malmetés. La resposta ha estat extraordinària i per això estic molt agraïda als Notaris i els seus treballadors.

P: Per evitar desplaçaments i facilitar el servei al ciutadà, el Notariat ja té preparada una plataforma electrònica notarial que permeti l'autorització per videoconferència d'alguns documents, com les pòlisses, i farà possible que qualsevol persona pugui optar per desplaçar-se a la Notaria o bé atorgar per videoconferència davant Notari fins a un 40% de les escriptures i pòlisses. Com valora aquesta proposta?

R: És una proposta que valoro molt positivament perquè he tingut l'oportunitat de conèixer detalladament l'eina i el seu funcionament. Sens dubte, entra dins els conceptes d'immediació digital i de fe pública en els quals treballa el Ministeri. Un cop s'acabi de perfilar el sis-

tema d'identificació de la persona que fa l'acte, podrem avançar cap a la realització per videoconferència de determinades actuacions notariales.

En l'escenari post-COVID19 assistirem a un increment de la càrrega de treball als jutjats. És necessari identificar mètodes alternatius a la resolució judicial de conflictes. Sens dubte, els Notaris han de tenir un paper destacat en aquests mètodes

P: Precisament l'àmbit tecnològic és fonamental en l'objectiu d'aconseguir una justícia més àgil. Quines són les innovacions, en matèria telemàtica, en les quals es treballa actualment?

R: L'àmbit tecnològic s'ha revelat com fonamental en aquesta pandèmia i prova d'això és que aquelles activitats que estaven adaptades a l'entorn digital no s'han vist ressentides durant la crisi. En el cas de la direcció general, el teletreball ha permès als funcionaris de la casa continuar resolent els expedients de nacionalitat, els recursos governatius, les consultes als registres d'últimes voluntats o de cobertura de defunció, per citar només alguns tràmits.

El Ministeri de Justícia treballa en un paquet de mesures d'agilitat processal que tenen el punt de mira posat en l'àmbit tecnològic. Els judicis telemàtics i l'accés de la ciutadania a les vistes judicials a través d'internet són dos casos d'èxit del binomi tecnologia i Justícia que ha impulsat el Ministeri en els darrers mesos. Com la cita prèvia web, que s'ha ampliat a les gerències territorials i que ha permès reprendre els tràmits per la via presencial d'una manera ordenada complint les recomanacions sanitàries.

Pel que fa al Notariat, estem en ple procés d'estudi i de desenvolupament de diverses millores tecnològiques que espero que vegin la llum en el menor temps possible.





Entrevista

P: Quin paper tenen els mitjans de resolució alternativa de conflictes i la jurisdicció voluntària? Com valora les atribucions actuals del Notariat en aquest àmbit? Preveu l'opció de noves atribucions?

R: Com conscients que, en l'escenari post-COVID19, assistirem a un increment de la càrrega de treball als jutjats i que, entre tots, hem de contribuir a alleugerir la litigiositat en determinades jurisdiccions. Per això, en efecte, és necessari identificar mètodes alternatius a la resolució judicial de conflictes, com la mediació i la conciliació, vies en les quals el Ministeri treballa per superar, com dic, la judicialització de determinats assumptes. Sens dubte, els Notaris, com a grans juristes que són i professionals acostumats a assessorar i a informar, i amb àmplia experiència en jurisdicció voluntària, han de tenir al meu parer un paper destacat en aquests mètodes alternatius. També treballem en això.

L'accés telemàtic dels Notaris als llibres del Registre està a punt d'assolir-se

P: Com valora el model i el nivell de seguretat jurídica al nostre país?

R: La meua percepció és que el model espanyol de seguretat jurídica gaudeix d'un ampli reconeixement entre els països del nostre entorn. La idea d'un Notari que fa un primer filtre de la legalitat, de garantia de compliment de la norma, d'assessorament com ara en l'acta prèvia a la formalització del préstec hipotecari, de canalització de les pretensions dels ciutadans, de prevenció de bloqueig de capitals, atorga un nivell excel·lent de certesa al ciutadà i dota el sistema de plena fiabilitat. El cercle de la seguretat jurídica el tanca el Registrador amb la tasca de qualificació que porta a terme.

P: Una de les reivindicacions llargament sol·licitades pel Notariat és el compliment de la Llei que permet



l'accés telemàtic dels Notaris als llibres del Registre. Actualment hi ha alguna iniciativa en aquest sentit?

R: Recentment ens hem reunit amb el president del Consell General del Notariat i la degana del Col·legi de Registradors per abordar, entre altres, aquest assumpte, al voltant del qual hi ha un acord unànim. Crec que ja podem anunciar que l'accés telemàtic dels Notaris als llibres del Registre està a punt d'assolir-se, la qual cosa suposa un avenç extraordinari que dotarà de més garanties l'actuació notarial i, sobretot, els ciutadans.

P: Per acabar, quin missatge llançaria als Notaris?

R: Des d'aquestes pàgines, vull reiterar el meu agraïment al president

dels Notaris, José Ángel Martínez Sanchiz, i a tota la seva junta, per la seva càlida benvinguda i la plena disposició mostrada des del primer moment. Un agraïment que faig extensiu a tots i a cadascun dels Notaris i treballadors de Notaries per l'enorme compromís amb el servei públic durant aquests mesos i la comprensió mostrada en tot moment envers aquesta directora general.

Vull acabar transmetent un missatge d'optimisme pel futur del cos. En temps difícils i d'incertesa, és necessari redoblar el compromís amb el servei públic i els ciutadans, i estrènyer els llaços de col·laboració per avançar de manera lleial i constructiva perquè, si, malgrat les dificultats, així ho fem, el camí estarà abonat perquè tot surti bé.



“Hem tingut un excés de regulació en molts àmbits i massa zel en la protecció dels consumidors”

Josep González Sala

President de PIMEC

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Sergi Alcàzar

Josep González Sala (Llimiana, Lleida, 1945) va cursar estudis d'Economia a la Universitat de Barcelona i es va diplomar en alta direcció per IESE. En l'àmbit de l'empresa privada, va estar inicialment vinculat amb activitats relacionades amb la indústria i el comerç internacional, sent director general d'una empresa multinacional americana del món de l'automoció i director i accionista majoritari de l'empresa de cablejat Furas. El 2007 entra en el sector immobiliari, amb l'empresa Naus Piera.

És vicepresident segon de la Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona i president de la Corredoria de segures PYME mediación, correduría de seguros. Va ser guardonat amb la Creu de Sant Jordi el 2019.

A nivell patronal, va presidir Sefes, organització empresarial del Baix Llobregat, fins a la seva fusió amb PIMEC l'any 1997. Des d'aquell any, presideix PIMEC, la confederació empresarial de Petita i Mitjana Empresa de Catalunya.

P: Després d'una llarga trajectòria al capdavant de Pimec, va ser-ne reelegit a juny del 2018 per al mandat actual. Com valora tots aquests anys i quines han estat les principals fites assolides?

R: Em sento molt orgullós de la feina feta al capdavant de PIMEC durant aquests anys de mandat i, de fet, aquest és el motiu pel qual hi porto 30 anys de president. En aquesta etapa, hem assolit moltes fites. La darrera, l'acord de representativitat que ha permès situar les pimes catalanes en el lloc que els correspon, però també n'hi ha hagut altres com la llei contra la morositat l'any 2010, l'eliminació de l'impòst sobre activitats econòmiques (IAE) per a pimes, el fort creixement de socis, l'expansió territorial amb 19 seus i delegacions arreu de Catalunya, i la seva sanejada situació econòmica, entre altres...

Apostem per tres àmbits que són clau per a la competitivitat del nostre teixit productiu: la digitalització, la formació i la potenciació de la indústria

P: En el marc dels grans objectius fixats, quines accions hi ha previstes o ja s'han portat a terme i quins són els reptes pendents?

R: Ara fa dos anys, a l'inici del mandat, vam apostar fortament per tres àmbits que són clau per a la competitivitat del nostre teixit productiu: la digitalització, la formació i la potenciació de la indústria.

En aquest sentit, hem acompanyat les empreses en la seva transformació digital a través d'un programa pioner que les guia en el seu procés de millora del model de negoci a través de la digitalització; hem organitzat el I Congrés de l'FP de Catalunya, en el qual hem situat la Formació Professional com a element estratègic més important per a una societat avançada; i hem seguit d'aprop el Pacte Nacional per la Indústria, que acabarà aquest any, i que malauradament ha tingut diversos entrebancs que no han permès que el seu desenvolupament hagi estat del tot òptim. També defensem un pla per augmentar la importància de



la indústria sobre el PIB, que en els darrers anys ha anat caient fins al 16%, quan Europa recomana que sigui del 20%.

P: Quina és la representativitat actual de Pimec?

R: PIMEC és l'agent més representatiu de Catalunya i, per tant, representa totes les pimes i els autònoms de Catalunya, que són el 99,9% de les empreses.

P: El percentatge de pimes a Catalunya és similar al dels principals països europeus? Quina ha estat l'evolució, en aquest sentit, a Catalunya i Europa, en els darrers anys? I quin futur preveu?

R: Certament, el percentatge de pimes és similar al de països del nostre entorn però cal tenir en compte que la dimensió de les nostres pimes és molt diferent. A Catalunya hi ha un 93,4% de microempreses respecte al total, això vol dir que gran part de les empreses tenen menys de 10 treballadors.

La pime catalana, per tant, és més petita que la del conjunt europeu i cal treballar per fer-la créixer. En termes generals, quan l'empresa és més gran millora el seu potencial competitiu, l'especialització, la innovació, l'accés als mercats internacionals, la capacitat inversora i les economies d'escala.

Hi ha diversos factors que influeixen en la dificultat perquè les pimes catalanes puguin créixer. El primer és d'àmbit historicocultural, com ara la menor antiguitat de les empreses, la reticència a compartir projectes. Però hi ha un factor negatiu molt decisiu que és la morositat. Tenir clients grans o l'Administració, que paguen molt tard és un impediment per créixer. Hi ha també raons fiscals i laborals.

P: Quina diferència hi ha entre un empresari i un emprenedor? La legislació del nostre país, en termes generals, hi ajuda?

R: Anomenen emprenedor a aquell que comença, que tira endavant un nou projecte, que innova, que té idees. Un empresari ha d'emprendre de manera constant. L'emprenedoria dins les empreses, la capacitat d'adaptació als canvis, la reinvençió són aspectes que estan en l'ADN d'un empresari. Les administracions haurien de valorar i donar més suport tant als emprenedors com als empresaris en general.

P: Quins són els veritables problemes de la petita i mitjana empresa?

R: Una fiscalitat injusta no pensada per a pimes, uns costos energètics massa alts, la xacra de la morositat, la dificultat per trobar personal qualificat, la inseguretat jurídica...



P: Com han de ser les empreses avui dia perquè siguin competitives? Com valora la competitivitat de Catalunya i d'Espanya en l'entorn europeu i mundial?

R: Han de tenir una bona estructura de capital, personal molt qualificat, bon producte o servei, bon coneixement dels seus potencials mercats... Respecte a Europa o a l'entorn mundial, hem de millorar la nostra capacitat de competir, massa orientada durant anys a uns costos laborals més baixos que ens han fet descuidar la innovació, entre altres factors.

P: Com afronten des de Pimec la situació actual, marcada per la pandèmia del Covid-19 i les seves conseqüències? Quines són les seves previsions en l'àmbit empresarial? Quines mesures ha posat en marxa Pimec? I quines creu necessàries per part de l'Administració?

R: Aquesta pandèmia està provocant una caiguda de l'activitat econòmica que trigarà a recuperar-se. Cal posar en marxa plans de reactivació potents i ajudar a les nostres pimes amb molta liquiditat, ajornaments de pagament d'impostos i en tot allò que les ajudi a sobreviure. Calculem que perdrem al voltant d'un 20% d'autònoms i pimes.

A PIMEC hem reforçat els nostres serveis per informar i ajudar les nostres em-

preses. Hem atès centenars de milers de consultes, hem facilitat gratuïtament material de seguretat als nostres associats, hem ajornat el pagament de les quotes dels nostres socis, hem fet innumbrables consultes a les administracions, moltes videoconferències amb ministres, consellers, economistes, etc., hem publicat butlletins diaris amb informació variada i molt completa.

L'administració ha de continuar proveint aquelles mesures que, en cada moment, siguin necessàries no només per mantenir el teixit productiu sinó per reactivar l'economia.

P: Com veu el marc econòmic i empresarial en el futur immediat?

R: En els propers quatre anys recuperarem la major part de l'economia però segurament quedaran alguns serrells, tal com va passar en la crisi del 2008. Dependrà de l'encert i la potència de les mesures que des dels governs es posin en marxa i també de les ajudes, ben administrades, que espereu que arribin aviat per part d'Europa i que haurem d'administrar bé, pel nostre interès com a ciutadans i per donar una imatge de bons gestors davant la resta d'Europa, que no sempre la veuen bé.

P: Creu que Catalunya continua sent el motor de l'economia espanyola?

R: Sens dubte. El PIB que genera Catalunya és superior al que generen Madrid i Andalusia juntes.

Hem de millorar la nostra capacitat de competir, massa orientada durant anys a uns costos laborals més baixos que ens han fet descuidar la innovació

P: Quins creu que són els sectors que han de liderar la recuperació econòmica en els propers temps? On tenim les fortaleses i les febleses?

R: El sector industrial ha de continuar sent important, ara més que mai, amb les necessàries adaptacions de la indústria 4.0, la digitalització, la millora de la formació professional.

El sector turístic també és important mantenir-lo, millorant el seu nivell adquisitiu. Ara bé, caldrà temps i fer bones polítiques i accions per aconseguir-ho. També haurem d'ajudar el petit comerç en la seva competència amb la venda on-line. D'altra banda, el sector sanitari i d'elements de seguretat són sectors que agafaran impuls amb les mancances que hem patit amb el Covid-19.

P: La internacionalització, molt present ja en les grans empreses, en quin punt es troba entre les petites i mitjanes empreses?

R: La internacionalització és un procés necessari però costós, en recursos humans i financers. Els diferents anuaris de PIMEC han demostrat que la internacionalització està per tant vinculada amb la mida de les empreses. Entre les micro empreses catalanes (menys de 10 treballadors) només un 5% té vendes a fora. Entre les petites (10-49 treballadors), un 20% és capaç d'exportar, una xifra que arriba al 40% entre les mitjanes empreses (de 50 a 249 treballadors). Entre les grans, vora la meitat de les empreses poden accedir als mercats internacionals. Per tant, un repte fonamental és que les empreses més petites puguin internacionalitzar els seus negocis de manera assequible. Malgrat tot, cada cop tenim pimes més internacionalitzades.



P: Quin paper juga Europa en l'àmbit de les pimes? Com afecta, en aquest sentit, la globalització?

R: Hauríem de veure Europa com una extensió del nostre mercat domèstic natural. De fet la UE compta amb 500 milions de consumidors, més que els Estats Units. Però és clar que allà tenen una mateixa llengua i legislació (llevat de petites diferències fiscals entre estats), mentre que a la UE parlem encara de 27 ordenaments jurídics diversos i llengües i cultures ben diferents. La nova Comissió Europea té precisament el mandat d'aprofundir el Mercat Únic, que encara no és tan únic com voldríem. La Comissió Europea hauria d'imposar amb més força les SMB (Small Business Acts) que fa anys va implantar per donar preferència a les pimes però que no ha donat el resultat que s'esperava.

Pel que fa a la globalització ara podríem dir que estem en una fase de regressió. Fa uns anys que assistim a la paràlisi de l'OMC i a creixents conflictes comercials, com EUA-Xina, Corea-Xina, Japó-Xina, EUA-Mèxic, EUA-UE, etc. La Covid-19 ha reforçat encara més el proteccionisme. Molts països han prohibit les exportacions de productes mèdics i molts altres ara volen ampliar els ajuts a les seves indústries. Segurament un cert grau de "desglobalització" podria ser positiu, doncs no té sentit que es fabriquin a Xina productes que al final tenen com a destí Europa. Fabricar a Xina ha de tenir sentit per vendre a Xina. Anirem potser cap a un món més "regional" amb els tres grans blocs: Amèrica, Europa/Àfrica, i Xina/Àsia.

P: Legislativament, en els darrers anys, i sovint marcats per Europa, ha pres força el reforç de la protecció al consumidor. Com es valora des de l'àmbit empresarial?

R: Sempre s'ha dit que "Amèrica innova, Àsia fabrica i Europa legisla". Potser hem tingut un excés de regulació en molts àmbits i massa zel en la protecció dels consumidors. La normativa sobre protecció de dades personals ha representat un fre i sobrecost per a moltes pimes. La normativa sobre garanties de producte va haver de ser esmenada per la patronal europea de pimes, SME United, de la qual formem part, per tal d'evitar costos desproporcionats a les pimes (per exemple, exigint terminis molt llargs de garantia i obligacions de reemborsament).



Ara també estem treballant a SME United en la nova directiva europea sobre demandes col·lectives de consumidors ("Collective redress"). Si fem unes normes massa favorables als consumidors, acabarem tenim només multinacionals, les úniques que poden complir amb les normes. A més, moltes de les multinacionals no són ni europees, com hem vist durant el confinament amb els Netflix, Amazon, Alibaba, etc.

Amb la pandèmia del Covid-19 calculem que perdrem al voltant d'un 20% d'autònoms i pimes

P: Factors com que una empresa sigui respectuosa amb el medi ambient, tingui representativitat de les dones, o faci acció social, cobra cada vegada més importància per al consumidor. Com s'articula aquesta visió des de Pimec?

R: L'empresa serà socialment responsable o no serà. Des de la Fundació PIMEC promovem entre les pimes i els autònoms la cultura de la sostenibilitat, la implantació dels Objectius de Desenvolupament Sostenible (ODS) impulsats per les Nacions Unides per un període que finalitzarà el 2030.

Els ODS són el resultat d'un procés ampli i obert de la representació de grups d'interès diversos (clients, treballadors, empresaris...) i abasten les tres dimensions del desenvolupament sostenible: el creixement econòmic, la inclusió social i la protecció del medi ambient. L'evolució dels objectius s'ha dirigit cap a un esforç més ambiciós de la comunitat internacional, els governs, la ciutadania i, evidentment, també les empreses.

La societat del futur serà molt més sensible a tot allò relacionat amb la sostenibilitat i aquesta pandèmia encara accentuarà la sensibilitat dels ciutadans en aquest sentit.

P: Amb Foment del Treball es va valorar, durant uns anys, una possible fusió, que finalment no va tirar endavant. En quin punt es troba la relació entre ambdues institucions? Com es pot aconseguir més unitat en la representativitat patronal?

R: Ara fa una mica més d'un any, vam signar amb el Departament de Treball de la Generalitat i Foment de Treball l'acord de representativitat que, entre altres qüestions, establia la paritat en la representativitat institucional i la unitat d'acció de les dues entitats, Foment i PIMEC.

No veiem com a solució un procés de fusió. Com passa a Europa, defensem millor els interessos de les empreses quan es fa de manera separada: pimes i autònoms, d'una



banda, i grans empreses, de l'altra. Això té una explicació i és que no sempre els interessos són coincidents.

Gràcies a l'acord de representativitat, a Catalunya ja hem aconseguit aquest dibuix en el mapa patronal i les relacions amb Foment del Treball són de diàleg i entesa quan la situació ho requereix. A PIMEC treballem per aconseguir el mateix en l'àmbit nacional, ja que Espanya està mancada d'una representació real de les pimes i els autònoms.

P: Quin creu que és el vincle entre el món econòmic i el jurídic, l'economia i el dret?

R: Hi ha una interrelació continuada entre ells. El món econòmic i jurí-

dic es nodreixen l'un de l'altre. L'econòmic necessita del jurídic per poder formalitzar i blindar determinades operacions i donar seguretat jurídica als intervinents i als pac-tes o operacions.

P: Com valora el nivell de seguretat jurídica al nostre país?

R: Creiem que és millorable. També depèn de l'àmbit en el qual ens situem. El marc mercantil i processal és més estable, ja que la seva regulació no està tan influïda pel color polític del moment. En canvi, en altres àmbits com el fiscal o l'educatiu ens veiem abocats a canvis constants: reials decrets, desenvolupaments reglamentaris, ordres ministerials, etc.

En l'àmbit laboral venim de molts anys on s'han fet pocs canvis i trobem a faltar una millor adaptació a les necessitats canviants que es produeixen. La darrera reforma laboral es va produir després de gairebé 30 anys sense canvis i encara va deixar molta inseguretat jurídica. Ara es vol anul·lar i no saltres pensem que seria un error. Només cal millorar-la.

P: Com veu la relació dels empresaris amb el notariat? En quines línies d'actuació o projectes creu que podria ser d'interès col·laborar?

R: El notari és un agent necessari per a l'empresari. Dona seguretat a les transaccions. Ambdues figures potser podrien col·laborar més per agilitzar els protocols de gestió documental, per estalviar temps i evitar tràmits innecessaris, tot i que en els darrers anys han fet un bon avanç en la gestió digital.

La nova Comissió Europea té precisament el mandat d'aprofundir el Mercat Únic, que encara no és tan únic com voldríem

P: Quin paper creu que han de jugar els notaris en la reactivació econòmica? I, en general, els operadors jurídics?

R: Els notaris poden contribuir en l'agilització i facilitació de la tramitació documental, mentre que els operadors jurídics poden contribuir millorant la seva coordinació i fins i tot creant comissions d'actuació conjunta per solucionar conflictes i potenciant la mediació. L'assessorament en qualsevol transacció pot ajudar a impulsar i fer-les segures.

P: Per finalitzar, quin missatge llançaria als empresaris en aquest moment?

R: Ens en sortirem!

A portrait of Joan Carles Ollé i Favaró, a middle-aged man with grey hair and glasses, wearing a dark suit, white shirt, and dark tie. He is standing in front of a large, ornate oval painting of a historical figure in a red robe. The background is a wood-paneled wall.

“El repte més important que tenim de cara als propers anys és el digital”

“En aquests dotze anys els notaris hem avançat clarament en un seguit de noves competències i en diverses lleis que han reforçat la funció”

Joan Carles Ollé i Favaró

Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFIES: Montserrat Fontich

Joan Carles Ollé i Favaró (Ulldecona, 1959) es va llicenciar en Dret i en Filologia Hispànica per la Universitat Central de Barcelona. Després d'opositar a notari els seus destins van ser Tàrraga (1986-1989), Figueres (1989-1995) i Badalona (1995-1997). Des de 1997, és notari de Barcelona.

Presideix la Fundació dels Notaris de Catalunya, és Director de la Comissió de Codificació de Catalunya des de 2013 i ha estat vicepresident del Consell General del Notariat (2011-2014).

Elegit degà del Col·legi de Notaris de Catalunya al desembre de 2008, ha renovat en dues ocasions el mandat, convertint-se en el segon degà que ha ocupat més anys el càrrec, només superat per Fèlix Ma. Falguera (1872-1883 i 1887-1889).

Aquest mes de novembre finalitza el seu mandat, no es presenta a la reelecció i fa balanç de la seva etapa al capdavant d'aquesta institució.



P: Quin és el balanç dels seus dotze anys com a degà del Col·legi?

R: El balanç d'aquest període, en termes generals, és que tot i les dificultats viscudes, com tot el món, ens n'hem sortit prou bé. En aquests dotze anys la societat espanyola i catalana i, per tant, els notaris, hem viscut unes crisis molt fortes, inimaginables en certa mesura. Primer, en el període posterior a 2007, amb una crisi econòmica fortíssima, la més dura a nivell mundial des del crack del 29. Després la crisi política a Catalunya de 2017, i ara, el 2020, la crisi sanitària de la pandèmia del Covid'19, en la que encara estem instal·lats. Ningú no es podia imaginar que hauríem d'afrontar aquests reptes, però crec que, en termes generals, la professió i el Col·legi estan millor ara que el 2009 quan vam entrar a la direcció corporativa.

L'equilibri entre el diàleg i la necessària fermesa en la defensa de les idees corporatives ha estat una constant de la meva gestió

P: Els seus inicis com a degà parteixen de la integració i de la recerca d'unitat...

R: Sí, crec que un tret important de la meua idea de gestió del Col·legi en tots aquests anys ha estat l'impuls de polítiques corporatives d'unitat i consens. El 2008, quan em vaig presentar per primer cop com a candidat a degà a les eleccions al Col·legi, vam fer una candidatura d'integració, amb bastants companys que procedien de les associacions, sobre tot Foro Notarial i la Joaquín Costa, que tanta activitat havien tingut en els anys anteriors, però també s'hi van incorporar molts altres notaris de diferents sensibilitats corporatives. Tot això va confluïr en aquell moment en la Plataforma Futuro Notarial, que fins i tot va fomentar candidatures alternatives en altres Col·legis. I amb aquesta idea de transversalitat, cohesió corporativa i consens general hem continuat avançant el tres mandats.



P: Posteriorment, en la gestió ja del càrrec, quins han estat els seus eixos fonamentals?

R: L'equilibri entre el diàleg i la necessària fermesa en la defensa de les idees corporatives ha estat una constant de la meua gestió. Hem procurat governar el Col·legi per a tots, per a les més àmplies majories. Hem mantingut el Col·legi unit fins i tot en els moments de més crisi i divisió de la societat que s'han viscut aquests anys. Crec que aquest plantejament permanent nostre, i meu en particular, d'integració i consens pot-

ser ha estat una de les claus de l'èxit que hem tingut a les tres conteses electorals a les que m'he presentat. Agradeixo molt sincerament el suport que he rebut dels companys en tots aquests anys, que m'ha esperonat a treballar i esforçar-me més encara en la gestió i representació del Col·legi. En aquest sentit, vull posar en valor l'alt nivell de tots els companys que m'han acompanyat en aquests anys. Sempre he valorat especialment envoltar-me de companys amb una gran vàlua professional i corporativa, que, en definitiva, incrementa el nivell de l'equip, agraint especialment al vicedegà i prin-



Entrevista

cipal col·laborador meu de tots aquests anys, José Alberto Marín. La veritat és que ha estat un veritable luxe treballar colze a colze amb aquests companys i companyes durant aquests dotze anys. Sota la direcció que m'ha correspost com a degà, hem treballat de manera molt col·legiada, buscant sempre per la meua part assolir el més ampli consens en la presa de decisions.

P: Per què i quan va decidir no presentar-se a la reelecció?

R: Ja vaig anunciar a les passades eleccions col·legials de 2016 que no em presentaria a la reelecció, tot i que el Reglament Notarial ho permet. Tres mandats és un temps més que suficient per intentar portar a terme els objectius d'un projecte corporatiu. Aquest tercer mandat m'he pogut dedicar més intensament al Col·legi, la qual cosa m'ha satisfet especialment i m'ha permès poder impulsar alguns projectes importants que teníem pendents. S'ha de deixar pas a nous lideratges i noves idees. Ara, una renovació en la continuïtat de l'actual equip de la Junta Directiva crec que

seria positiu per al Col·legi. Però això ho han de decidir els companys.

Hem defensat amb fermesa la funció i el projecte tecnològic notarial, però hem demostrat que alhora es poden impulsar polítiques corporatives dirigides a solucionar els problemes dels notaris del dia a dia dels seus despatxos

P: En quin punt es trobava la professió quan va assumir, per primera vegada, el deganat?

R: Hi havia continues rebaixes aranzelàries, demarcacions que creaven més i més places, es vivien atacs a la professió des dels mitjans de comunicació, la majoria d'operadors es posicionaven en contra nostra... la situació no era gaire positiva. La majoria d'aquests problemes no eren responsabilitat directa dels nostres dirigents corporatius però s'havia d'actuar i mirar de solucionar-los. Ara podem dir que en aquests dotze anys els notaris no hem sofert cap

revés legislatiu greu i, en canvi, hem avançat clarament en un seguit de noves competències i en diverses lleis que han reforçat la funció.

P: Quins han estat els principals objectius en aquests anys?

R: N'hem tingut dos, bàsicament: d'una banda, reorientar la política del Consell General del Notariat, que el 2008 consideràvem millorable, tot i estar d'acord i assumir les bondats del projecte tecnològic de l'etapa anterior i, de l'altra, potenciar en tots els àmbits possibles el Col·legi i la professió. Aquest segon objectiu crec que l'hem assolit en bona mesura. Del primer, millorar la política del Consell, penso que ho vam aconseguir clarament a partir de 2011, en que el Col·legi assoleix la Vicepresidència executiva i es posen a sobre la taula dues propostes estrella, que el Ministeri de Justícia assumeix: una Llei de Jurisdicció Voluntària amb noves competències tan destacades com matrimonis i divorcis, i una nova Demarcació només de reducció de places, de la que no se'n recorden precedents. L'aprovació d'aquestes dues lleis el 2015, amb l'esforç de molts, va marcar un abans i un després, la professió va donar una important passa endavant. A més, es van aprovar altres lleis que també anaven en la mateixa línia de potenciar la funció notarial, com la llei de Cooperació Jurídica Internacional i la Llei de Reforma del Cadastre i la Llei Hipotecària, aquesta última amb un protagonisme destacat del degà de València César Belda. En aquesta etapa la Degana de Castella la Manxa Palmira Delgado va fer un bon treball a la Secció d'Internacional.

P: Quin va ser el paper del Col·legi en la consecució de la tan reclamada Llei de Jurisdicció Voluntària?

R: Els antecedents se situen a finals de 2011, quan el PP guanya les eleccions, i des del Consell General del Notariat, del què en aquell moment n'ocupava la vicepresidència, li traslladem al nou Ministre de Justícia, Alberto Ruiz Gallardón, les principals propostes del notariat, entre les que figurava en primer lloc una Llei de Jurisdicció Voluntària, on vàrem incloure les competències que s'atribuïen als notaris en el frustrat projecte de Llei del PSOE de 2006-2007





més altres competències incloses en l'anomenat Document de desjudicialització que havíem aprovat a Catalunya el 2009. Un document, per cert, publicat a La Notaria, i que incloïa per primer cop les competències notariales en matrimonis i divorcis. Tot just unes setmanes després, en entrevistar-nos el President López Pardiñas i jo mateix amb el Ministre Gallardón, el primer que ens va dir va ser que volia impulsar una Llei de Jurisdicció Voluntària en que s'atribuïren als notaris aquestes competències que li havíem traslladat anteriorment. En sortir de la reunió les agències de notícies ja donaven aquest titular de la reunió. El Ministre havia fet seva la nostra proposta i, certament, la va impulsar amb fermesa. D'altra part, jo mateix em vaig encarregar d'organitzar diverses reunions amb el President i altres membres del Consell General de l'Advocacia i unes Jornades de Fe Pública amb el Col·legi Nacional dels Lletrats de l'Administració de Justícia que crec que van ajudar a aplanar el camí per a que aquests importants col·lectius jurídics donessin la seva conformitat al projecte de Llei. No hem d'oblidar que l'oposició frontal d'aquests operadors al projecte de Llei de 2006 va ser decisiu per al seu fracàs.

P: I pel que fa a la Demarcació de 2015?

R: Aquesta, sens dubte, ha de ser qualificada d'històrica i potser també d'irrepetible. Resulta difícil pensar que es tornin a donar les circumstàncies que facin possible una altra Demarcació que no més amortitzi places i en un nombre tan elevat. Aquí l'impuls i la interlocució del Col·legi de Catalunya va ser força important, ateses les competències compartides de la Generalitat en aquesta matèria, davant de la que lògicament vam fer múltiples gestions. Com ja he explicat en alguna altra ocasió, tot i que des del Consell General del Notariat s'havia fet molt bona feina presentant un text excel·lent, el Ministeri de Justícia, amb qui també hi vaig parlar sovint sobre aquest tema, no tenia una voluntat real d'aprovar la Demarcació, sobretot perquè la dels registradors era molt conflictiva, i no volien aprovar només la nostra. Ho van tenir molts mesos aturat, fins i tot anys, guardat en un calaix. La voluntat decidida de la Conselleria de Justícia en aprovar la Demarcació, amagant fins i tot en exercitar unilateralment la competència - cosa que des del Col·legi vam refrenar en tot moment-, va provocar que aleshores el Ministeri

vulgués agafar la iniciativa i impulsar-ho de debò. Finalment, no sense dificultats, es va aprovar de manera coordinada entre les dues Administracions, agafant el model dels concursos coordinats que, per cert, també van ser fruit d'una iniciativa de la Junta Directiva del Col·legi de Catalunya. Tant en aquesta revisió de la Demarcació com en l'aprovació de la Llei de Jurisdicció Voluntària el Col·legi hi ha jugat un paper fonamental.

Tant en la revisió de la Demarcació de 2015 com en l'aprovació de la Llei de Jurisdicció Voluntària el Col·legi hi ha jugat un paper fonamental

P: Els avenços i el repte tecnològic ha estat també una aposta clara en aquests anys...

R: Sí, crec que en el decurs d'aquests anys hem defensat amb fermesa la funció i el projecte tecnològic notarial, que era pràcticament l'única prioritat dels meus predecessors, i ha estat essencial, absolutament, però hem demostrat que alhora es poden impulsar polítiques corporatives dirigides a solucionar els problemes dels notaris del dia a dia dels seus despatxos. Aquí han entrat les nostres propostes de més competències i atribucions, de reducció de places, millores aranzelàries, allargament de la jubilació, etc. S'ha demostrat perfectament compatible, a les proves em remeto. S'ha reforçat legislativament la funció i alhora s'han aconseguit mesures que milloraven la situació de les notaries, sobretot a l'etapa tan dura de crisi econòmica. O si es vol dir d'una altra manera, no només és compatible sinó totalment necessari defensar una visió no només funcional sinó també professional de la figura del notari. Ara estem ja en una altra etapa, espero que sigui només un impasse, en què hem retrocedit a certes inèrcies del passat, fins i tot d'un passat anterior el segle XXI.

P: D'entre les assignatures pendents del Notariat en què creu



Entrevista



que segur que caldrà continuar treballant en un futur proper?

R: Hi va haver una tercera proposta estrella en la que des del Col·legi de Catalunya vàrem insistir molt en el sí del Consell General del Notariat però que finalment no es va poder aconseguir: un nou Aranzel. El de 1989, després de més de trenta anys i tantes rebaixes està molt desfasat però el Ministeri de Justícia, que inicialment ens va dir que sí, després es va fer enrere. Sabíem que no era gens fàcil però en algun moment s'haurà de tornar a intentar. Si més no, les gestions van servir perquè durant anys hi deixessin d'haver rebaixes aranzelàries. Ara darrerament n'hi torna ha haver alguna, o fins i tot documents gratuïts; sembla que els responsables actuals no ho considerin

prou rellevant, però es crea el precedent i la idea en els poders públics que hi ha marge per aquestes rebaixes o gratuïtat. I no és cert, no es pot assumir que cada cop hi hagi més documents per sota del seu cost o que siguin directament gratuïts. Aquí caldrà continuar insistint.

Una altra assignatura pendent és assolir l'allargament de la jubilació forçosa als 72 anys, que ja tenen altres cossos de funcionaris, com els jutges, fiscals o els catedràtics. Suposaria un estalvi important per a l'Estat i està en la línia general europea d'allargament de les jubilacions. Recordem que fins l'any 1983 la jubilació forçosa dels notaris estava situada als 75 anys. L'any 2016 amb el govern de Mariano Rajoy va haver una opció real d'aconseguir aquesta decisió legislativa, a través

d'una proposta que van presentar els partits catalans a les Corts, però finalment es va frustrar la possibilitat. Des del Col·legi seguim treballant en una mesura que ens sembla coherent i justa en relació a altres cossos d'alts funcionaris.

Seguim treballant en l'allargament de la jubilació forçosa als 72 anys, una mesura que ens sembla coherent i justa

P: Com valora la darrera legislatura al Consell General del Notariat i quina fita assolida en destacaria?

R: Crec que a partir del 2016, en aquest darrer mandat, el Consell General del Notariat ha perdut impuls i iniciativa. No vull dir que hagin estat quatre anys totalment perduts però sí que ha estat una gestió sense un pla estratègic, sense un projecte definit per a la professió. Hem deixat de ser proactius, estem a la defensiva. Ho lamento, però no me'n faig plenament responsable, donat que en aquesta etapa no he format part de la Comissió Permanent. Únicament podem destacar la Llei de Contractes de Crèdit Immobiliari de 2019, que reforça certament la figura del notari, tot i que suposa un gran esforç no remunerat. Per cert, vull recordar que el Col·legi de Catalunya, amb la seva interlocució amb els partits polítics catalans al Congrés, va tornar a ser decisiu en la difícil tramesa parlamentària d'aquesta llei, tot ajudant a evitar que prosperessin determinades esmenes força hostils a la funció notarial. Es pretenia ni més ni menys que els registradors qualifiquessin l'acta prèvia informativa i l'accés al registre del document privat electrònic en la hipoteca de crèdit refaccionari, el que es va anomenar de manera sibil·lina la "hipoteca verda".

P: Pel que fa al Col·legi, quins han estat els eixos i els principals projectes posats en marxa aquests darrers anys?

R: Hem treballat en diversos eixos, principalment: la voluntat de reforçar institucionalment el Col·legi per tal de posicionar-lo amb força davant la comunitat jurídica i els operadors;



l'impuls de les activitats culturals; el reforç, a nivell intern, del grau d'informació i formació continuada; i l'estreta col·laboració amb l'Administració, tant catalana com de l'Estat, que ens ha permès reforçar tot el que fa referència a la funció pública. També ha estat fonamental la promoció dels valors ètics i deontològics del notari, i l'austeritat pressupostària, que han estat una prioritat en la nostra gestió.

P: De les iniciatives per reforçar institucionalment el Col·legi i les activitats culturals, què en destacaria?

R: Pel que fa al primer eix, les iniciatives ja ben consolidades són diverses: el Premi Puig Salellas, la Fundació dels Notaris de Catalunya, amb un fort caire social, el Centre de Mediació i Conciliació Notarial, l'Institut Notarial de Dret Internacional Privat, o la designació del Col·legi com a seu de la Comissió d'Afers Europeus (CAE) de la Unió Internacional del Notariat (UINL) en són exemples.

Quant a l'impuls de les activitats culturals, sempre ha tingut i té caràcter estratègic en les Juntes Directives que he

presidit. Hem volgut obrir el Col·legi a la Universitat, als operadors i al conjunt de la comunitat jurídica. Les conferències, jornades, seminaris i publicacions han estat abundants, centenars, en tots aquests anys. Hem potenciat la nostra revista La Notaria, que en aquest moment és un referent, en una edició modernitzada i bilingüe, en doble edició en castellà i català. Hem instaurant jornades mixtes amb els jutges - hi participem donant classes en el programa oficial de l'Escola Judicial-, amb Foment del Treball i d'altres. També tenim en marxa un altre projecte molt ambiciós, una col·lecció de monografies de dret civil català, elaborada exclusivament per notaris del Col·legi, que crec que és una molt bona aportació dels notaris catalans a l'estudi i divulgació del dret civil català.

P: Parlava també del reforç de la formació interna i de la formació continuada...

R: Sí, la informació interna i la formació continuada les hem reforçat i ampliat, amb una oferta de qualitat: el Butlletí Informatiu, el Butlletí d'Actualitat Jurídica, el Seminari general i el fiscal, el Flash fiscal, l'esmentat Institut Notarial de

Dret Internacional Privat... Hem establert les Jornades bianuals de Sant Benet, de debat i reflexió interna col·legial, tot recuperant, actualitzades, les històriques Jornades de Poblet. Tenim cursos de català, anglès i alemany. En aquest moment el nivell d'informació i opcions formatives i culturals que tenen els notaris del nostre Col·legi és abundant i de qualitat, sens dubte som dels Col·legis amb una millor oferta en aquest sentit.

El notariat ha de seguir evolucionant i adaptant-se als canvis cada cop més vertiginosos que deriven de la globalització i la revolució tecnològica

P: Destacava també com a prioritat l'àmbit deontològic i l'austeritat pressupostària...

R: Sí, la promoció dels valors ètics i deontològics del notari i la lluita contra el fenomen de la concentració de signatures, que genera greus disfuncions en l'exercici de la funció, d'una manera molt especial a les grans ciutats, ha estat també un eix de la nostra acció. No és fàcil enfrontar-s'hi, per la dificultat d'incidir en el modus operandi de les entitats financeres. Però s'han pres moltes mesures i s'ha millorat. Ja en el primer mandat vam aprovar el Reglament de Règim Interior que, per cert, si no vaig errat, és el primer de la història del Col·legi. L'any 2015 vam prendre el molt important acord de prohibició de signar fora dels despatxos, tret de determinades excepcions, en la línia d'altres Col·legis. És un acord que marca una fita, un punt d'inflexió positiu en l'exercici de la professió. En la meua etapa a la vicepresidència del Consell també es va impulsar l'aprovació del Codi Deontològic de la professió, que va elaborar la Comissió de Disciplina i Deontologia, creada en aquella etapa i actualment inactiva.

Pel que fa al pressupost col·legial, durant els dotze anys dels tres mandats hem congelat el pressupost de despeses i pràcticament hem doblat la tresoreria del Col·legi. Al pressupost que hem presentat de 2020 i la liquidació de l'exercici 2019 hi ha hagut un nivell de despesa



Entrevista

lleugerament inferior al pressupost de 2008, que fou l'immediatament anterior al nostre accés a la direcció corporativa. O sigui, gastem menys que dotze anys enrere: aviat està dit. Hem mirat en tot moment de retallar d'aquí i d'allà les despeses no estrictament necessàries, hem reduït el nombre d'empleats del Col·legi, sense afectació en els serveis, i alhora fa bastants anys que hem reduït la quota fixa col·legial. Puc dir amb orgull que amb el mateix o fins i tot amb menys hem fet més, una multiplicitat d'activitats culturals i projectes corporatius que ens enorgulleix. Particularment he de destacar que en aquest punt la gestió del tresorer, Joan Carles Farrés, i la Comissió de Seguint del Pressupost ha estat brillant.

La tecnologia no és un fi en sí mateixa sinó un mitjà per a que el notari pugui seguir fent amb les millors condicions possibles allò que és consubstancial a la seva funció: el control de legalitat, el consell i l'assessorament jurídic gratuït del ciutadà

P: Què en destacaria de la col·laboració del Col·legi amb la Generalitat?

R: La nostra col·laboració, en especial amb la Conselleria de Justícia, és important, ha estat una prioritat per a mi i per a les Juntes Directives que he presidit i penso que ha estat positiva per al notariat i per a l'interès general. He de dir que en aquest moment la col·laboració és especialment fluïda i fructífera amb la consellera de Justícia, Ester Capella, i el director general de Dret i Entitats Jurídiques, Xavier Bernadí. Sempre hem trobat una excel·lent receptivitat i suport en l'Administració catalana, que s'ha mantingut en les diferents etapes polítiques i els diferents Governos. Hem col·laborat en nombrosos projectes d'interès corporatiu i general com ara amb els concursos coordinats amb el Ministeri de Justícia, la flexibilització del requisit de l'idioma, la Demarcació també coordinada, la tramitació telemàtica íntegra notarial, l'accés telemàtic als registres administratius, les bonificacions fiscals, com en el cas dels

divorcis i separacions notarials o les actes de dipòsit d'arres, i continuem treballant en d'altres actualment en fase d'estudi i elaboració.

P: Un dels àmbits en què la col·laboració ha donat més fruits és en el procés d'elaboració del dret civil català, mitjançant la Comissió de Codificació de la que n'és director des de l'any 2013. Com valora aquesta implicació?

R: La participació del Col·legi de Notaris en el procés d'elaboració del dret civil català d'ençà la Transició ha estat rellevant, i en els anys del meu Deganat també ha estat molt intensa en el sí de la Comissió de Codificació, que tinc l'honor de dirigir i és l'organisme actualment encarregat d'elaborar les lleis del Codi Civil de Catalunya, un text jurídic rigorós i innovador. El notariat i el Col·legi té a Catalunya un fort arrelament social en el sí de la societat catalana i una tradició històrica de defensa i conservació del dret civil català, que han de continuar i sens dubte continuaran de cara el futur. Aquest nivell de col·laboració, en el camp del dret civil i en els altres àmbits que he esmentat, així com aquesta tradició il·lustre que ens precedeix, es va traduir en la concessió, per part de la Generalitat, de la Creu de Sant Jordi l'any 2010 al Col·legi de Notaris i de la Medalla d'Honor de la Justícia l'any 2012 a la Junta Directiva.

P: I pel que fa al el Ministeri de Justícia, com han estat i són actualment les relacions?

R: Tant amb el Ministeri directament com amb la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN), ara de Seguretat Jurídica i Fe Pública, han estat excel·lents en tots aquests anys, amb fil directe freqüent. Vam celebrar al Col·legi unes oposicions al cos de notaris convocades per la DGRN l'any 2015-2016, amb absoluta normalitat, després de l'Estatut de 2006, que foren un èxit, com sempre. Els directors generals han visitat en diverses ocasions el Col·legi, hi han donat conferències i han participat i presidit jornades, tant Maria Ángeles Alcalá i Joaquín Rodríguez, com Javier Gómez Gállego o Pedro Garrido. L'actual directora general, Sofia Puente, ens ha concedit una entrevista en aquest mateix número de la nos-

tra Revista. També han visitat el Col·legi i presidit jornades els ministres de Justícia Alberto Ruiz Gallardón i Rafael Catalá, aquest en dues ocasions, als qui coneixia i havia tractat sovint en la meua etapa a la Vicepresidència del Consell. Amb l'actual ministre, Juan Carlos Campo, ja teníem tancada una conferència seva al Col·legi per al mes d'abril, que vam haver de suspendre per la declaració de l'estat alarma, però que ben segur se celebrarà tan aviat ho permetin les circumstàncies actuals de la pandèmia.

P: Com valora la potenciació del caràcter de funcionari públic viscuda els darrers anys?

R: Pel que fa a la política notarial d'aquests anys, de fet de les dues primeres dècades del segle XXI, és cert que aquesta ha potenciat el caràcter de funcionari públic del notari. És un encert haver reforçat tot el que fa referència a la funció pública i a la col·laboració estreta amb l'Administració que se'n deriva. Els poders públics en general crec que han estat receptius a aquest plantejament, la qual cosa s'ha traduït amb unes lleis més favorables al notariat que en les dècades anteriors. Amb tot, aquesta política corporativa de potenciació del caràcter de funcionari públic no s'ha d'exagerar ni portar al límit; seria negatiu, no podem oblidar el caràcter també de professional del dret del notari llatí. Una visió excessivament reduccionista en aquest sentit podria portar a alguns excessos que s'han observat darrerament en alguna ocasió en el sentit d'imposar des del CGN i l'OCP massa obligacions als notaris que poden coartar la seva autonomia funcional que li es pròpia i que el diferencia del funcionari pur.

P: De les iniciatives portades a terme en aquest darrer mandat, quines en destacaria?

R: Aquest darrer mandat hem seguit reforçant i modernitzant el Col·legi. Algunes iniciatives ja les he comentat prèviament però n'hi d'altres que també voldria destacar. Per exemple, hem creat el Centre de Mediació i Conciliació Notarial del Col·legi. És un àmbit en que la professió hi té un paper important a jugar de cara el futur. Acabem d'enllestir l'Espai Divulgatiu també a la planta



baixa de la nostra seu, amb el que volem continuar amb la modernització de les instal·lacions i l'obertura del Col·legi i la professió a la societat catalana i als operadors, explicant amb diverses eines molt visuals la història del Col·legi i els continguts de la joia que és el nostre Arxiu Històric de Protocols de Barcelona, però també, i sobretot, posant de relleu totes les apostes i els avanços tecnològics i en altres àmbits jurídics que està fent el notariat les darreres dècades. Recentment, també hem adquirit un edifici a la ciutat de Barcelona per a l'ampliació de l'Arxiu, adquisició que era molt necessària, atès que les dependències del carrer del Notariat ja s'han quedat petites i estan al límit per emmagatzemar en els propers anys els protocols notariais.

També hem seguit avançant, emmarcat en l'eix deontològic que comentava abans, reforçant clarament el dret de lliure elecció del notari per part del consumidor en la Llei de Contractes de Crèdit Immobiliari. En aquesta mateixa línia, des de la Junta Directiva hem portat a terme una campanya informativa als ciutadans. Pel que fa al torn oficial de repartiment de documents, hem subscrit dos importants convenis: amb l'Ajuntament de Barcelona i, més recentment, amb la Generalitat. Hi havia el problema que a Barcelona ciutat ja des de fa diverses dècades s'havia instaurat des del Col·legi un sistema de compensació substitutiu del torn, que els tribunals i les autoritats de la competència ens han desautoritzat, amb la qual cosa actualment no hi havia ni sistema de compensació ni torn oficial. Ara, amb aquests dos convenis hem restaurat el torn d'ofici amb les dues Administracions amb més presència a la ciutat.

P: En el moment actual, la pandèmia del Covid'19 condiciona absolutament el desenvolupament de projectes...

R: És cert que la greu situació mundial de pandèmia d'aquest any, en la que encara estem instal·lats, ens condiciona, però també ha posat de manifest, un cop més, l'alt sentit de servei públic del col·lectiu notarial, que ha prestat de manera exemplar la funció en les situacions més adverses de l'estat d'alarma. Els Decrets de 14 i 29 de març d'enguany van decretar que les notaries prestessin un

servei públic essencial i, per tant, havien de romandre obertes, amb les mesures de prevenció i seguretat sanitària fixades per l'Administració, per tal de garantir els serveis mínims bàsics per al manteniment imprescindible de l'activitat econòmica societària i financera i per evitar danys patrimonials greus i irreparables a les persones, les famílies i les empreses. Des dels òrgans corporatius, des del Consell General del Notariat i, en particular, des del Col·legi de Notaris s'han donat i es donen les informacions i les pautes necessàries per tal d'encarar una situació tan extraordinària. El notariat, un cop més, ha sabut i sap estar a l'alçada.

P: Quin és el principal repte del notariat en els propers anys?

R: El repte més important que tenim de cara als propers anys és el digital. Els darrers anys hi he insistit abastament. Fa dues dècades que els notaris vam iniciar un projecte tecnològic molt potent i qualificat, situant-nos a l'avantguarda dels operadors jurídics, amb una xarxa única integrada d'alta qualitat que uneix als gairebé tres mil notaris de l'Estat i ens permet fer milions de serveis telemàtics anualment amb les oficines liquidadores, l'Administració en general i els registres. La creació d'Ancert el 2002, amb seu efectiva a Sant Cugat, per cert, creada sota l'impuls inicial del Col·legi de Catalunya, amb fites destacades com la posterior creació de l'Òrgan Centralitzat de Prevenció (OCP), l'Índex Únic o la Base de Dades de Titularitat Real, ens han situat tots aquests anys en una posició capdavantera dins del notariat europeu.

P: Quin missatge final vol llençar?

R: Voldria insistir en què el notariat, que segueix essent útil i beneficiós per a la societat espanyola i catalana i per a l'activitat econòmica del país, ha de seguir evolucionant i adaptant-se als canvis cada cop més vertiginosos que deriven de la globalització i la revolució tecnològica. S'hauran de donar noves passes i, fins i tot, de més envergadura. En aquest context, s'ha de destacar la proposta notarial recent del Consell General del Notariat al Ministeri de Justícia



d'introduir la videoconferència en l'autorització de determinats actes jurídics. És una proposta en la direcció correcta però el nou Consell que es constituirà a finals d'any ha d'anar més lluny i ha de presentar al Govern de la Nació un pla estratègic integral que contempli en tots els seus aspectes l'adaptació per a les properes dècades de la fe pública notarial al món digital. Això és una necessitat indefugible de cara la futura incorporació de la Directiva europea de digitalització de societats i les altres iniciatives legislatives que hi haurà en els propers anys, per tal que la funció notarial segueixi ocupant una posició central en la contractació civil i mercantil.

Tot i així, mai no s'ha de perdre de vista que la tecnologia, amb tota la seva enorme importància, amb la que el notariat hi té un fort compromís, com he dit, no és un fi en sí mateixa sinó un mitjà per a que el notari pugui seguir fent amb les millors condicions possibles allò que és consubstancial a la seva funció: el control de legalitat, el consell i l'assessorament jurídic gratuït del ciutadà.

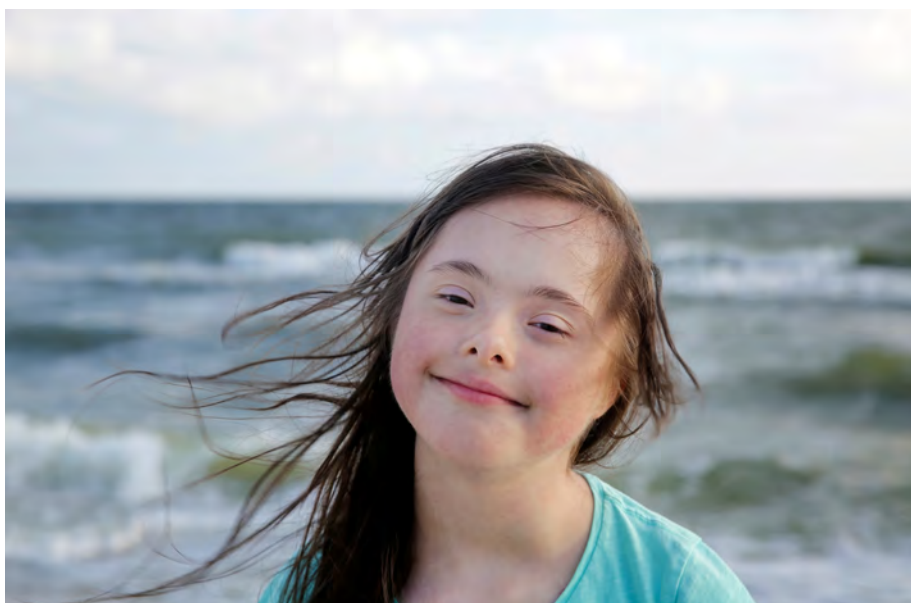
El repte de la reforma de la legislació civil en matèria de discapacitat

María Linacero de la Fuente
Catedrática de Dret Civil
Universitat Complutense de Madrid

"Cambiar el mundo, amigo Sancho, que no es locura ni utopía, sino justicia!", dijo Don Quijote

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ
2. MARC LEGISLATIU DE LA DISCAPACITAT. LEGISLACIÓ NACIONAL, INTERNACIONAL I DRET CIVIL ESPECIAL
3. ELS ESTATS CIVILS I LA REFORMA DE LA INCAPACITACIÓ. LA SUPRESSIÓ DE L'ESTAT CIVIL D'INCAPACITAT. LA DISCAPACITAT COM A CIRCUMSTÀNCIA DE LA PERSONA QUE NECESSITA SUPORTS EN FUNCIÓ DEL SEU GRAU D'AUTODETERMINACIÓ
4. TENDÈNCIES ACTUALS EN MATÈRIA DE DISCAPACITAT. LA REFORMA PROFUNDA DE LA DISCAPACITAT I LA SEVA ADAPTACIÓ A LA CONVENCIÓ DE NOVA YORK DE 2006
5. ALGUNES CONSIDERACIONS SOBRE EL PROJECTE DE LLEI DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓ CIVIL I PROCESSAL EN MATÈRIA DE DISCAPACITAT
 - 5.1. IDEA GENERAL.
 - 5.2. CONSIDERACIONS CRÍTIQUES



1. Introducció

Transcorreguts 131 anys des de l'aprovació del Codi civil espanyol i més de 40 anys des de la Constitució que va impulsar les principals reformes del Llibre I del Codi civil, sembla que és convenient que els juristes reflexionin i assagin noves vies jurídiques orientades a una reforma profunda i estructural que afectaria les institucions essencials del Dret civil com a Dret de la persona ⁽¹⁾.

Al meu parer, resulta inqüestionable la bona tècnica jurídica i la solidesa del Codi civil espanyol, però la veritat és que la nova estructura social, econòmica i política de segle xxi, demana canvis de transcendència en l'ordenament civil.

Com he sostingut reiteradament, el legislador, tard o d'hora, haurà d'emprendre una reforma profunda que potser aconselli un nou Codi civil en lloc de la tècnica de les reformes parcials.



En tot cas, i al marge de la intensa tasca d'un nou Codi civil o de la conveniència d'una reforma integral del Llibre I (que ha de ser fruit d'un alt consens jurídic i polític) ⁽²⁾, l'objecte d'aquest treball és el repte de la reforma urgent de la incapacitació i les institucions tutelars, amb especial referència a l'Avantprojecte de reforma de la legislació civil i processal en matèria de discapacitat (en endavant, APDL) i, més recentment, el Projecte de Llei pel qual es reforma la legislació la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica (en endavant PDL). Propostes legislatives guiades per la necessària adequació de l'ordenament jurídic espanyol a la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006 (en endavant, CDPD).

El nou enfocament de la discapacitat obliga a redefinir les categories clàssiques de la capacitat i els estats civils o de la incapacitació i les institucions tutelars en vista de les noves tendències legislatives, però sense abandonar el rigor conceptual.

Sens dubte, un dels punts més delicats és la delimitació del concepte de persona amb discapacitat que, tenint en compte la seva amplitud (art. 1.2 Convenció de 2006 i art. 49 CE, art. 2 Llei 41/2003, art. 4 RDL 1/2013, de 29 de novembre, per qual s'aprova el Text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social, en endavant TRLGD) ⁽³⁾, permet incloure una variada casuística de situacions de discapacitat respecte de la dada objectiva de la incapacitació, a la qual cosa s'afegeix l'abandó de la institució de la tutela de les persones amb capacitat modificada judicialment i el protagonisme de la curatela.

A tot això cal afegir la profusa legislació en matèria de Drets civils especials, singularment, el Codi civil de Catalunya i el Codi de Dret civil foral d'Aragó.

La reforma de les institucions que integren el Dret de la persona i el Dret de família s'ha de dissenyar en harmonia amb els principis constitucionals de lliure desenvolupament de la personalitat, la dignitat, la igualtat i la llibertat, i adequar-se a la realitat social i a l'estructura política, jurídica i econòmica del segle XXI.

FITXA TÈCNICA



Resum: El nou enfocament de la discapacitat obliga a redefinir les categories clàssiques de la Capacitat i Els estats civils o de la incapacitació i les institucions tutelars, a la llum de les Noves tendències legislatives, però sense abandonar el necessari rigor conceptual. En aquest treball s'aborda la reforma urgent de l'Tractament de la incapacitació i les institucions tutelars en el Codi Civil, amb especial referència al Projecte de Llei de reforma de la legislació civil i processal en matèria de discapacitat i la Necessitat d'adequació de l'ordenament jurídic espanyol a la Convenció de Nova York sobre els Drets de les persones amb discapacitat.

Paraules clau: Discapacitat, reforma de el Codi civil, Dret civil, institucions tutelars.

Abstract: The new approach to disability requires a redefinition of the classic categories of capacity or disability and guardianship institutions, in light of new legislative trends, but without abandoning the necessary conceptual rigor. This work addresses the urgent reform of the treatment of disability and guardianship institutions in the Spanish Civil Code, with special reference to the reform of civil and procedural legislation on disability and the need to adapt the Spanish legal system to the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Keywords: Disability, reform of Civil Code, Civil Law, guardianship institutions

2. Marc legislatiu de la discapacitat. Legislació nacional, internacional i Dret civil especial

Des del punt de vista normatiu, una fita fonamental en la matèria ha estat la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat de 13 de desembre de 2006. La ratificació es va produir a Espanya el 23 de novembre de 2007 i és vigent des del 3 de maig de 2008.

El procés d'adaptació de l'ordenament espanyol a la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat s'ha reflectit en diverses i rellevants reformes legislatives. No obstant això, continua pendent la reforma profunda del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i d'altres textos legals.

Als països del nostre entorn, assistim a polítiques legislatives d'impuls de reformes profundes en la matèria, algunes ja culminades i d'altres en fase de transformació.

No es pot oblidar que l'univers social i jurídic de la discapacitat és complex i dinàmic i, per tant, exigeix un tractament rigorós i sistemàtic de les reformes que s'han d'articular a partir dels principis i de la filosofia de la Convenció de 2006.

En aquest sentit, sembla que és convenient exposar el marc legislatiu de la discapacitat per tal de disposar d'una visió completa, sistemàtica i integral del règim de protecció de la discapacitat, i conclou-

re amb una visió breu del Dret comparat i Dret civil especial.

En l'estudi del règim jurídic del Dret espanyol sobre la incapacitació i la discapacitat es poden reflectir diverses fites legislatives:

1. En primer lloc, la Constitució espanyola de 1978 (fonamentalment, els articles 14, 49 i 50 CE).

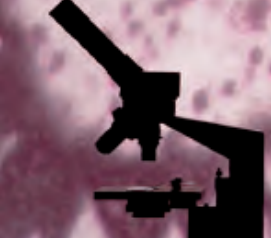
En compliment de diversos preceptes constitucionals (arts. 9.2, 10.1, 14, 16, 32, 39, 49 i 50 CE) i dels instruments internacionals ratificats per Espanya, s'ha dut a terme un procés de renovació i de renaixement del Dret de la persona i de les famílies.

2. Reformes de la legislació civil i processal que afecten la discapacitat.

- Llei, de 24 d'octubre de 1983, de reforma del Codi civil en matèria de tutela, amb nova redacció i sistemàtica als Títols IX i X del Llibre I del Codi civil (arts. 199-306 del Codi civil) ⁽⁴⁾.

- Llei 11/1987, d'11 de novembre, en matèria d'adopció, que va aportar, com a principal innovació, la figura de la tutela automàtica de menors (art. 172 del Codi civil) pel que fa a la institució tutelar.

- Llei orgànica, de 15 de gener de 1996, de protecció jurídica del menor, que va reformar nombrosos preceptes de la institució tutelar (articles 211, 216, 234, 247, 248, 260, 271, 272, 273, 300 i 163 del Codi civil) ⁽⁵⁾.



- Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, en la disposició derogatòria única 2, 1a, deroga els articles 202 a 215 del Llibre I, Títol IX del Codi civil "De la incapacitació"; i els arts. 294-296 i 298 del Llibre I, Títol X, Capítol III, Secció 2a del Codi civil "De la curatela en casos de prodigalitat"⁽⁶⁾.

- Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat, reformada per la Llei 1/2009, de 25 de març, que introdueix aportacions importants que reforcen l'autonomia de la voluntat.

- Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència.

- Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere (modificada per la LO 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència).

- Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes.

- Llei 20/2011, de 21 de juliol (BOE n. 175, de 22 de juliol), del Registre Civil (en

vacatio legis fins al 30 d'abril de 2021, llevat dels preceptes declarats vigents)⁽⁷⁾.

- Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària que regula els expedients de jurisdicció voluntària en la matèria. Secció primera, *Disposició comuna*, art. 43, Secció segona *Tutela i curatela*, arts. 44-51, Secció tercera *Guarda de fet*, article 52.

- Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, que reforma, entre altres, la LO 1/1996.

Entre les modificacions de més rellevància destaca la de l'article 2 LOPJM, *Interès superior del menor*, article 3 *Referència a instruments internacionals* (per tal d'incloure la referència oportuna a la Convenció de drets de les persones amb discapacitat de 13 de desembre de 2006) o l'article 9 *Dret fonamental del menor a ser oït i escoltat*.

- Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i l'adolescència, que modifica alguns preceptes relatius a les institucions tutelars; en concret, els arts. 216, 239 CC, afegeix l'art. 239 bis CC i modifica l'art. 303 CC.

- Llei 4/2017, de 28 de juny, de modificació de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, que modifica els art. 56 CC i 58.5 LRC per tal d'afavorir el matrimoni de les persones amb discapacitat.

- Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals.

3. Legislació per a l'adaptació a la Convenció de Nova York de 2006

- Llei 26/2011, d'1 d'agost, d'adaptació normativa a la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat, que modifica nombrosos cossos legals

- Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual es va aprovar el text refós de la Llei general de drets de les persones amb discapacitat i de la seva inclusió social,

- Llei orgànica 1/2017, de 13 de desembre, de modificació de la Llei orgànica 5/1995, de 22 de maig, del tribunal del jurat, per a garantir la participació de les persones amb discapacitat sense exclusions.

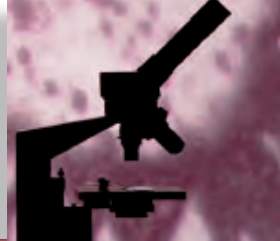
- Llei orgànica 2/2018, de 5 de desembre, per a la modificació de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general per a garantir el dret de sufragi de totes les persones amb discapacitat.

4. Finalment, es poden esmentar:

- Projecte de Llei pel qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones discapacitades en l'exercici de la seva capacitat jurídica (BOCG, 17 de juliol).

- Projecte de Llei orgànica de protecció integral de la infància i l'adolescència contra la violència, aprovat en compliment del que disposa la Convenció dels drets de l'infant de 1989.

En l'àmbit internacional, diversos textos constitucionals comparats (Alemanya, Dinamarca, Finlàndia, Itàlia, Portugal i Suïssa), proclamen els principis d'igualtat i de no-discriminació per motius d'edat o de discapacitat (art. 21 i 26 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE). En aquesta línia, s'ha manifestat la doctrina del Tribu-



nal Constitucional (STC 18/2017, de 2 de febrer; 3/2018, de 22 de gener).

Així mateix, en el Dret comparat s'observa una tendència legislativa orientada a l'adaptació de les legislacions internes a la Convenció ⁽⁸⁾, destacades per la doctrina ⁽⁹⁾.

Dret civil especial ⁽¹⁰⁾

Catalunya. Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya relatiu a la persona i la família.

La connexió del Dret de la persona i del Dret de família es reflecteix en l'opció del legislador català, que regula les dues institucions bàsiques del Dret civil dins el mateix llibre. En el seu moment, va ser especialment innovadora la regulació de l'"Autonomia de la persona en l'àmbit de la salut" (en el títol I, capítol II) que preveu els tractaments mèdics i, dins d'aquests, el document de voluntats anticipades, els internaments o les decisions sobre el propi cos ⁽¹¹⁾.

Sens dubte, l'opció catalana vertebrava aquestes institucions (persona i família) de manera idònia ⁽¹²⁾, sens perjudici del fet que, tenint en compte el temps transcorregut, siguin necessàries reformes i adaptacions ⁽¹³⁾ i que, a parer meu, el Dret de família, en una futura reforma del Codi civil espanyol, hauria de ser tractat dins el mateix Llibre que incorpori el contingut personal i patrimonial.

El legislador català ha optat per la tesi realista i subjectiva en matèria de capacitat, vinculant la capacitat d'obrar amb la capacitat natural. (Art 211.3 1 C.C. Cat: "*la capacitat d'obrar de la persona es fonamenta en la seva capacitat natural, d'acord amb el que estableix aquest Codi*").

La reforma recent per Llei 9/2020, de 31 de juliol, del llibre segon CCCat i de la Llei de mediació, manté en l'art 220-10 la terminologia clàssica de la tutela.

Aragó. Codi de dret foral d'Aragó aprovat per Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març. Llibre primer: *La persona*, Títol I *De la capacitat i estat de les persones*, Capítol II. *Incapacitat i incapacitació*; Títol III. *De les relacions tutelars* ⁽¹⁴⁾.



3. Els estats civils i la reforma de la incapacitació. La supressió de l'estat civil d'incapacitat. La discapacitat com a circumstància de la persona que necessita suports en funció del seu grau d'autodeterminació

El Dret de la persona –i el tema de la capacitat– constitueix una de les seves principals categories dogmàtiques, ha de respectar el senyoriu, la dignitat i la llibertat de la persona i, en definitiva, els valors o béns de la personalitat que formen part de la seva essència.

GARCÍA ROS, vocal de la CGC, incideix que el PDL "prescindeix de la distinció tradicional entre la capacitat jurídica i la capacitat d'obrar i utilitza per referir-se tant a la titularitat dels drets com a la seva facultat per exercitar-los el terme capacitat jurídica o, simplement, capacitat, tal com fa l'art 12 CDPD" ⁽¹⁵⁾.

No obstant això, no es pot afirmar que la Convenció i el Projecte, encara que ometin la tal distinció, realment suprimeixin aquesta escissió clàssica en l'àmbit de la capacitat que, d'altra banda, resulta molt útil tècnicament i s'ha mantingut per la millor doctrina.

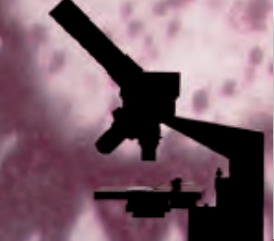
En aquest sentit, es pot entendre que l'esmentat art 12 en referir-se a l'exercici

de la capacitat jurídica, sembla al·ludir a la capacitat efectiva d'exercici que seria similar a la capacitat d'obrar i, en tot cas, cal pensar que la Convenció no entra en col·lisió amb categories jurídiques acceptades pels Estats.

En matèria de capacitat i, com he assenyalat reiteradament, els conceptes de capacitat jurídica i d'obrar s'han d'interpretar de forma dinàmica i evolutiva prenent com a referents la Convenció de Nova York de 2006 i la Constitució de 1978, i sempre de la forma més favorable a l'interès de la persona amb discapacitat, en els plànols d'actuació següents:

D'una banda, distingint en l'àmbit de la capacitat de les persones un pla estàtic i innat a l'ésser humà (capacitat jurídica) i un pla dinàmic i variable (exercici de la capacitat jurídica o capacitat d'obrar); i, d'altra banda, destacant-ne més la dimensió favorable i no restrictiva de l'exercici dels drets i les obligacions

Així mateix, el llenguatge jurídic ha de ser particularment exquisit en l'àmbit de la discapacitat; per això sembla necessari abandonar els termes despectius (v. gr. boig, retardat, disminuït), i conrear un llenguatge respectuós ⁽¹⁶⁾, un camí ja iniciat per la Llei del Registre Civil de 2011 i



la Llei 15/2015 de jurisdicció voluntària i que reflecteix el PDL.

El nou model de la discapacitat implica una autèntica metamorfosi jurídica i social davant el concepte tradicional de la incapacitació com un mecanisme anul·latiu o limitador de la capacitat; en conseqüència, correspon al legislador dissenyar un sistema de suport o d'assistència de la persona amb discapacitat.

El canvi del concepte clàssic de la incapacitació com a estat civil limitador de la capacitat d'obrar per un sistema de suports a la persona amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica (abans definida com a capacitat d'obrar), implica l'abandó de la incapacitació com a estat civil.

Actualment, es pot parlar d'una tendència legislativa de transformació profunda en els diversos àmbits de la discapacitat: civil, processal, penal, administratiu, social etc.

El nou model integrador de la discapacitat s'edifica sobre una modificació de fons i de forma de la dogmàtica conceptual associada a la discapacitat.

En síntesi, s'abandona el concepte tradicional de la incapacitació com a mecanis-

me de limitació de la capacitat d'obrar i, en el seu lloc, es dissenyen figures de suport en funció del grau d'autodeterminació o d'autogovern de la persona.

Ara bé, admesa l'opinió favorable al desterrament definitiu de l'estat civil d'incapacitat, això no vol dir, com opinen alguns autors, que s'hagi d'abolir el mateix concepte d'estat civil.

L'estat civil s'ha d'entendre amb un caràcter dinàmic i flexible; la seva identificació amb velles discriminacions socials (per raó de la filiació, el sexe o el matrimoni) suposa un enfocament equivocat. Una qüestió diferent és que es pugui obrir pas a una nova terminologia que al·ludeixi a la condició o circumstància de les persones en lloc d'estat civil⁽¹⁷⁾.

Actualment, la noció d'estat civil no es pot entendre exclusivament com una condició o qualitat de la persona que en determina la capacitat d'obrar, sinó que s'ha de considerar com una font de drets i deures.

La vinculació dels estats civils exclusivament amb les circumstàncies o les qualitats de la persona que afecten la seva capacitat d'obrar (edat, modificació judicial de la capacitat), s'ha d'entendre desterrada i superada.

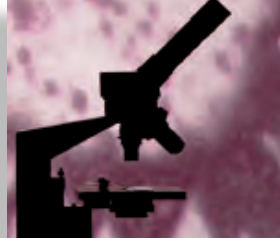
És a dir, no tots els estats civils afecten la capacitat d'obrar de la persona (o el seu exercici).

En efecte, si bé l'estat civil determina en alguns supòsits la capacitat d'obrar de la persona (menor i persona amb capacitat modificada judicialment), en d'altres no caracteritza la capacitat d'obrar (entesa com l'aptitud o la idoneïtat per exercir drets i obligacions) i, en conseqüència, no determina capacitats i incapacitats, sinó que és, principalment, font de drets i deures específics per la pertinença o la situació de la persona en una comunitat familiar, nacional o de Dret especial⁽¹⁸⁾.

D'altra banda, i com apunta la doctrina, l'article 1 de la Llei del Registre Civil de 1957 i el seu concordant, l'art. 4 de la Llei del Registre Civil de 2011 (en endavant, LRC 2011), que amplia l'elenc dels fets i actes que accedeixen al Registre Civil, permeten una aproximació a la noció d'estat civil.

La Llei de Registre Civil, de 21 de juliol de 2011 –fidel a la rica tradició jurídica espanyola–, dissenya un nou model de Registre Civil, amb transformacions essencials i estructurals respecte del model preconstitucional de la Llei de Registre Civil de 1957, però la naturalesa i contingut de la qual es defineix per l'accés a aquest dels fets i actes referits a l'estat civil de les persones i aquells altres que determina l'esmentada Llei 20/2011

En aquest sentit, la Llei del Registre Civil, de 21 de juliol de 2011, fidel a la profusa tradició jurídica espanyola, dissenya un nou model de Registre Civil, amb transformacions essencials i estructurals respecte del model preconstitucional de la Llei del Registre Civil de 1957, però la naturalesa i el contingut de la qual es defineix per l'accés a aquesta dels fets i els actes referits a l'estat civil de les persones i a aquells altres que determina la Llei 20/2011 esmentada (v. gr. articles 2 i 4 de la LRC 2011).



L'art. 1 LRC 1957 disposa: “En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley”; d'altra banda, l'art. 4 LRC 2011 modifica la fórmula general de l'art. 1 LRC esmentat i precisa que els fets i actes inscripcibles es refereixen: “a la identitat, estat civil i altres circumstàncies de la persona”⁽¹⁹⁾.

L'expressió “circumstàncies de la persona” en lloc de “condicions de la persona” que figurava en el Projecte de Llei del Registre Civil aprovat pel Consell de Ministres de 23 de juliol de 2010 és conseqüència de l'acceptació de l'esmena 104 del Grup Popular⁽²⁰⁾.

Podem definir l'estat civil com el conjunt de condicions concurrents en la persona, de rellevància i estabilitat especials, que en defineixen la situació en l'organització jurídica

El professor De Castro, quan defineix l'estat civil, emprà l'expressió “qualitats jurídiques” de la persona; per part meua, m'inclino per “condicions o circumstàncies jurídiques” de la persona.

En qualsevol cas, la lectura de l'art. 4 LRC 2011 permet afirmar que accedeixen al Registre Civil essencialment els fets i actes relatius als estats civils (v.gr. edat, filiació, matrimoni, nacionalitat) i també determinades situacions relatives a la identitat i a d'altres circumstàncies de les persones que no són estats civils *stricto sensu* (v.gr. nom i cognoms, declaració d'absència i mort, declaració de concurs, patrimoni protegit de persones amb discapacitat, apoderaments preventius, autotutela).

Recapitulant, podem definir l'estat civil com: el conjunt de condicions concurrents en la persona, d'especial rellevància i estabilitat, que defineixen la situació d'aquesta persona en l'organització jurídica.

Aquestes condicions o bé en determinen la capacitat d'obrar (l'edat i la incapacitació fins a l'abolició d'aquesta), o bé actuen com a centre d'atribució de drets i deures específics, tant per la seva per-



tinença a una comunitat estatal o foral (nacionalitat i veïnatge –*status civitatis*–), com per la seva pertinença a una comunitat familiar (matrimoni i filiació –*status familiae*–)⁽²¹⁾.

Tot això sens perjudici de la possibilitat de noves figures pròximes als estats civils, però no per la seva influència en la capacitat d'obrar (com assenyalava la doctrina més clàssica), sinó perquè es tracta d'una situació de la qual emanen amb més o amb menys intensitat drets i deures específics o determinats efectes jurídics (v.gr., parelles de fet, persones amb discapacitat).

En conseqüència, i des d'una dimensió dinàmica i evolutiva de la doctrina tradicional dels estats civils, quan se suprimeixi la incapacitació com a circumstància limitadora de la capacitat d'obrar, únicament l'estat civil de menor d'edat actua com a circumstància que limita la capacitat d'obrar. Amb tot, davant corrents doctrinals que consideraven el menor incapaç d'obrar, podem afirmar –en línia amb la millor doctrina iniciada per De Castro–, que el menor té una capacitat d'obrar progressiva i evolutiva en funció de la seva edat i del seu discerniment. Sens dubte, es tracta d'una matèria que ha de ser objecte d'estudi que, al meu entendre, aboca necessàriament

a una reforma relativa a la capacitat del menor d'edat⁽²²⁾.

Com hem exposat, si bé la incapacitació ha configurat tradicionalment un estat civil, avui dia cridat a desaparèixer, la discapacitat no s'ha considerat com un estat civil.

Pau Pedrón (que ens recorda la definició dels estats civils del professor De Castro)⁽²³⁾, indica: “Desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, la discapacidad no puede considerarse ya un estado civil. Las personas con discapacidad no pueden –y por tanto no deben– ser vistos como un grupo determinado, que al que se impone un mismo régimen jurídico, por tres razones”⁽²⁴⁾.

No obstant això, i respectant l'opinió del reconegut autor, convé matisar que, si bé la discapacitat no determina un nou estat civil (en realitat, fins i tot abans de la Convenció de 2006 ja que només la incapacitació afecta l'estat civil i no la mera discapacitat), aquesta situació, que inclou supòsits molt diversos en vista de la definició de l'art. 1.2 de la Convenció esmentada, determina alguns efectes jurídics previstos per la legislació i, en conseqüència, configura d'alguna manera un grup concret que certament ha de ser



objecte de protecció especial i de suport consagrat en la legislació.

En definitiva, la discapacitat no és un estat civil entès com una situació de limitació de l'exercici de la capacitat, encara que conforma una circumstància de la persona que desplega diversos efectes jurídics ⁽²⁵⁾.

En el PDL es modifica l'art. 4 Llei del Registre Civil de 2011 ⁽²⁶⁾ i es disposa en el projectat art. 4.11 LRC la inscripció de "*las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a personas con discapacidad*" (segons l'art. 4.10 LRC 2011 s'inscriu: "*La modificació judicial de la capacitat de les persones, així com la que derivi de la declaració de concurs de les persones físiques*").

Aquest accés al Registre Civil de les mesures de suport implica un reconeixement implícit del fet que la provisió de suports mitjançant sentència determina una situació pròpia als estats civils, no perquè afecti la capacitat, sinó perquè implica uns efectes jurídics determinats.

És a dir, davant la definició de la incapacitació o la modificació judicial de la capacitat com a estat civil de la persona que limita la capacitat d'obrar mitjançant

sentència judicial quan concorren les causes assenyalades en la Llei, la provisió de suports mitjançant sentència es refereix a la circumstància de la persona que necessita una mesura de suport, de més o menys intensitat, per a l'exercici de la seva capacitat en funció del seu poder d'autodeterminació.

En aquesta línia, la doctrina del Tribunal Constitucional assenjala, en harmonia amb la Constitució i els tractats internacionals, que la situació de discapacitat constitueix una circumstància personal que no pot ser causa de discriminació ⁽²⁷⁾.

4. La reforma profunda de la discapacitat i la seva adaptació a la Convenció de Nova York de 2006

La Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, de 13 de desembre de 2006, ha suposat una autèntica revolució i renaixement jurídic i social en l'àmbit de la discapacitat, i requereix de manera inajornable una revisió profunda de la legislació civil i processal en la matèria ⁽²⁸⁾.

La dita Convenció ha erosionat els fonaments del model de substitució propi de la incapacitació i de la tutela, i ha

optat per un model integrador de suport a la persona amb discapacitat, el fonament del qual ha de ser el respecte a la seva dignitat i autonomia i a la llibertat de prendre les seves pròpies decisions en funció del seu grau d'autodeterminació.

La jurisprudència del Tribunal Suprem i del Tribunal Constitucional ha destacat reiteradament la necessitat d'interpretar la incapacitació i les institucions tutelars actuals d'acord amb els principis de la Convenció de 2006 (STS de 20 d'abril de 2009, 1 de juliol de 2014, 13 de maig i 20 octubre de 2015, 3 de juny de 2016, 16 de maig, 27 de setembre i 8 de novembre de 2017, 7 i 15 de març, 23 de juny i 18 juliol 2018, 17 de setembre de 2019, i STC 10/2014 de 27 de gener; 18/2017 de 2 de febrer; 3/2018, de 22 de gener) ⁽²⁹⁾.

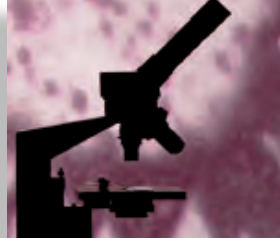
D'altra banda i, com ja hem assenyalat, la doctrina del Tribunal Constitucional també ha reconegut que el patiment d'una discapacitat constitueix una circumstància personal protegida per l'art. 14 CE contra qualsevol forma de discriminació.

La Convenció de 2006 sobre els drets de les persones amb discapacitat obliga els estats part a adaptar la seva legislació als principis continguts en aquesta ⁽³⁰⁾ i, en particular, al que preveu l'art. 12 ⁽³¹⁾.

En la meua opinió, reiterada des de fa molts anys, la reforma de la discapacitat (que s'ha demorat massa temps) ⁽³²⁾ hauria de suprimir l'estigma de la incapacitació (idea que es reflecteix en l'APDL i ara PDL) i afavorir un règim d'assistència i de mesures de suport de les persones amb discapacitat, graduables, proporcionals i periòdiques.

En aquest sentit, el compliment de la Convenció de 2006 i de les Recomanacions del Comitè ONU sobre els drets de les persones amb discapacitat porta inexorablement a l'abolició del règim de substitució i a la regulació de les mesures de suport per a l'exercici de la capacitat, en la línia de més poder d'autodeterminació de les persones amb discapacitat ⁽³³⁾.

Sens dubte, cal destacar, en línia amb els principis de la Convenció, la necessitat de dissenyar un sistema de suports, amb preferència de l'autoregulació i de



les mesures de suport voluntàries davant l'heteroregulació i les mesures de suport legals i judicials⁽³⁴⁾.

La concepció tradicional de la incapacitació considerada com una situació de menys capacitat d'obrar que obliga a un model de substitució o de complement (tutor o curador), és substituïda per un model de suports a l'exercici de la capacitat de la persona amb discapacitat, que en fomenta la participació i la integració social en igualtat de condicions que els altres.

En definitiva, les figures de suport o de protecció (amb independència de la terminologia que s'adopti, tutor, assistent, curador...) han d'exercir les seves funcions en interès de la persona amb discapacitat d'acord amb la seva personalitat i poder d'autodeterminació, respectant-ne els drets i l'autonomia.

La reforma d'incapacitació i de les institucions tutelars clàssiques ha aixecat nombrosos debats i ha generat posicions i propostes legislatives molt diverses. Es tracta d'una matèria molt complexa i l'adaptació no resulta senzilla, ja que implica un trencament amb els principis tradicionals de la matèria.

La doctrina ha mantingut postures diferents, des de les posicions més conservadores fins a les més favorables a una autèntica transformació dels instruments jurídics d'emparedament de les persones amb discapacitat.

En qualsevol cas, cal un canvi de model en el supòsit de les persones amb discapacitat (fins i tot de les necessitats de suports intensos), s'ha de partir de la seva capacitat.

És a dir, en realitat, la capacitat no es limita, sinó que, en l'exercici de la capacitat jurídica, se'n determinen els suports necessaris.

La persona amb discapacitat té autonomia, habilitats i capacitat en igualtat de condicions que els altres i correspon a les legislacions internes dissenyar un sistema de suports (no de substitució) en l'exercici d'aquesta capacitat que s'ha de graduar en funció del poder d'autodeterminació de la persona amb discapacitat, respectant-ne la independència⁽³⁵⁾.



5. Projecte de llei pel qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica

5.1. Idea general

Els treballs prelegislatius d'adaptació normativa de l'ordenament jurídic per a complir l'article 12 CDPD ha culminat en el Projecte de llei que dona títol a aquest epígraf i que, substancialment, coincideix amb l'APDL.

Aquest Avantprojecte reforma el Codi civil, la Llei d'enjudiciament civil, la Llei hipotecària, la Llei del Registre Civil i la Llei de jurisdicció voluntària⁽³⁶⁾.

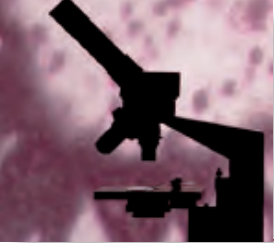
El Projecte de llei de reforma de la matèria, a més de modificar el Codi civil, Llei Hipotecària, Llei d'enjudiciament civil, Llei de Registre Civil 2011 i LJV 2015, modifica en el seu article primer la Llei del Notariat amb set apartats i en el seu article cinquè, la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat. Pel que fa al Codi civil, la reforma del qual és la més substancial i extensa, les modificacions afecten essencialment els actuals Títol IX *Incapacitació*, arts. 199-214 (art. 202 a 214 derogats per l'apartat 2.1 de la disposició derogatòria

única de la LEC 1/2000), Títol X *De la tutela, la curatela i la guarda dels menors i incapacitats*, arts. 215-313 CC, i Títol XI *De la majoria d'edat i de l'emancipació*, arts. 314-324 CC.

El text del PDL introdueix una reforma de la discapacitat que s'articula en els projectats nous Títols IX, X, XI, XII, XIII del CC que inclou els arts. 199-303 CC, l'estructura dels quals és la següent: Títol IX *De la tutela i de la guarda dels menors* (arts. 199-238); Títol X *De la majoria d'edat i de l'emancipació* (arts. 239-248); Títol XI *De les mesures de suport a les persones amb discapacitat per a l'exercici de la seva capacitat jurídica* (art. 249-299); Títol XII *De l'assistència en casos de prodigalitat* (arts. 300-301), Títol XIII Disposicions comunes (art. 302-303 CC). El Títol XII passa a ser Títol XIV.

Actualment, la regulació de la matèria acaba a l'art. 324 CC, per tant, els arts. 303 a 324 CC quedarien sense contingut, a la qual cosa s'afegeix el Títol XII actual (arts. 325-332) derogat per l'LRC 2011 i que en el PDL passa a ser Títol XIV.

En conseqüència, amb la projectada reforma més de 30 preceptes queden buits de contingut, als quals se n'afegeixen d'altres de ja derogats del llibre I⁽³⁷⁾.



En la meva modesta opinió, la filosofia de la reforma és encomiable i el Projecte aprovat, després d'un llarg procés de gestió, mereix una valoració general favorable, però finalment sembla que ha sortit a la llum amb certa precipitació, cosa que obliga encara a una tasca intensa de depuració tècnica.

En efecte, es tracta d'una reforma profunda de la legislació civil, llargament esperada i demanada per la Convenció de 2006 i amb una transcendència social i jurídica evident, amb una elaboració acurada, si bé no exempta d'algunes consideracions crítiques (v.gr. l'amplitud del concepte de discapacitat i l'absència d'un criteri clar respecte d'això sense diferenciar les diverses situacions de discapacitat, la mateixa eliminació de la tutela, la supressió dràstica de la pàtria potestat prorrogada, l'absència d'una regulació de la minoria d'edat, els dubtes interpretatius en el règim jurídic de les mesures de suport voluntàries, el termini excessiu per revisar les mesures de suport, la limitació de les figures de suport i l'excessiva judicialització⁽³⁸⁾, la regulació autònoma de la prodigalitat, algunes llacunes i l'abús de conceptes jurídics indeterminats en el règim patrimonial o la manca de concordància d'alguns preceptes, en especial en les adaptacions introduïdes en la LRC 2011, etc.).

En aquest sentit, i sens perjudici d'un desenvolupament més detallat, es poden destacar, a tall de simple reflexió, algunes consideracions crítiques en relació amb el dit PDL, sens perjudici de la valoració positiva que, de manera general, ens mereix.

5.2 Consideracions crítiques del Projecte de llei de reforma de la discapacitat

a) Definició de la discapacitat

En primer lloc, el PDL desterra la figura de la incapacitació⁽³⁹⁾ i opta per un model de suport de les persones amb discapacitat; ara bé, la delimitació del concepte de la discapacitat inevitablement pot produir una certa inseguretats jurídica.

Davant la dada objectiva de la incapacitació i el canvi d'estat civil que implica, desterrada la categoria de la incapacitació, ens trobem amb un nodrit i profús ventall de situacions de discapacitat, des d'una disminució que exclouï l'autogovern fins a deficiències lleus, mentals, físiques, intel·lectuals i/o sensorials que necessiten suports molt diversos⁽⁴⁰⁾.

En aquest sentit, l'APDL, que podria haver assajat alguna fórmula i descrit les

causes de necessitat del suport concret, no defineix la discapacitat cosa que, en principi, remet al concepte ampli de l'art. 1.2 CDPD i preceptes concordants⁽⁴¹⁾.

Com destaca Magariños Blanco: "Es reacio el legislador (l'autor es refereix a l'art. 248 segons l'APDL) a describir claramente las causas que dan lugar a la necesidad de apoyo, lo que plantea el problema de la diferenciación de las distintas situaciones en la que se puede encontrar una persona con discapacidad según la causa e intensidad de la misma"⁽⁴²⁾.

El PDL reforma la disposició addicional 4 del CC (que l'APDL suprimia) que introdueix més precisió en relació amb les referències a la discapacitat en el Codi civil, si bé continua essent insuficient.

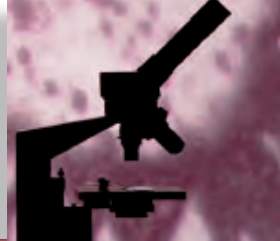
b) Mesures de suport flexibles i personalitzades. L'assistència. Rellevància de la guarda de fet

El prelegislador que dona prioritat a les mesures preventives voluntàries ha optat pel reforç i la transformació de la curatela (assistencial o representativa) com a mesura judicial principal de suport de les persones amb discapacitat.

Sens dubte, l'adaptació als postulats de la Convenció exigeix la transformació de la figura de la curatela que no s'hauria de configurar com un complement de capacitat, sinó com una figura de suport en els àmbits personal i patrimonial que respecti l'autonomia i la llibertat en la presa de decisions de la persona amb discapacitat en funció del seu grau d'autodeterminació.

En tot cas, l'exercici de la curatela s'ha de fer, com tota figura de suport, en interès de la persona assistida i ha de garantir el respecte a la seva capacitat de decisió i preferències, com també la revisió periòdica de les actuacions del curador⁽⁴³⁾.

En qualsevol cas i, per mor de crear suports personalitzats i adaptats al cas concret, sembla que és convenient preveure figures de suport fora dels límits de la curatela, seguint el model d'altres legislacions (v.gr. la figura de l'assistència a Catalunya i a Alemanya, o l'administrador de suport a Itàlia) o cercant models alternatius (v.gr. defensor o assistent provisional, reforç del model notarial)⁽⁴⁴⁾.



Es tracta de fomentar figures de suport i d'assistència sense necessitat d'acudir al procediment judicial de la curatela.

En aquesta línia i, des del meu modest punt de vista, davant el parer de la Comissió General de Codificació, el projectat Títol XII del PDL podria regular la figura de l'assistència i passar a anomenar-se Assistència i disposicions comunes.

Pel que fa a la necessitat d'articular mesures de suport flexibles i personalitzades, l'esperit i la lletra de la Convenció de 2006 consagren l'articulació d'aquests suports adaptats al perfil individual de la persona afectada

En aquest sentit, Magariños assenyala que *"en relación de las medidas de apoyo, se echa de menos, a mi juicio, la regulación de la asistencia como institución diferenciada de la curatela y del defensor judicial"*⁽⁴⁵⁾.

Així mateix, tenint en compte l'avanç extraordinari de les discapacitats de fet, el prelegislador reforça la guarda de fet, en la línia de les darreres reformes (Llei 41/2003, 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat; Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil; Llei 26/2015, de 28 de juliol), atorgant a aquesta figura, que compta amb sòlids estudis doctrinals⁽⁴⁶⁾, una funció rellevant com a mesura de suport⁽⁴⁷⁾. L'acta de notorietat per a la constància de la guarda de fet pot ser un instrument útil per facilitar-ne el reconeixement⁽⁴⁸⁾.

Arribant més lluny en la cerca de solucions alternatives, Valls Xufré⁽⁴⁹⁾ critica obertament l'APDL, especialment pel que fa a la regulació de les mesures preventives, segons aquest autor: *"cuando el Anteproyecto regula estas medidas lo hace con una manifiesta parquedad y desacierto"*, i prossegueix: *"Francamente, el sistema está dejando de lado al principal protagonista, a la propia persona necesitada de apoyos. Entre la guarda de hecho y el poder preventivo debe existir un intermedio; el acuerdo de apoyo o mandato de soporte otorgado por la persona que ya lo necesita"*.

Finalment, respecte de la necessitat d'articular mesures de suport flexi-



bles i personalitzades, l'esperit i la lletra de la Convenció de 2006 consagren l'articulació d'aquests suports adaptats al perfil individual de la persona afectada.

La jurisprudència utilitza l'expressió "vestits a mida" com a reflex d'un plantejament personalitzat de sistema de suports adaptat a les necessitats concretes de protecció de la persona amb discapacitat.

Es tracta del que aquesta Sala ha qualificat d'un "vestit o vestits a mida" (SSTS, entre altres, de 20 d'abril de 2009; 341/2014, d'1 de juliol; 552/2017, d'11 d'octubre; 124/2018, de 7 de març; 118/2018, de 6 de març; 458/2018, de 18 de juliol).

L'expressió esmentada de "vestit a mida" adopta una fórmula potser massa simplista i poc rigorosa; en aquest sentit, sembla que és preferible al·ludir a suports personalitzats i revisables periòdicament.

La revisió periòdica de la mesura de suport és un element essencial en nom de l'interès de les persones amb discapacitat. En aquest sentit, i davant el projectat art. 268 CC que disposa una revisió en un termini màxim de 3 anys, considero preferible preveure la revisió en un termini màxim de 2 anys o fins i tot abans si fos necessari en funció de les circumstàncies del cas.

c) La reforma integral del llibre I. El menor d'edat en el Projecte de Llei reforma de la discapacitat

El PDL reforma els nous Títols IX, X, XI, XII, XIII (arts. 199-303 CC), cosa que, sens dubte, complica encara més l'ordenació sistemàtica actual i confusa del llibre I CC⁽⁵⁰⁾.

Com ja hem apuntat a l'inici, amb independència de la urgència de la reforma presentada, raons de fons (sobre les quals no correspon tractar ara) i raons sistemàtiques aconsellen una reforma integral i meditada del llibre I del Codi civil espanyol.

Encara que el tema medul·lar de la reforma gira al voltant de la discapacitat, el prelegislador, des d'una visió sistemàtica de la matèria, potser podria haver aprofitat l'oportunitat legislativa per millorar el tractament de la minoria d'edat en el Codi civil i adaptar-lo a la legislació de menors moderna.

Pel que fa a la regulació de la majoria d'edat i l'emancipació en el que seria el Títol X després de la tutela i la guarda de menors (Títol IX), es pot ressenyar que omet la inclusió de la minoria d'edat en el nou Títol X, cosa que potencia una consideració dels menors com a subjectes de



protecció i no com a persones amb capacitat d'obrar evolutiva.

En el cas dels menors i, segons l'abundant i profusa legislació sobre la infància i l'adolescència, sembla que és lògic que, com a norma general, es consideri el menor capaç d'obrar o, si es prefereix, amb una capacitat d'obrar potencial, evolutiva i progressiva en funció de la seva maduresa i edat, i no tant com subjecte a pàtria potestat o tutela amb facultats representatives.

En aquest sentit, cal destacar la reforma de l'art. 2 LOPJM relatiu a l'interès superior de l'infant i l'art. 9 LOPJM en regular el dret fonamental a l'audiència del menor i la jurisprudència més recent ⁽⁵¹⁾.

Es tracta d'un nou enfocament en matèria de menors (ja apuntat per la millor doctrina i consagrat en la Convenció de 1989 i la Llei orgànica de protecció jurídica del menor de 1996), que reformula l'estructura de la legislació de protecció a la infància i l'adolescència, partint del reconeixement ple de la titularitat de drets i d'una capacitat progressiva per exercir-los.

És a dir, igual que passa amb la discapacitat, a partir dels principis formulats en la Convenció sobre els drets de l'infant, s'ha de mantenir un criteri restrictiu de les li-

mitacions a la capacitat d'obrar (article 2.2 LOPJM) o de l'exercici de la capacitat jurídica en el cas dels menors i reconèixer un més alt grau d'autonomia en l'exercici dels seus drets ⁽⁵²⁾.

Actualment, el Codi civil regula de forma poc sistemàtica, en el Títol XI (previ al Títol XII *Registre de l'estat civil*, de pròxima derogació), la majoria d'edat i l'emancipació i no conté un desenvolupament de la minoria d'edat.

En aquest sentit, el PDL, el fonament del qual és el respecte a la dignitat i autonomia de les persones amb discapacitat i que ha modificat la ubicació sistemàtica de la majoria d'edat i de l'emancipació (arts. 239-248), potser hauria d'haver incorporat una regulació de la minoria d'edat que millori el tractament fragmentari i incomplet en la matèria (en aquesta línia, regulen la minoria d'edat els arts. 211-5 i 211-6 del Codi civil de Catalunya).

Aquesta regulació, en la línia que he seguit en diversos treballs ⁽⁵³⁾, a més de referir-se al règim general dels actes que poden dur a terme els menors d'acord amb la seva edat i capacitat, permetria proclamar l'interès superior de l'infant i el reconeixement dels drets de la infància i l'adolescència d'acord amb la CE i la Convenció de 1989 ⁽⁵⁴⁾.

d) Règim patrimonial del sistema de suports. El projectat art. 287 CC

L'article 271 CC, redactat de conformitat amb la Llei orgànica 1/1996, va refondre en un únic precepte els articles anteriors 271 i 272 CC ⁽⁵⁵⁾, i establia els actes relatius al tutelat per als quals el tutor necessita autorització judicial ⁽⁵⁶⁾.

El PDL reforma la matèria (art. 285, 286, 287 CC); amb tot, omet la reforma de l'art. 166 CC relatiu als actes portats a terme pels progenitors que necessiten autorització judicial i no modifica tampoc els arts. 323 i 324 CC.

En l'àmbit de la pàtria potestat (art. 166 CC) com de la tutela (arts. 271-272), la ràtio d'ambdues regulacions és la protecció dels interessos patrimonials del menor, tutelat o persona necessitada de suport.

En tots dos casos, el legislador, en les reformes successives, ha optat per enumerar una llista tancada d'actes subjectes a autorització judicial, prescindint de fórmules genèriques (per exemple, necessitat d'autorització judicial per a tots aquells actes que comprometin greument el patrimoni del tutelat).

Al meu entendre, com ja he assenyalat en diverses obres i respecte del règim encara vigent, encara que l'enumeració concreta d'actes que necessiten l'autorització judicial (art. 166 i 271, 272 CC) contribueixi a la seguretat jurídica, com a contrapartida permet deixar al marge del control judicial determinades actuacions que poden arriscar el patrimoni del menor o tutelat, ja sigui per l'indole de l'acte com pel valor dels béns o per ambdós criteris (v. gr. arrendaments de llarga durada, préstecs, inversions de capital, prestació d'aval o fiances, alienacions de béns mobles d'elevat valor...).

D'altra banda, tot i considerar preferible una enumeració casuística d'actes que requereixen l'autorització judicial, les fórmules dels arts. 166 i 271 CC són particularment concises i insuficients en relació amb altres ordenaments europeus i nacionals ⁽⁵⁷⁾.

Des de la meua modesta posició, les limitacions imposades pel legislador, no s'haurien d'aplicar de forma gairebé exclusiva al poder de disposició dels pa-



res, tutors/curadors, limitat a la trilogia tradicional d'actes dispositius (alienació, gravamen i renúncia) i als béns immobles, sinó en termes més amplis i, dins el marc de l'administració i la gestió de progenitors i curadors o tutors, a aquells altres actes que igualment puguin arriscar el patrimoni del menor o de la persona amb discapacitat, optant per una fórmula genèrica o bé ampliant la breu redacció de l'article 166 CC i, en matèria de tutela, dels arts. 271, 272 CC (art. 287 segons el PDL) ⁽⁵⁸⁾.

Al meu parer, com ja he assenyalat en diverses obres i respecte al règim encara vigent, tot i que l'enumeració concreta d'actes que necessiten llicència judicial (articles 166 i 271, 272 CC) contribueixi a la seguretat jurídica, com a contrapartida permet deixar al marge del control judicial determinades actuacions que poden arriscar el patrimoni del menor o tutelat, ja sigui per l'índole de l'acte, ja sigui pel valor dels béns o per ambdós criteris

Es tracta de revisar de manera rigorosa les regulacions a la vista d'altres ordenaments comparats i de la realitat social ⁽⁵⁹⁾ i econòmica del tràfic jurídic, evitant forçar la interpretació dels arts. 271 o 166 CC que arribi fins i tot a una interpretació analògica (v. gr. STS, de 5 de febrer de 2013, autorització judicial quan es compromet el patrimoni d'un menor amb una clàusula penal de 3 milions d'euros) ⁽⁶⁰⁾.

En aquest sentit, es podrien proposar fórmules que exigissin algun tipus de control quan la repercussió econòmica en el patrimoni del tutelat sigui molt elevada (art. 222-44, 4 CCCat si la repercussió econòmica supera 50.000 euros, el jutge pot sol·licitar un informe si bé en limita el contingut als actes de disposició o gravamen) ⁽⁶¹⁾.

Així mateix, i per a més flexibilitat, es podrien atorgar les autoritzacions requerides per a una pluralitat d'actes que tinguin relació entre ells quan sigui convenient per als interessos de les persones amb discapacitat ⁽⁶²⁾.



En el règim encara vigent, l'art. 271.1 CC, el tutor necessita autorització judicial: "Per internar el tutelat en un establiment de salut mental o d'educació o formació especial"; és l'únic apartat dels articles 271 i 272 CC que afecta estrictament la persona del tutelat, la ubicació sistemàtica del qual potser no és la més correcta.

Doncs bé, resulta meritori que, a diferència del règim actual preocupat pels aspectes patrimonials de la tutela, el Projecte de Llei atengui el contingut personal de les mesures de suport com reflecteix el projectat art. 285.1 CC en exigir autorització judicial per a actes de transcendència personal o familiar, en la línia ja assenyalada per la doctrina ⁽⁶³⁾.

Ens sembla especialment encertat, en la línia ja esmentada, l'art. 288 PDL que permet l'autorització judicial per a una pluralitat d'actes, amb una fórmula similar a l'art. 222-44, par. 2n CCCat.

En definitiva, el nou text de l'art. 285 APDL i 287 PDL relatius als actes del curador que exerceix funcions de representació de la persona que necessita el suport que necessiten autorització judicial (que, en principi, tindria caràcter imperatiu en el règim comú de la curatela) ⁽⁶⁴⁾ amplia el contingut de l'art. 271 CC, però segueix tenint llacunes (omissió d'actes que po-

den implicar un risc patrimonial, potser es podria fixar una quantitat límit de 60.000 euros) i utilitza en excés determinades fórmules genèriques i imprecises com "transcendència personal o familiar" "escassa rellevància econòmica" ⁽⁶⁵⁾ que, si bé introdueixen més flexibilitat, també poden trencar la seguretat jurídica.

D'altra banda, una visió conjunta del sistema obligaria a reformar l'art. 166 CC, en matèria de pàtria potestat ⁽⁶⁶⁾ (i arts. 323 i 324 CC, que es corresponen amb els arts. 246 i 247 CC segons el PDL, la reforma dels quals el prelegislador ha omès).

Pel que fa al règim d'ineficàcia contractual aplicable als actes duts a terme pels progenitors o pel tutor sense l'autorització judicial preceptiva (no resol expressament pel Codi civil ni en la reforma objecte de l'anàlisi), la doctrina i la jurisprudència no han mantingut un pronunciament clar i uniforme. Com assenyalava la STS 2/2018, de 10 de gener: "La exigència legal de autorización judicial contenida en el art. 271 CC no va acompanyada de un régimen jurídico que de manera expresa precise las consecuencias de la enajenación realizada por el tutor sin autorización judicial". En la dita sentència i, davant criteris anteriors, el TS defensa la tesi de l'anul·labilitat, posició que no compar-



teixo⁽⁶⁷⁾. Naturalment, seria desitjable una solució legal que emmarqui la matèria en el complex univers de la ineficàcia del negoci jurídic.

e) Referència especial a la Modificació de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil

Sense perjudici d'un estudi detallat que ultrapassa aquestes pàgines⁽⁶⁸⁾, formulo algunes observacions en relació amb l'article sisè del PDL de Modificació de la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil (en endavant, LRC 2011) i únicament respecte de les modificacions proposades dels articles 4, 11 i 83 de la Llei 20/2011.

Amb caràcter general, cal tenir en compte que el Registre Civil té per objecte fer constar els fets i els actes que es refereixen a l'estat civil de les persones i els altres que determini la llei.

En aquest sentit, la discapacitat no determina l'existència d'estat civil, a diferència de la incapacitació que implica un canvi en l'estat civil de la persona, però el prelegislador preveu la constància registral de fets i actes associats a la discapacitat, un camí ja iniciat per la LRC 2011

que va incorporar la ràtio de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.

1. En relació amb la modificació proposada de l'art. 4 LRC 2011, *Fets i actes inscripibles*, precepte vertebrador de la matèria, entenc que la tasca del prelegislador, amb tota modèstia, potser s'ha de corregir en algunes qüestions que expossem succintament:

El projectat art. 4.10. de la Llei del Registre Civil que assenyala "*Son, por tanto, inscribibles: Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, debería redactarse en los siguientes términos: Los poderes y mandatos preventivos, la autotutela y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de su persona o de sus bienes*".

L'art. 4.11 LRC 2011 actual disposa la inscripció de la tutela, la curatela i altres representacions legals i les seves modificacions (v.gr. arts. 73 i 74 LRC 2011). El projectat article 4.13 LRC preveu exclusivament la inscripció de la tutela del menor i la defensa judicial del menor emancipat.

Al meu parer, el PDL, en contradicció amb el seu propi art. 302 CC, omet la inscripció de la mesura de suport judicial més important de la reforma, és a dir, la curatela i les seves vicissituds. Així mateix, no preveu expressament la inscripció del defensor judicial de persones amb discapacitat i, si és el cas, d'altres figures assistencials. Tampoc no preveu la inscripció del defensor judicial del menor (arts. 235-236 PDL).

El dit art. 4 LRC redactat segons l'APDL oblida la inscripció de la declaració d'absència i mort, prevista en l'art. 4.14 LRC 2011 i desenvolupada en l'art. 78 LRC 2011. El PDL corregeix aquesta omisió.

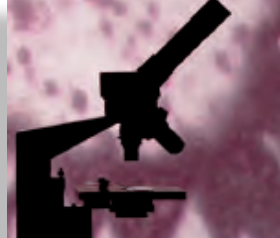
Respecte de la guarda de fet és objecte d'anotació en el Registre Civil (art. 40.9 LRC 2011) i difícilment es pot afirmar el contrari⁽⁶⁹⁾.

L'anotació de la guarda de fet al Registre Civil (no prevista en la redacció originària de la LRC 1957), s'incorpora a la reforma de l'art. 38.6 LRC⁽⁷⁰⁾ i es consolida en l'art. 40.9 LRC 2011 (a l'espera de la vigència). La constància registral de la guarda de fet (tot i ser una institució de caràcter fàctic) adquireix una significació especial per les funcions del Registre Civil i el reforç de la guarda de fet en el Projecte comentat.

L'anotació de la guarda de fet en el Registre Civil s'incorpora en la reforma de l'art. 38.6 LRC i es consolida en l'art. 40.9 LRC 2011

El projectat art. 4.14 LRC que disposa la inscripció de les resolucions judicials que declarin la prodigalitat ens genera dubtes importants, ja que entenem que la figura de l'assistència no s'hauria de limitar als casos de prodigalitat.

D'altra banda, el projectat art. 4.15 LRC disposa la inscripció de *las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades*. La fórmula del prelegislador està incompleta i a més indueix a error; en efecte, la intervenció i la suspensió no afecta les facultats (expressió que ens recorda la tesi ja superada del fallit com a incapacitat, segons l'injuriat art. 878.2 C.com), sinó a les facultats d'administració i de dispo-



sició, d'acord amb la legislació concursal moderna (arts. 35-37 RDL 1/2020, de 5 de maig, que aprova el Text refós de la Llei concursal), per tant, el projectat art. 4.15 LRC hauria d'afegir en el seu incís final els termes d'*administració i disposició* ⁽⁷¹⁾.

Així mateix, amb motiu de la modificació de la Llei del Registre Civil de 2011, es podria defensar la inscripció de les parelles de fet.

Com a colofó d'aquest apartat, formulo la modificació que proposo de l'art 4 LRC 2011:

Es modifica la redacció dels ordinals 10è a 15è de l'article 4 amb el contingut que s'indica, i passa a identificar-se amb l'ordinal 17è l'actual supòsit 14è i amb el número 18è, l'actual supòsit 15è:

10è. *Les resolucions judicials dictades en procediments de provisió de suports a persones amb discapacitat.*

11è. *La tutela i el defensor judicial del menor i el defensor judicial del menor emancipat*

12è. *La curatela i el defensor judicial de les persones amb discapacitat*

13è. *Els actes relatius a la constitució i règim del patrimoni protegit de les persones amb discapacitat*

14è. *Els poders i mandats preventius, l'autocuratela i les mesures de suport previstes per una persona respecte de si mateixa o dels seus béns*

15è *Les resolucions judicials que declaren la prodigalitat i les mesures adoptades en aquestes sobre assistència al pròdig*

16è *Les declaracions de concurs de les persones físiques, la intervenció o suspensió de les seves facultats d'administració i disposició i altres resolucions previstes en la legislació concursal.*

2. La ràtio de l'art. 11 i) LRC 2011, resultat d'una esmena transaccional, és la protecció de grups dignes de tutela o vulnerables.

L'art. 11 i) LRC 2011 disposa: *"El dret a promoure la inscripció de determinats fets i actes dirigits a la protecció dels menors, persones amb capacitat modificada judicialment, persones amb discapacitat i persones grans."*

El projectat art. 11 i) modifica la seva redacció anterior, i disposa: *"El derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos"*.

Al meu entendre, la nova redacció d'adaptació del dit art. 11 i), podria dir: *El dret a promoure la inscripció de determinats fets i actes dirigits a la protecció dels menors, persones amb discapacitat i personas grans.*

3. Arts. 83.1 b) i 84 LRC, Publicitat restringida. Dades especialment protegides. La proposta del projectat art. 83.1 b) LRC que s'inclougui la discapacitat com a dada especialment protegida (excepció al principi general de l'art. 15 LRC 2011) constitueix una novetat en la legislació registral. La LRC 1957 i el seu RRC 1958 no preveuen la incapacitació com a dada de publicitat restringida.

Ara bé, la dificultat rau aquí en el fet que la discapacitat no és objecte de reflex registral com resulta del mateix art. 4 LRC 2011 i, per tant, cal preguntar respecte de quins fets inscripcionals i mesures de suport concrets es predica la publicitat restringida (el projectat art. 84 LRC al·ludeix al curador i apoderat preventiu general, però també s'hauria d'incloure el defensor judicial de la persona amb discapacitat, etc.).

En conseqüència, l'amplitud del concepte de discapacitat requeriria una precisió eventual del nou text potser en la línia suggerida per l'Informe CGPJ ⁽⁷²⁾.

La Llei del Registre Civil de 2011 regula per primera vegada en la història de la legislació registral, els drets i deures de les persones davant el Registre Civil, l'art. 11.e) de la qual consagra expressament *"El dret a la intimitat en relació amb dades especialment protegides sotmeses a règim de publicitat restringida"* i en l'art. 11 l) *"el dret a accedir als serveis del Registre Civil amb garanties dels principis d'accessibilitat universal i disseny per a totes les persones"*.

En tot cas, en vista dels art. 22 CDPD, 18 CE i de la legislació de protecció de dades personals, s'ha de prestar una protecció especial a la informació del Registre Civil quant contingui dades com les relatives a la salut que poden afectar el dret a la intimitat o, en general, a l'esfera dels béns de la personalitat.

NOTES

- (1) Dins el marc constitucional, el Dret civil es defineix per antonomàsia com el "Dret de la persona" fins al punt que aquesta és l'eix i la medul·la al voltant de la qual s'ha desenvolupat aquesta disciplina. En efecte, el Dret civil és el Dret de la persona o, en el seu sentit més ampli, el Dret que regula els aspectes més essencials i bàsics de la persona, considerada en si mateixa i també en el seu desenvolupament familiar i com a subjecte d'un patrimoni. LINACERO DE LA FUENTE, M. *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, València, 2a ed., 2018, pàg. 35. Actualment, la connexió de la mateixa essència del concepte de persona amb la idea de la seva dignitat s'ha reforçat en el nostre ordenament com a conseqüència dels principis i dels valors consagrats en la Constitució i en determinats convenis internacionals. El Dret de la persona i el Dret de família són especialment sensibles als canvis econòmics, socials i culturals. En conseqüència, el transcurs del temps fa necessària una tasca reformadora que n'eviti la petrificació, des d'una posició de prudència, però també d'impuls i de transformació de la realitat.
- (2) La idea i el viatge intel·lectual que implica una reforma estructural i profunda del llibre I del Codi civil, erosionat pel pas del temps, requereix un gran consens doctrinal i una tècnica jurídica depurada i rigorosa, similar a les primigènies lleis de la transició de 1981. Des d'una visió del Dret civil com a Dret de la persona, cal suscitar una reflexió camada sobre una possible revisió del llibre I del Codi civil molts preceptes del qual s'han derogat o estan en desús, reforma que, aquesta exposició, adquireix més protagonisme per la necessitat d'harmonització amb la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat.
- (3) Article 1.2 Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat i protocol facultatiu: *"Dins les persones amb discapacitat s'hi inclouen les que tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, poden impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres"*. Article 4, 1 i 2 TRLGD. Titulars dels drets. *"1. Són persones amb discapacitat aquelles que presenten deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials, previsiblement permanents que, en interactuar amb diverses barreres, poden impedir-ne la participació plena i efectiva en la societat, en igualtat*

de condicions amb els altres. 2. A més del que estableix l'apartat anterior, i a tots els efectes, tenen la consideració de persones amb discapacitat aquelles a les quals se'ls hagi reconegut un grau de discapacitat igual o superior al 33 per cent. Es considera que tenen una discapacitat en grau igual o superior al 33 per cent els pensionistes de la Seguretat Social que tinguin reconeguda una pensió d'incapacitat permanent en el grau de total, absoluta o gran invalidesa, i als pensionistes de classes passives que tinguin reconeguda una pensió de jubilació o de retir per incapacitat permanent per al servei o inutilitat. Les normes que regulin els beneficis o les mesures d'acció positiva poden determinar els requisits específics per accedir-hi."

- (4) LINACERO DE LA FUENTE, M. (dir.) *Tratado de Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, 2a ed., 2020, pàg. 562. Com a novetats essencials, segons he assenyalat, en línies generals, introdueix les següents:

1) Regula de forma més perfecta la incapacitació (Títol IX, articles 199-214). Els articles 202 a 214 del Codi civil han estat derogats per la Disposició derogatòria única de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil.

2) Transforma el model anterior d'institució única (tutela), adoptant un sistema plural d'institucions tutelars o de guarda, que inclou, al costat de figures permanents de protecció de menors i d'incapacitats com són la tutela i la curatela, altres institucions tuitives de caràcter excepcional, marcades per la seva provisionalitat (defensor judicial) o bé per la seva naturalesa fàctica (guarda de fet).

3) Davant el sistema de tutela de família (sistema seguit pels països llatins França, Portugal, Itàlia (1865), Bèlgica), s'implanta el sistema de tutela d'autoritat (sistema que segueixen Alemanya, Suïssa, Àustria, Anglaterra, EUA), que elimina el protutor i el Consell de Família. En aquest sentit, s'atribueix el control de la funció tutelar a l'autoritat judicial (vid. article 216 del Codi civil).

- (5) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Protección jurídica del menor. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de gener*, Montecorvo, 2001.

La Llei orgànica 1/1996 ha estat modificada per la Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència i per la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència.

- (6) El PDL reforma la LEC 1/2000, en l'article 4, amb vint-i-vuit apartats, l'anàlisi dels quals excedeix aquest comentari.

- (7) La Llei del Registre Civil 20/2011, de 21 de juliol, entrarà en vigor de manera completa, 30 d'abril de 2021, RDL 17/2020, de 28 d'abril, de mesures processals i organitzatives per fer front a la COVID-19 en l'àmbit de l'Administració de Justícia, disp. final segona.

Aquesta Llei 20/2011 esmentada ha passat per diverses *vacatio legis* i dates d'entrada en vigor: 23 juliol 2014, 15 juliol 2015, 30 juny 2017, 30 juny 2018, 30 juny 2020, 30 abril 2021.

No obstant això, alguns preceptes de la dita Llei 20/2011 han entrat en vigor, com les disposicions addicionals setena i vuitena, i les disposicions finals tercera i sisena, que van entrar en vigor el 23 de juliol de 2011, la modificació de la disposició final desena vigent des del 15 de juliol de 2015, les modificacions dels articles 44 a 47, 49.1 i 4, 64, 66, 67.3 i disposició addicional novena, vigents des del 15 d'octubre de 2015 i els articles 49.2 i 53, vigents el 30 juny de 2017.

L'STS 17 febrer 2015, FJ 3, assenyalà: "se trata de una dilación (LRC 2011), exigida por razones estructurales y organizativas que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantiva". En el mateix sentit, STS de 12 novembre 2015, i STS d'1 febrer 2016.

Algunes veus autoritzades afirmen que l'entrada en vigor completa de l'ERD 2011 es realitzarà de forma escalonada.

- (8) A Alemanya, la reforma operada per la Llei d'assistència, pels efectes negatius que la incapacitació pot suposar per a l'incapacitat, regula la figura de l'assistència jurídica *Rechtliche Betreuung* i suprimeix la incapacitació prèvia (paràgraf 1896.1), subjectant l'eficàcia dels actes duts a terme pel discapacitat al criteri d'aptitud psíquica per a autodeterminar-se (paràgraf 104 BGB). La tutela es limita als menors d'edat (paràgraf 1773 BGB). El legislador alemany destaca la importància d'atendre els desitjos i les opinions de l'assistit.

- En reformes successives el legislador alemany regula la figura de l'apoderament preventiu i diverses disposicions sobre voluntats anticipades i instruccions prèvies.

- En el Dret austríac, la reforma sobre la incapacitació (*Entmündigungsordnung*) regula la figura de la curatela (*Sachwalterschaft*). No obstant això, la matèria està immersa en un procés de revisió legislativa que pretén potenciar els mandats preventius i la representació *ex lege* per parents i, al costat d'aquestes figures i la curatela, articular la del "representant elegit" (*gewählter Erwachsenenvertreter*).

- En el Dret suís, les reformes del Codi civil suís, vigents el 2013, disposen la curatela com a mesura de suport de la persona amb discapacitat, i distingeixen quatre supò-

sits: curatela d'acompanyament (art. 393 CC suís), curatela de representació (art. 394 i 395 CC suís); curatela de cooperació (art. 396 CC suís) i curatela d'abast general (art. 398 CC suís).

- A Irlanda, la Llei de suport a la presa de decisions (*Assisted Decision Making (Capacity) Act*) de 2015, preveu tres institucions fonamentals: la presa de decisions amb suport, la codecisió i la presa de decisions per representació.

- A Itàlia, la reforma del Codi civil per Llei de 9 de gener de 2004 distingeix dos sistemes de protecció: l'anomenada *Amministrazione di sostegno* (art. 404 Codice civile) i *Della interdizione, della inhabilitazione i della incapacita naturale* (articles 414 i sg. Codice civile.).

- A França, la Llei de 5 de març de 2007, de reforma del Codi civil francès en matèria de protecció jurídica de les persones grans, que insereix en el Codi de Napoleó de 1804, la regulació de la protecció del col·lectiu de gent gran. Es mantenen les figures de la tutela, la curatela i el defensor judicial. L'"assistència" –en forma de curatela– ha esdevingut la mesura judicial de Dret comú per a la protecció dels majors d'edat. A més, s'afavoreix el "mandat de protecció futura".

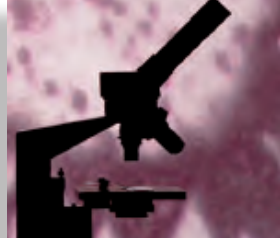
L'Ordenança, d'1 d'octubre de 2015, de simplificació i modernització del Dret de família, que va entrar en vigor l'1 de gener de 2016, crea l'habilitació familiar "*habilitation familiale*", arts. 494.1 i 494.12 Code.

- A Bèlgica, la Llei de 17 de març de 2013, modifica els articles 488-492 del Codi civil, desapareix la tutela i la curatela. La nova regulació de la matèria estableix un sistema d'assistència (administració) quan la persona que, per raons de salut, no pot gestionar els seus interessos i pot ser posada sota una mesura de protecció en els termes de l'art. 488.2 CC belga.

- A Portugal, la Llei 49/2018, de 14 d'agost, regula el règim jurídic de l'adult acompanyat. Se suprimeixen les institucions de la incapacitació i la inhabilitació i es crea la figura de l'acompanyament, figura única de protecció i suport (arts. 138-156 Codi civil portuguès).

L'article 138 del dit Codi civil regula la mesura de l'acompanyament, disposant: "*El major impossibilitat per raons de salut, deficiència o pel seu comportament, d'exercir plena, personal i conscientment els seus drets, o en els mateixos termes, de complir els seus deures, es beneficia de les mesures d'acompanyament que preveu aquest Codi*". Dret Comparat: vid. PAU PEDRÓN, A. "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil", *Revista de Dret Civil*, vol. V, núm. 3, juliol-setembre 2018, pàgs. 21-22.

MUNAR BERNAT, P. "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para



las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, (juliol-setembre, 2018), pàgs. 121-152
Informe CGPJ a l’APDL, núms. 53-70.
STEDH 23 de març de 2017.

- (9) MUNAR BERNAT, P. “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pàgs. 127 i sg., assenyalant: “Desde finales del siglo XX y, sobre todo, desde principios de este siglo, una serie de Estados han procedido a reformar la normativa en materia de protección y amparo a las personas con discapacidad”, seguidament l’autor analitza el règim jurídic a Alemanya, França, Itàlia, Suïssa, Argentina, Brasil, Portugal, Irlanda, etc.

- (10) Dins els Drets civils especials destaquen la regulació de la matèria en el Codi civil de Catalunya i el Codi de Dret foral d’Aragó que hauran d’adaptar el seu règim jurídic a la Convenció de 2006.

Navarra. Llei Foral 21/2019, de 4 d’abril, de modificació i actualització de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, el llibre primer del qual es titula ara: *De las personas, de la familia y de la casa Navarra*. Títol I: “De las Personas Jurídicas, los Patrimonios especialmente protegidos y otros Entes sin personalidad” dividido en tres capítulos: Capítulo II: “Patrimonios protegidos para miembros con discapacidad o dependencia de la comunidad o grupo familiar” (Lleis 44 i 45).

A Galícia, els arts. 42-45 de la Llei 2/2006 de Dret civil de Galícia relatius a l’autotutela han estat anul·lats per STC 133/2017, de 16 de novembre. Recurs d’inconstitucionalitat 2845-2007 va declarar la nul·litat dels articles 27 a 45 de la Llei del Parlament de Galícia 2/2006, de 14 de juny, de Dret civil de Galícia que regulen l’adopció i l’autotutela. *Vid.* GARCIA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, juliol-setembre 2018, pàgs. 41-42, fa una dura crítica de la sentència esmentada. Vot particular de Xiol Rius.

- (11) GARCIA RUBIO, M. P.: “Las medidas de apoyo de carácter voluntario preventivo o anticipatorio”, *op. cit.*, pàg. 42, il·lustra sobre les decisions preventives en matèria sanitària.

- (12) Llibre II CC Cat, relatiu a Persona i Família es divideix en quatre títols: Títol I *Persona física*, Títol II *Instituciones de protección de la persona*, Títol III *Familia*, i Títol IV *Las otras relaciones de convivencia*.

- (13) Llei del Parlament de Catalunya 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de

modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya.

STC (Ple) 7/2019, de 14 de febrer, declara la inconstitucionalitat i la nul·litat de diversos preceptes de la dita Llei del Parlament de Catalunya 10/2017, de 27 de juny. Competències sobre ordenació dels registres públics de Dret privat. Nul·litat dels preceptes legals autonòmics relatius a l’ordenació de voluntats digitals en absència de disposicions d’última voluntat, designació de persona encarregada d’executar les últimes voluntats, registre electrònic de voluntats digitals i mediació per resoldre les discrepàncies sorgides en aplicació de la llei. Vot particular.

Llei 6/2019, de 23 d’octubre, de modificació del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, per a garantir la igualtat de drets i la no-discriminació de les persones amb discapacitat sensorial. Exposició de motius: “Aquesta llei té per objecte eliminar les restriccions que el Codi civil de Catalunya estableix a les persones amb discapacitat sensorial, sigui temporal o permanent, a l’hora de dur a terme actes de naturalesa successòria, i situar-les en pla d’igualtat amb les persones que no tenen aquesta discapacitat quan atorguen testament i ordenen les últimes voluntats, o bé quan intervenen com a testimonis en l’atorgament d’un testament aliè”.

Una Comissió de rellevants juristes treballant actualment en una reforma integral del CC català, per tal, entre altres, de suprimir les expressions sexistes i les figures jurídiques que discriminin les dones. El llibre primer inclourà “la igualtat i la no-discriminació per raó de gènere” com una norma d’aplicació general en el conjunt de la legislació civil.

- (14) El llibre esmentat I *Derecho de la Persona* regula matèries pròpies del Dret de família (per l’íntima connexió entre ambdues parts del Dret civil), com les relacions entre ascendents i descendents (segons l’exposició de motius CDFA: el nucli central de la regulació és el deure de criança i educació dels fills, presidit pel principi de l’interès del menor i l’autoritat familiar –que no és, conceptualment, l’equivalent de la institució de la pàtria potestat– com a instrument per complir aquests deures), efectes de la filiació, relacions tutelars, guarda administrativa i acolliment o la Junta de Parents. D’altra banda, conté una regulació específica en el títol I de la capacitat i estat de les persones que, al marge de la seva adaptació necessària i de les especialitats de la tradició aragonesa, proporciona una base conceptual necessària en la matèria.

- (15) GARCIA RUBIO, M.P.: “La nueva regulación de la capacidad jurídica se remite por fin

a las Cortes Generales”, Comentari en Blog, Expansión, Hay Derecho, 14 juliol 2020.

- (16) En efecte, en el marc de la discapacitat, sembla preferible no referir-se a “limitacions de la capacitat d’obrar”, sinó a “mesures de suport en l’exercici de la capacitat”.

- (17) DE CASTRO, a partir dels antecedents històrics i el mecanisme de disposicions legals, considera estat civil com “la calidad jurídica de la persona, por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad”.

- (18) ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil I*, 2001, pàg. 236: “Los estados, no sólo determinan la capacidad de las persona, sino que también tienen como contenido derechos y deberes (que se conceden o imponen a aquellas) o implican que la misma está sometida a unas u otras normas...”

DÍEZ-PICAZO i GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil I*, 2012, pàg. 210: “el estado civil no es solo lo determinante de una diferente capacidad de obrar de las personas, sino también fuente de derechos y deberes. La capacidad de obrar del nacional español es cierto que viene determinada por la ley española (...) pero no lo es menos que ese estado de nacional español le concede derechos y le impone deberes. Es más, en algunos estados civiles predomina más este último aspecto que el de la influencia sobre la capacidad de obrar. Piénsese, por ejemplo en el estado de casado. Desde el momento en que el matrimonio ha perdido su significación como causa modificativa de la capacidad de obrar de los cónyuges por virtud de su equiparación jurídica, ese estado va siendo más relevante como fuente de obligaciones. Algo análogo se puede decir del estado de filiación”.

- (19) Segons el dit article 4 LRC 2011: “Tenen accés al Registre Civil els fets i actes que es refereixen a la identitat, estat civil i altres circumstàncies de la persona. Són, per tant, inscripcions: 1r. El naixement. 2n. La filiació. 3r. El nom i els cognoms i els seus canvis. 4t. El sexe i el canvi de sexe. 5è. La nacionalitat i el veïnatge civil. 6è. L’emancipació i el benefici de la majoria d’edat. 7è. El matrimoni. La separació, nul·litat i divorci. 8è. El règim econòmic matrimonial legal o pactat.

9è. Les relacions paternofiliars i les seves modificacions. 10è. La modificació judicial de la capacitat de les persones, així com la que derivi de la declaració de concurs de les persones físiques. 11è. La tutela, la curatela i altres representacions legals i les seves modificacions. 12è. Els actes relatius a la constitució i el règim del patrimoni protegit de les persones amb discapacitat. 13è. L’autotutela i

els apoderaments preventius. 14è. Les declaracions d'absència i mort. 15è. La defunció”.

- (20) Informe de la Ponència, BOCG, 3 de maig de 2011, núm. 90-28.
- (21) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, 2018, pàgs. 237 i 238.
- (22) Com he assenyalat en les meves publicacions sobre la matèria, en vista de l'abundant i profusa legislació de la infància i l'adolescència (en particular la Convenció sobre els drets de l'infant), com a norma general es pot afirmar que el menor d'edat és capaç d'obrar, o si es prefereix, té una capacitat d'obrar potencial, evolutiva i progressiva en funció de la seva maduresa i edat. *Vid.* STS 216/2013, de 5 de febrer. És més, el Codi civil regula en el Títol XI (previ al Títol XII *Registre de l'estat civil*, derogat per LRC 2011), la majoria d'edat i l'emancipació i no conté un desenvolupament de la minoria d'edat. El PDL potser hauria d'haver esmenat el dit buit legislatiu.
- (23) PAU PEDRÓN, A. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, juliol-setembre 2018, pàg. 10, explica: “Los estados civiles, decía Federico de Castro, son ‘cualidades jurídicas de las personas’ (De Castro: *Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1952, pàg. 70). Atendiendo al hecho de que determinadas personas reunían unas ‘cualidades jurídicas’ comunes, se las adscribía a grupos diferentes, a los que se aplicaba un régimen jurídico común; es el caso de los nacionales, los extranjeros, los casados, los menores de edad...”.
- (24) A continuació, s'exposen les raons al·legades per PAU PEDRON, *op. cit.*, pàg. 10-11. “1ª Porque resulta simplista considerar que las personas con discapacidad tienen tal grado de homogeneidad que permita considerar que forman parte de un ‘grupo determinado’. Por ello, como dijo la STS de 29 de abril de 2009, ‘debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado’. 2ª Porque las consecuencias de la discapacidad no deben imponerse a las personas que la padecen, sino a las personas capaces, que son las que han de adoptar las medidas de todo tipo que permitan a las personas con discapacidad ejercer una vida personal y social plena. Como dice el preámbulo de la Convención, la discapacidad determina la ‘interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás’. En otras palabras:

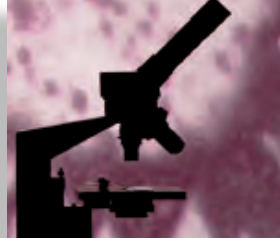
las ‘dificultades’ que padecen las personas con discapacidad no dependen sólo de ellas, sino sobre todo de las ‘barreras’ que establecen quienes los rodean, barreras que les impiden ‘su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. 3ª Porque el acto jurídico que determinaba su inclusión en el mismo ‘grupo’, la incapacitación o declaración judicial de incapacidad, no se considera hoy que resulte adecuada. No se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud, que por sí sola es limitada”.

- (25) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, 2018, pàg. 301.
- (26) L'estat civil de incapacitat (modificació judicial de la capacitat) actualment accedeix al Registre Civil arts. 4, 10, 72 LRC 2011, vigent el 30 juny de 2020. En aquest sentit, en la LRC 2011, la declaració judicial de modificació de la capacitat, com també la resolució que la deixi sense efecte o la modifiqui, s'inscriuran en el registre individual de l'afectat (en la Llei del Registre Civil de 1957 i el seu Reglament de 1958, són objecte d'inscripció marginal en la Secció primera).
- (27) STC 3/2018, 22 de gener, FJ 5è. “La doctrina de este Tribunal Constitucional también ha reconocido que el padecimiento de una discapacidad constituye una circunstancia personal a la que protege el artículo 14 CE, contra cualquier forma de discriminación.” *vid.* SSTC 38/1981, de 23 de novembre, FJ 4è; 269/1994, de 3 d'octubre; 10/2014, de 27 de gener, FJ 4è; 18/2017, de 2 de febrer, FJ 3º.
- (28) Com a antecedents es poden citar la Declaració de les Nacions Unides dels drets del deficient mental, de 20 de desembre de 1971 (Resolució 2856 (XXVI)) i la Declaració de les Nacions Unides dels drets de les persones minusvàlides, de 9 de desembre de 1975 (Resolució 3447 (XXX)). Fins a una època relativament recent, el Codi civil espanyol es referia als discapacitats amb els termes pejoratius de “bojos o dementes” (recollint la terminologia que el Dret Romà *cura furiosus* fa servir per a bojos i desmemoriats), termes que fins i tot s'han mantingut en el contingut literal de l'article 1263 CC fins a la seva reforma per la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, (al seu torn reformada per la Llei 26/2015, de 28 de juliol).
- (29) STS 530/2017, de 27 de setembre, FJ 2n.-1.- La sentència 298/2017, de 16 de maig, sintetitza la doctrina d'aquesta sala en el sentit següent:

“1.- La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de ‘apoyos’ para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). ‘Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el ‘procedimiento de modificación de la capacidad’ y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio) ...”.

- (30) Així mateix, l'art. 3 CDPD enumera els principis generals de la Convenció. Aquests són, coherentment amb els anunciats en el seu Preàmbul, els següents:
- “a) El respecte de la dignitat inherent, l'autonomia individual, inclosa la llibertat de prendre les



pròpies decisions, i la independència de les persones;

b) La no-discriminació;

c) La participació i la inclusió plenes i efectives a la societat;

d) El respecte per la diferència i l'acceptació de les persones amb discapacitat com a part de la

diversitat i la condició humanes;

e) La igualtat d'oportunitats;

f) L'accessibilitat;

g) La igualtat entre l'home i la dona;

h) El respecte a l'evolució de les facultats dels nens i les nenes amb discapacitat i al seu dret a preservar la seva identitat.”.

- (31) L'article 12 de la Convenció, que regula el principi d'igual reconeixement com a persona davant la llei, constitueix un punt central de l'esmentada Convenció, ja que obliga a una profunda adaptació de les legislacions. D'acord amb el dit art. 12. 2n i 3r de la Convenció: “2. Els estats part reconeixen que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica en igualtat de condicions amb les altres en tots els aspectes de la vida. 3. Els estats part han d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar a les persones amb discapacitat accés al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica”.

GARCÍA PONS: “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, ADC, gener-març 2013.

- (32) Llei 26/2011, d'1 d'agost. Disposició addicional setena. Adaptació normativa relativa a l'exercici de la capacitat jurídica per les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions.

- (33) Observacions finals sobre els informes periòdics segon i tercer combinats d'Espanya del Comitè ONU sobre els drets de les persones amb discapacitat, 9 d'abril de 2019. Recordant la seva observació general núm. 1 (2014) (Article 12: qual reconeixement com a persona davant la llei), el Comitè recomana que: «L'Estat part derogui totes les disposicions jurídiques discriminatòries per tal d'abolir completament els règims de substitució en l'adopció de decisions, reconegui la plena capacitat jurídica de totes les persones amb discapacitat i implanti mecanismes per a l'adopció de decisions amb suports que respectin la dignitat, l'autonomia, el desig i les preferències de les persones amb discapacitat”.

- (34) PAU PEDRÓN, A.: *op. cit.*, pàgs. 12-13, enunciativa, de manera sistemàtica, diversos principis de caràcter jurídic que es dedueixen del preàmbul de la Convenció de

2006 i especialment del seu art. 12 i que, segons aquest autor, han de presidir la regulació de la discapacitat i els criteris més concrets, entre aquests “1. Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad (...). 2. Preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación: es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial”.

- (35) Com assenyalava la STS, de 4 novembre de 2015, pel que fa a la mesura que sigui més favorable a l'interès de l'afectat (D. Mateu) evitant una disfunció en l'aplicació de la Convenció “que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención”.

- (36) Exposició de Motius de l'APDL “Esta ley consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero, con sesenta y tres apartados, modifica el Código Civil; el artículo segundo afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil con catorce apartados; el artículo cuarto modifica la Ley del Registro Civil y se distribuye en nueve apartados; finalmente, el artículo quinto, referido a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en diez apartados.

La reforma que el artículo primero introduce en el Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

- (37) Així mateix, per tal de la seva adaptació a la reforma, el PDL en el seu article dos amb 75 ap. en modifica més de 50 del Codi civil. Es modifiquen els articles següents del Codi civil: 9.6 2n par., 10. 8, 15.1, 20.2, 21.3, lletra c i d, 22.2 lletra c, 81 par. 1r, 82.2, s'afegeix un nou segon paràgraf del 91, nova redacció de l'art. 94, 96, 112, 121, 124, 125, 137 par. 1r i 2n, 156, par. 5è, se suprimeix l'art. 171, es modifiquen els arts. 199 a 300, nucli central de la reforma, ja assenya-

lats, arts. 443, 665, 695, 697, 706 paràgraf 3, 708, 709, 742 paràgraf 2, 753, se suprimeix l'art. 776, es modifiquen els arts. 782, 808, 813, 822, 1041, 1052, 1057, 1060, 1163, 1263, 1291, 1299, 1301, 1302, 1304, 1314, 1330, 1387, 1393 núm. 1r, 1459, núm. 1, 1548, 1700. Es dona nova redacció als números 3r i 4t del i es crea un nou número 5è i se substitueix el paràgraf final, 1732, 1764, 1765, 1773, 1811, 1903 es modifica el tercer paràgraf i s'hi afegeix un quart paràgraf. Es modifica la disposició addicional quarta del CC.

- (38) VALLS XUFRE, J. M.: “El Notariado frente al Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad” *El Notario del Siglo XXI*, núm. 89, gener-febrer, 2020, pàg. 23, afirma: “El Anteproyecto reduce los apoyos voluntarios a la autotutela, los poderes preventivos y las previsiones otorgadas en escritura pública de medidas de apoyo por persona sin discapacidad actual, centrando el sistema en la curatela y la intervención judicial”.

- (39) Exposició de Motius del PDL “No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”.

- (40) MAGARIÑOS BLANCO, V. “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, juliol-setembre 2018, pàg. 201: “La nueva regulación del Anteproyecto, acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, por dificultad de movilidad. Sin distinguir de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo (...)”.

- (41) *Vid.* article 4.1 TRLGD.

- (42) MAGARIÑOS BLANCO, V. “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, *op. cit.*, pàg. 202.

- (43) STS de 4 novembre de 2015: “La situación actual de don Mateo permite rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor conteni-

do y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre y no por su padre. ...El curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del discapaz y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad (...).

(44) VALLS XUFRE, J. M. "El Notariado frente al Anteproyecto de ley en materia de discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, n. 89, gener/febrer 2020, pàgs. 22-23, assenyala: "el modelo que defiende es un modelo notarial más que judicial. Se trata de sustituir un proceso de imposición por parte de la autoridad, el juez, por un proceso de decisión en el que se manifiesta la voluntad de la persona necesitada de apoyo y que se produce de dentro hacia fuera".

(45) MAGARIÑOS BLANCO, V. "Comentario al Anteproyecto", op. cit., pàgs. 203-204, assenyala: "Con la 'asistencia' institucional, se trataría de acoger la voluntad de decidir y elegir la ayuda de un asistente por la persona que la necesita y que se encuentra con capacidad para hacerlo en ese momento, con la garantía y la rigurosidad que imprime un proceso sencillo de jurisdicción voluntaria y el control judicial.

Existe una amplia gama de situaciones que suponen disminución de facultades físicas o psíquicas, (analfabetos, encarcelados, alcohólicos, drogodependientes, ludópatas, anoréxicos, bulímicos, depresivos, invidentes, hospitalizados de larga duración sin parientes o debilitados por edad y fácilmente sugestionables), que estarían mejor resueltas con un asistente solicitado por la persona con tal disminución en el momento en el que lo necesita, constituida en jurisdicción voluntaria, y en la que se tenga en cuenta la autodeterminación no preventiva del afectado; que podría designar el administrador de apoyo y solicitar la medida e indicar sus necesidades. Sin la carga negativa de 'incapacidad' que, quiérase o no, genera la palabra curatela".

(46) ROGEL VIDE, C. *La guarda de hecho*, Tecnos, 1986.

(47) Exposició Motius de l'APLD. "Dentro de las segundas, conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como

suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una inversión judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias."

(48) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Tratado de Derecho de Familia* (dir.) 2020, sobre la guarda de hecho, op. cit., pàgs. 607-610.

(49) VALLS XUFRE, J. M. "El Notariado frente al Anteproyecto...", op. cit., pàgs. 20-21. Segons aquest autor: "El otorgamiento lo verificaría la persona ya con discapacidad, con los apoyos necesarios según cada caso, valga la redundancia, después de ser informada, aconsejada y acompañada en la toma de una decisión tan importante como la configuración de su personal sistema de apoyo a su discapacidad."

(50) En efecte, com ja assenyalàvem a l'inici d'aquest treball, el llibre I del Codi civil espanyol sembla que ha de ser objecte d'una reforma profunda; en aquest sentit, i al seu natural envelliment, s'afegeix una complexa ordenació de matèries. La seva redacció actual dibuixa un retaule de preceptes, de vegades, confús i assistemàtic, com a conseqüència de les reformes successives que han derogat importants preceptes (v.gr. Títol IV *Matrimoni*, articles 72, 77 CC, derogats; Títol IX *La incapacitació*, arts. 202 a 204 CC derogats per la LEC 1/2000; Títol X, Capítol III, arts. 294 a 298 CC *De la curatela en casos de prodigalitat* derogats per la LEC 1/2000; Títol X, Capítol V, *La guarda de fet*, 305, 307 a 313; Títol XI *La majoria d'edat i l'emancipació*, art. 316 CC derogat per llei 15/2015, 2 de juliol; Títol XII, *Del Registre de l'estat civil*, arts. 325-332 CC derogats expressament per la disposició derogatòria de la Llei del Registre Civil de 2011, deixant sense contingut el Títol XII, llibre I del Codi civil, la redacció del qual procedeix de la primigènia Llei del Registre Civil de 1870).

(51) LINACERO DE LA FUENTE (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, 2a ed., 2020. Interès superior del nen i ado-

lescent. Jurisprudència del TS i TC pàgs. 431-438, i Dret a l'audiència del menor, pàgs. 455-459.

(52) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Derecho Civil I*, 2a ed., 2018, Àmbits jurídics d'intervenció del menor.

(53) LINACERO DE LA FUENTE, M. "Tendencias actuales en materia de capacidad de la persona. Especial referencia a la menor edad", dins *Estudios Homenaje al Profesor D. José María Castán Vázquez*, directors Lázaro González i Serrano Molina, Reus, 2019, pàgs. 227-242.

(54) La reforma canvia la ubicació sistemàtica actual de la majoria d'edat i l'emancipació en el Títol XI arts. 321-324 CC pel seu emplaçament en el Títol X arts. 239-248 CC segons el PDL, per tant, després de la tutela de menors i abans de les mesures de suport. No considero adequat el canvi de sistemàtica que sembla que incideix en les situacions de tutela i guarda del menor com a subjecte de protecció, silenciats qualsevol reconeixement dels drets i capacitat progressiva de l'infant en funció de la seva edat i grau de maduresa. La rúbrica del projectat Títol X hauria d'incloure la majoria d'edat, el menor emancipat i el menor d'edat no emancipat (infància i adolescència).

(55) En els antecedents dels articles 271 i 272 redactats per Llei 13/1983, de 24 d'octubre, trobem els articles 277 i 278 de l'Anteproyecto de Llei de reforma dels preceptes del Codi civil relatius a la tutela redactats pels professors Díez-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS i CAFFARENA que recollien 14 casos en els quals el tutor necessitava autorització judicial.

(56) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Protección jurídica del menor. Comentario a la LO 1/1996*, Montecorvo, 2001. Actes per als quals el tutor necessita autorització judicial, pàgs. 421 i sg.

(57) Codice civile italià: arts. 374 i sg. *Autorizzazione del giudice tutelare*; arts. 456-468 Code civil francès; paràgrafs 1819-1825 BGB. i arts. 222- 43 i 222-44 CCCat.

(58) LINACERO DE LA FUENTE (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*, op. cit., pàgs. 481 i 591.

(59) Llei 10/2017, de 27 de juny del Parlament de Catalunya. Art. 4. Addició d'una lletra a l'apartat 1 de l'article 222-43, CC Cat. El tutor i l'administrador patrimonial necessiten autorització judicial per als actes següents: l) *Demanar als prestadors de serveis digitals la cancel·lació de comptes digitals, sens perjudici de la facultat d'instar-ne la suspensió provisional en els termes de l'article 222-36.*



(60) STS de 5 de febrer de 2013, en aquest cas en matèria de pàtria potestat, acull una interpretació analògica de les limitacions de l'art. 166 CC que és lògica i congruent amb l'interès del menor, però qüestionable i forçada.

En aquest sentit, el TS assenyala: FJ 3r: "De lo hasta aquí vertido se desprende que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años. (Artículo 162.1º del Código Civil ... Como tampoco resulta descartable, en estos casos, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el artículo 166 del Código Civil y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de la validez de dichos contratos. Así, y en el sentido de la tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor. Por lo demás, como expresamente contempla la Ley de Protección Jurídica del Menor, tanto de la aplicación de los Tratados Internacionales, como referentes interpretativos (artículo tres de la Ley), como de la aplicación del principio de la primacía o preferencia del interés superior del menor, se infiere que la interpretación de este precepto no esté sujeta a una interpretación restrictiva que impida la debida conexión con los textos referenciados, sus principios y disposiciones; sobre todo cuando la responsabilidad patrimonial asumida también afecte o repercuta en el plano extrapatrimonial del interés del menor".

En efecte, i seguint la línia de la dita sentència i dels meus treballs en la matèria, realment l'interès patrimonial del detall permetria incloure dins el control judicial (en aquest cas, el contracte s'entén nul de ple dret perquè l'objecte resulta contrari a l'ordre públic) qualsevol acte jurídic que impliqui risc per al patrimoni del menor encara que no estigui previst en el dit precepte (en aquest cas compromet el menor amb una responsabilitat patrimonial de 3 milions d'euros en virtut de clàusula penal).

(61) L'article 222-44 4t CCCat:

L'autoritat judicial, si la repercussió econòmica de l'acte de disposició o gravamen que s'ha d'autoritzar supera els 50.000 euros, pot demanar al tutor que aporti un informe tècnic elaborat per un agent de la propietat immobiliària, un economista o un censor jurat de comptes o auditor independent, segons la naturalesa de l'acte. Tenen la consideració d'independents els professionals imparcials escollits pels col·legis professionals de llistes o censos predeterminats."

(62) En aquest sentit el legislador català i el projectat art. 288 CC.

L'article 222-44, ap. 2n, CCCat preveu la possibilitat d'autorització per a una pluralitat d'actes o la fixació d'una quantitat per a exigir al tutor un informe.

"2. L'autorització no es pot concedir de manera general. Això no obstant, es pot atorgar amb aquest caràcter per a una pluralitat d'actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica, encara que siguin futurs. En tots els supòsits s'han d'especificar les circumstàncies i característiques fonamentals dels dits actes.

(63) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al artículo 271 CC", dins *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, 1986, pàg. 549, afirma "sorprende que no se exija autorización judicial para otras actuaciones que comprometan de forma importante la vida del menor o incapacitado. Hay decisiones relativas a la salud y a la educación o formación especial que sin necesidad de implicar un internamiento, pueden tener tanto o mayor relevancia que este último".

LINACERO DE LA FUENTE, M. *Protección jurídica del menor*, op. cit., pàg. 423, assenyala que les decisions transcendents en qüestions relatives a la integritat física o la salut, educació, llibertat, associació... del tutelat, no les aborda el legislador de forma expressa, encara que cal algun tipus de control o mesura judicial a l'empara dels articles 216.2n, 232, 233 i 269 del Codi civil.

(64) ESCARTÍN IPIÉNS J.A. "La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, 2216, vol. 5, núm. 3 (juliol-setembre, 2018), 2018, pàg. 97, assenyala: "Toda esta reflexión se hace para confirmar lo que es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia en base a los antecedentes citados, es decir, que los requisitos de autorización judicial, aprobación o, incluso, venta en pública subasta, previstos en el artículo 285 propuesto, son normas de derecho imperativo, cuyo incumplimiento lleva consigo la sanción de nulidad. Y aquí renuevo mi pregunta inicial,

sobre si, puesto que el artículo 269 autoriza al declarante para establecer las reglas de administración y disposición de sus bienes; ¿queda o no facultado en su propuesta de autocuratela para prescindir de la autorización judicial y demás formalidades del 285 de la Propuesta?

Si la propuesta de la CGC fuera ya texto Legal promulgado, podríamos encontrar buenos argumentos para las dos tesis opuestas, lo cual ya es preocupante en términos de seguridad jurídica. Pero como estamos en fase prelegislativa, todavía tenemos tiempo para dejar claros los términos en que deba estar redactada la ley. Así que, con todo respeto, y a efectos dialécticos, me atrevo a proponer las siguientes conclusiones:

1ª.- Que, en el régimen común de la curatela, rige el artículo 285 como norma de carácter imperativo.

2ª.- Que en el régimen especial de la autocuratela el artículo 285 rige con carácter supletorio..."

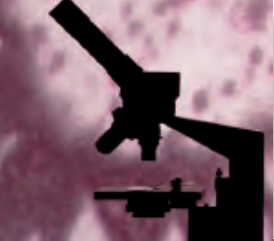
(65) v.gr El projectat art. 285 CC, "núm. 1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por sí mismo, núm. 2.º Enajenar o gravar ... bienes o derechos de especial significado personal o familiar... núm. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona afectada, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar, núm. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica, núm. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos.

(66) ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. "La autocuratela", op. cit., pàg. 96, assenyala que el APDL respecta l'art. 166 CC en la seva versió de la Llei de 13 de maig de 1981, però en matèria de tutela de menors o de curatela de persones amb discapacitat, es proposa l'art. 285 CC.

Al meu parer, una solució de petrificació normativa de l'art. 166 CC, sembla poc adequada als més de 30 anys transcorreguts des de la dita Llei de 1981.

(67) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Tratado de Derecho de Familia*, op. cit., 2020, pàgs. 484-487.

(68) Sobre aquesta matèria he d'assenyalar la meua participació en la Comissió encarregada d'elaborar la Llei del Registre Civil, de 21 de juliol de 2011, i la publicació de l'obra *Tratado del Registro Civil*, 2013, en la qual s'analitza la dita Llei del Registre Civil (en vacatio fins al 30 abril de 2021) i



s'il·lustra sobre el règim del Registre Civil encara vigent, d'acord amb la Llei del Registre Civil de 1957 i el seu Reglament de 1958.

(69) PAU PEDRÓN, A. "De la incapacitación al apoyo", *op. cit.*, pàg. 19. Afirmar, no obstant això: "Precisamente por el carácter fáctico de la institución no se prevé la inscripción de la guarda de hecho en el Registro civil (a diferencia de la Ley de 1957, que preveía la anotación preventiva de 'la existencia de un guardador de hecho [...]'; es verdad que 'con valor simplemente informativo'). La constancia en el Registro sería inútil, porque su existencia no limita las facultades de decisión del juez a la hora de tomar medidas de apoyo".

(70) Art. 38. 6.è LRC "A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz". Article 38 redactat pel número dos l'article primer de la Llei 1/2009, de 25 de març, de reforma de la Llei, de 8 de juny de 1957, sobre el Registre Civil, en matèria d'incapacitacions, càrrecs tutelars i administradors de patrimonis protegits, i de la Llei 41/2003, de 18 de novembre.

(71) LINACERO DE LA FUENTE, M. *Tratado del Registro Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pàgs. 416-420.

(72) Informe CGPJ, 215.- "Ciertamente, la discapacidad en tanto dato sobre la salud de una persona merece la protección del derecho a la intimidad y forma parte de las categorías especiales de datos de carácter personal que merecen una especial protección. En este sentido, cabe recordar que el artículo 5.g del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece que 'En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética'. Vid. LO 3/2018, de 5 de diciembre i art. 9 Reglament (UE) 2016/679.

Estudi jurisprudencial entorn de la curatela de les persones amb malaltia mental

Núria Coch Roura
Universitat de Lleida

L'any 2008 després de l'adhesió d'Espanya a la Convenció de les Nacions Unides sobre els drets de les persones amb discapacitat (en endavant, la Convenció), signada a Nova York el 13 de desembre de 2006, tots els Estats signants havien ajustat raonablement les seves disposicions legals sobre la capacitat de les persones al dit tractat internacional⁽¹⁾. L'objectiu primordial de la Convenció és promoure, protegir i assegurar en condicions d'igualtat el gaudi de tots drets humans i llibertats fonamentals a les persones amb discapacitat⁽²⁾. Per fer efectiu aquest objectiu, els Estats han de proporcionar suports i salvaguardes per tal de respectar la voluntat, les preferències de les persones, la inexistència de conflictes d'interessos i d'influència indeguda; a més, aquestes mesures de protecció han de ser proporcionals i adaptades a les circumstàncies de les persones.

En l'ordenament jurídic espanyol els sistemes tradicionals de salvaguarda han estat la tutela i la curatela. A la comunitat autònoma de Catalunya li va ser transferida la competència legislativa sobre aquesta matèria, de manera que gaudeix d'una regulació pròpia⁽³⁾ que ha incorporat noves figures i una delimitació particular de



les institucions de protecció ja existents. En definitiva, tant la regulació estatal com l'autònoma catalana s'han hagut d'adaptar i de reinterpretar d'acord amb els principis de la Convenció.

La Sentència del Tribunal Suprem 282/2009, de 29 d'abril, de la qual va ser ponent la Dra. Encarna Roca Trías, que va esdevenir un punt de referència ineludible

sobre aquesta matèria, va ser decisiva. La dita sentència postulava que, tant la tutela com especialment la curatela, eren mesures de suport i de salvaguarda coherents amb els principis de la Convenció⁽⁴⁾.

En aquest treball estudiaré la jurisprudència de la comunitat autònoma de Catalunya –per raó de la legislació particular existent, el llibre II del CCCat– pel que fa

al concepte i als límits de la curatela, especialment quan s'aplica en casos en què la causa d'intervenció protectora es dona per l'existència d'una malaltia mental, la *cura furiosi*⁽⁵⁾. Limitaré, doncs, les meves referències doctrinals⁽⁶⁾ a les que siguin necessàries per al tractament de les sentències.

Com ja vaig anticipar en altres treballs doctrinals⁽⁷⁾ és subjacent en tota la matèria una utilització poc tècnica del llenguatge⁽⁸⁾. A més, en l'àmbit jurisprudencial, el problema s'estén a multitud de termes polisèmics.

M'he centrat en l'estudi d'alguns aspectes que s'entreveuen en vuit sentències, ordenades i examinades cronològicament.

1.- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 295/17, de 25 de juliol de 2017.

En els Fonaments Jurídics d'aquesta resolució es parteix de sentències del Tribunal Suprem (STS 689/2015, de 16 de desembre, i STS 535/2015, de 15 d'octubre) per establir la graduació de la capacitat en: la incapacitació absoluta i la incapacitació parcial. La segona comporta –segons la tesi del Suprem– la submissió a curatela de l'incapacitat, que ha de ser assistit en els actes que la sentència estableixi.

Ens imaginem que el que es prova de dir tant en la sentència de l'Audiència Provincial com en les parafrasejades del Tribunal Suprem, és que la tutela suposa un grau d'intensitat més alt, ja que qui exerceix aquesta mesura, el tutor, representa i substitueix el tutelat, mentre que no passa el mateix amb el curador. Entenem que la tutela –com a mesura de protecció que supleix la voluntat del qui hi està sotmès– pot ser perfectament parcial quan la persona a la qual es pretén protegir la necessita únicament en una faceta o àmbit de la seva vida (per exemple, en l'àmbit patrimonial). Hem de tenir en compte que aquesta decisió judicial es va dictar a mitjan 2017 i que, en els darrers anys, s'ha avançat molt en l'aclariment del contingut i l'abast de les mesures de protecció. Amb tot, ja avanço que aquesta discussió jurisprudencial i doctrinal ha quedat superada al meu parer a partir de la SAP Barcelona 754/19, de 13 de novembre de 2019, que examinarem en darrer lloc.

2.- Sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona 1438/2017, de 22 de desembre de 2017.



FITXA TÈCNICA

Resum: L'estudi del contingut, l'abast i la delimitació de la curatela de persones amb malaltia mental, a través de set sentències de les audiències provincials catalanes, especialment la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (secció 18a) 754/2019, de 13 de novembre, i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 52/2018, de 4 de juny, posen de manifest que l'expansió del contingut de la curatela a qualsevol àmbit (salut, etc.), la concurrència de la curatela "representativa" al costat de la possible exempció de la intervenció del curador en determinats actes –tot això establert en sentència judicial– dona una nova solució respectuosa amb els drets de les persones i ajustada alhora a la realitat social. En aquest procés de determinació cada vegada més elàstica del contingut de la curatela resulta imprescindible afegir que és essencial la redacció tecnicojurídica detallada i ajustada al cas concret de la sentència judicial, ja que aquest es configura com el principal mecanisme de flexibilitat dels sistemes de salvaguarda de la legislació catalana.

Paraules clau: Curatela, malaltia mental, institució tutelar, Catalunya, jurisprudència.

Abstract: The study of the content, scope and delimitation of the curatorship of people with mental illness, through seven sentences of the Catalan Provincial Courts, especially the sentence of the Barcelona Provincial Court (section 18) 754/2019 of 13 November and the sentence of the Catalan High Court of Justice 52/2018 of 4 June, show that the expansion of the content of the curatorship to any area (health, etc.), the concurrence of the "representative" curatorship together with the possible exemption of the intervention of the guardian in certain acts - all determined in a court sentence - comes to give a new solution that respects the rights of the people, at the same time as it is adjusted to the social reality. In this process of increasingly flexible determination of the content of the curatorship, it is essential to add that the detailed technical-legal drafting of the court ruling, adjusted to the specific case, is essential, as this is the main mechanism of flexibility in the systems of protection of Catalan legislation.

Keywords: Curatorship, mental illness, guardianship institution, Cataluña, case law, jurisprudence.

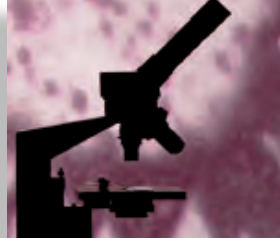
En els Fonaments de Dret d'aquesta sentència, es parafrasegen les decisions del Tribunal Suprem STS 689/2015, de 16 de desembre de 2015, i STS 535/2015, de 15 d'octubre, i s'indica que *"la curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación, de quien está sometido a ella, sino a completar la capacidad de quién la posee"*. Y añade *"porque su función no viene a ser de representación sino más bien de asistencia y protección, presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz, que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial"*.

Resulta sens dubte evident que la curatela no és un òrgan, més aviat podríem estar d'acord que és una mesura o institució protectora –en termes més moderns parlariem de suports i salvaguardes. El fet que a continuació es digui que la funció de la curatela no és de representació, sinó més aviat d'assistència, no fa altra cosa que confondre els juristes, ja que estem examinant jurisprudència de la comunitat autònoma de Catalunya perquè en el Codi Civil de Catalunya (en endavant, CC-

Cat) hi ha un capítol –el sisè– anomenat L'Assistència i, concretament, en el primer article tracta de la figura de l'assistent⁽⁹⁾. Resulta si més no estrany que es defineixi la institució de la curatela –en la sentència de l'Audiència Provincial de Tarragona examinada– amb la funció d'assistència que caracteritza una altra mesura de protecció diferent. Es podrien utilitzar altres termes, sense ànim de ser exhaustius, com "ajudar", "col·laborar", "acompanyar", "coadjuvar", "donar suport".

Resulta, amb tot, positiu que la decisió examinada reculli expressament la possibilitat que la curatela s'estengui més enllà de l'àmbit patrimonial, qüestió aquesta que ha aixecat molta polèmica tant en la jurisprudència com en la doctrina.

Afirma també –seguint la jurisprudència majoritària– que la funció de la curatela no consisteix en la representació. Aquesta asseveració veurem que no pot tenir un caràcter tan radical en l'àmbit del CCCat. El problema és que la sentència es fonamenta en jurisprudència del Tribunal Suprem i, tal com desenvolupem més endavant, en especial en tractar la SAP Barcelona 754/2019, de 13 de novembre, els seus pronunciacions



ments no es poden acceptar en tots els seus aspectes en l'àmbit del CCCat.

3.- La Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 148/2018, de 24 d'abril ens serveix de base per a examinar el concepte de *curatela*, tenint en compte que els postulats sostinguts són avançats si la comparem amb altres decisions judicials coetànies. De fet, l'hem seleccionada precisament per aquesta raó.

Aquesta sentència es fonamenta en dues sentències del Tribunal Suprem: la primera, de 29 d'abril de 2008, la segona, de 27 de novembre de 2014⁽¹⁰⁾, que estableixen la seva línia d'argumentació basant-se en l'art. 12 de la Convenció⁽¹¹⁾ i propugnant ambdues un concepte del procés d'incapacitació de la persona des de la perspectiva que es tracta d'una forma de protegir-la i no de restringir-ne els drets.

Partint d'aquesta premissa, l'enumeració de la normativa aplicable justifica la necessitat de potenciar la figura de la curatela, ja que és la mesura de protecció més respectuosa amb els drets dels individus. La decisió estableix que la curatela té la funció de complementar la personalitat jurídica de la persona, que no és discriminatòria contra ella, sinó defensora de l'individu afectat i que no en vulnera la dignitat⁽¹²⁾.

S'afirma també que el caràcter subsidiari que la legislació vigent, concretament l'art. 223-1⁽¹³⁾ CCCat, sembla que atribueix a la curatela respecte de la tutela s'ha de reinterpretar en vista dels principis de la Convenció, amb proporcionalitat i necessitat al cas concret. La privació –total o parcial– dels drets que es tenen com a persona només es pot adoptar des de l'òptica d'un sistema de protecció, ja que la incapacitació no canvia la titularitat dels drets fonamentals, encara que en determina la forma d'exercici. La sentència conclou –esmentant el Tribunal Suprem– que s'ha d'evitar una regulació rígida i abstracta de la situació jurídica de la persona incapacitada. A continuació, raona que, atenint-se als principis de la Convenció, l'art. 200 del CC⁽¹⁴⁾ hauria de tendir a evitar la substitució total de la capacitat de la voluntat de la persona que pateix discapacitat i, en conseqüència, d'aquí s'infereix la necessitat d'adoptar un concepte més ampli de curatela, que no se circumscrigui als aspectes patrimonials, sinó que es pugui referir també a l'àmbit personal delimitat en sentència judicial.

La sentència manté que ni la legislació espanyola ni la catalana preconfiguren un concepte tancat i exclouent de la curatela, sinó que el deixen obert a la decisió judicial. Per tant, la curatela s'entén com la institució de protecció a la qual acudir preferentment

i el contingut ampli de la qual pot ser objecte de modulació total en la sentència judicial adaptant-se a les necessitats de la persona que necessita una mesura de protecció. Es tracta doncs d'evitar mecanismes substitutius de la voluntat, molt menys respectuosos amb els drets i les llibertats, donant més contingut a la curatela.

El llibre II del CCCat estableix un contingut mínim de la curatela, és a dir sempre és necessària la presència del curador en tots aquells actes en els quals el tutor requereixi autorització judicial per atorgar capítols matrimonials, però no un límit màxim. Una mostra més de la flexibilitat present en la normativa catalana apareix en la incorporació d'una nova forma de curatela "intermèdia" a l'art. 223.6 CCCat: el curador amb facultats d'administració ordinària del patrimoni de la persona que necessita una mesura de protecció.

El llibre II del CCCat estableix un contingut mínim de la curatela, és a dir sempre és necessària la presència del curador en tots aquells actes en els quals el tutor requereixi autorització judicial per atorgar capítols matrimonials, però no un límit màxim

En el cas d'aquesta Sentència SAP Girona (148/2017, de 24 d'abril) –un cop realitzada la valoració de la prova–, la persona que és objecte de protecció afectada d'una esquizofrènia paranoide necessita el contingut següent de curatela que el Tribunal, fent ús de les seves facultats, determina amb precisió, adequant la mesura de protecció de forma perfecta al supòsit concret:

"b) Funciones del curador:

- Se atribuye al curador la facultad para la administración ordinaria del patrimonio e ingresos de doña Rosa, incluyendo los reintegros bancarios, estando facultado el curador para tramitar, en nombre de Rosa, las prestaciones económicas, asistenciales o de servicios sociales a las que tenga derecho.

- En ejercicio de la administración ordinaria atribuida el curador puede decidir, acordándolo con ella, las cantidades de las que Rosa puede disponer y la periodicidad en su entrega a fin de garantizar la más correcta gestión

de los recursos, así como el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, como puede ser el pago del alquiler o de la hipoteca, que podrá realizar directamente la Fundación en su condición de curadora y administradora de los bienes de la Sra. Rosa.

- La curadora deberá complementar la capacidad de Rosa en cualquier decisión que afecte a su patrimonio, sea cual sea la naturaleza del acto a realizar.

La asistencia del curador será necesaria para los actos a que se refiere el artículo 222-43 del CCCat y para otorgar capítulos matrimoniales.

- Para abandonar la vivienda de alquiler en la que actualmente reside Rosa con su esposo el Sr. José precisará la autorización de la Fundación Tutelar, así como para acudir a la vivienda de la que son copropietarios.

- Con carácter ordinario se atribuye a la curadora la facultad de supervisar y controlar las cuestiones que afecten a la salud de Rosa, complementando su voluntad siempre que su consentimiento sea necesario.”

En aquest supòsit la decisió del Tribunal presenta una curatela extensa, perfectament delimitada en funció de les necessitats: s'expandeix l'àmbit de la curatela als aspectes patrimonials⁽¹⁵⁾, atorgant la facultat d'administració ordinària i detenint-se, amb prudència i respecte dels drets de la persona curatelada, a ressenyar els àmbits més normals d'actuació (reintegraments bancaris, pagaments d'hipoteca, etc.).

Fora del que cal considerar administració ordinària, s'estableix que la curadora complementarà la capacitat de la persona que necessita protecció en qualsevol decisió que afecti el seu patrimoni.

La curatela com a mesura de protecció aplicada a aquest supòsit concret es desplega més enllà de l'àmbit patrimonial fins a arribar als aspectes connectats amb la salut. I, encara més, perfila la protecció de la curatelada, especificant que es necessita el consentiment de la curadora perquè la persona objecte de protecció pugui abandonar l'habitatge de lloguer on resideix – en companyia del seu espòs – i també per acudir a l'habitatge del qual són copropietaris. Adaptant totalment la sentència a les necessitats de l'assumpte, com si es tractés “d'un vestit a mida”.



La tècnica utilitzada és impecable atès que estén la curatela més enllà de l'àmbit patrimonial tradicional i arriba a la facultat d'administració ordinària (especificant situacions que pot fer el curador per ell mateix com reintegraments bancaris), l'adapta al cas, inclòs l'àmbit de la salut, i a altres circumstàncies específiques, com l'habitatge, però respectant completament la capacitat natural de la persona objecte de protecció.

Aquesta decisió de l'Audiència va revocar la sentència d'instància en la qual s'incapacitava totalment la persona que necessitava una mesura de protecció i s'optava per la tutela per una nova sentència que establia una modificació parcial de la capacitat mitjançant una curatela mal·leable en funció de les aptituds subsistents i totalment adaptada al cas concret com a mecanisme de suport idoni.

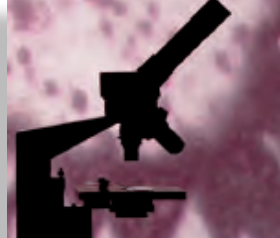
4.-La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 52/2018, de 4 de juny.

Aquest pronunciament, que aclareix moltes qüestions debatudes i completa un buit existent pel que fa a la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha esdevingut un referent des del moment de la seva publicació⁽¹⁶⁾. La decisió del Tribunal manté que, a partir de la interpretació de l'article 1 i 12.4 de la Convenció, no es pot entendre com abans que les persones

que presenten discapacitats no són aptes per regir cap aspecte de la seva vida personal i patrimonial, sinó que s'ha d'examinar cas per cas en funció de les particularitats i de les circumstàncies concretes de les persones, quina ha de ser l'extensió i els límits a la capacitat i el règim de protecció conseqüent que s'ha de constituir. Sobre la base d'aquest pronunciament –i amb totes les cauteles possibles– s'hauria d'evitar l'opció de la incapacitació total excepte en casos extraordinaris.

El jutge, en resoldre sobre el grau de capacitat i d'autogovern d'aquesta persona i constituir els suports necessaris mitjançant un règim apropiat de guarda legal, s'ha d'ajustar a aquells àmbits en què estrictament es requereixen aquests suports. Això fa pensar que la decisió de la sentència de modificació de capacitat ha de ser detallat i prolix i ha de provar de precisar sobre quins àmbits s'han de projectar les mesures de protecció.

La legislació catalana dedica el títol II del llibre II del CCCat a la regulació de les institucions de protecció de la persona i una de les principals novetats, com es posa de manifest en el Preàmbul, és la incorporació d'una gran varietat d'instruments de protecció que pretenen cobrir un ampli ventall de situacions en què es poden trobar les



persones amb discapacitat. D'aquesta manera es regulen institucions tradicionals i també d'altres que poden operar al marge d'aquestes (la figura de l'assistent, el patrimoni protegit i les –generalment desconegudes– possibilitats del guardador de fet).

El Preàmbul del Llibre II diu que aquesta diversitat de règims de protecció sintonitza amb el deure de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona amb els principis de proporcionalitat i d'adaptació a les circumstàncies de les mesures de protecció, tal com recomana la Convenció.

De la mateixa manera, s'imposa una interpretació normativa d'acord amb la Convenció en el sentit menys restrictiu possible de l'autonomia personal.

En les normes del Capítol I que tracta de les disposicions comunes a les institucions de protecció de la persona (Títol II) del Llibre II es reproduïen alguns dels principis recollits en la Convenció i es manté que els suports i les salvaguardes s'han d'exercir sempre en interès de la persona afectada i d'acord amb la seva personalitat, i amb l'obligació d'informar la persona protegida. L'exercici de les mesures de protecció es configura com un deure jurídic de caràcter personalista i

fonamentalment gratuït (amb les excepcions que consten en el text legislatiu) i sota control judicial.

S'indica en la STSJC 52/2018 que la tutela és la institució que més incideix en la capacitat d'obrar de la persona la capacitat de la qual és susceptible de modificació. S'esmenta a més la STS de la Sala 1, de 7 de març de 2018, on s'indica que la tutela és la forma de suport més intensa que pot resultar necessària quan una persona no pugui prendre decisions en els assumptes que li pertocquen, ni per ella mateixa, ni amb el suport d'altres persones.

És evident doncs que el criteri diferenciador és la intensitat de la intervenció en aquesta facultat pel fet que amb la tutela es pot suplir o substituir la voluntat.

De forma diferent, la curatela es concep com una institució que complementa la capacitat, en la qual la persona protegida actua i participa en les seves decisions.

En el Preàmbul del Llibre II ja s'avança de manera excepcional i innovadora un supòsit excepcional de curatela amb la possibilitat de conferir facultats patrimonials de representació al curador; així en l'art. 223.6 CCCat trobem la figura del curador amb facultats d'administració ordinària.

De manera anàloga, els contorns de la institució tutelar tampoc no són tan definits, ja que l'art. 222.47.2 CCCat exceptua alguns actes de la representació legal del tutor, entre aquests els relatius als drets de la personalitat o els que pugui fer el tutelat segons la seva capacitat natural.

En aquest pronunciament del TSJC es conclou que les funcions del tutor o del curador no sempre són tan clares com es dedueix d'una primera aproximació a la tutela (representació/substitució) i a la curatela (com a complement), sinó que el criteri definitiu perquè s'opti per una mesura o altra de protecció rau –com hem avançat– en la intensitat de la modificació de la capacitat declarada i evidentment en la classe de protecció que necessiti en funció de les seves característiques i de la patologia que pateixin.

En el supòsit de fet tractat per la STSJC 52/2018 s'examinen les circumstàncies d'una persona amb una malaltia psiquiàtrica que té una autonomia total en l'àmbit patrimonial. La seva problemàtica s'entreveu en una manca de consciència de la seva malaltia que incideix directament en una desatenció del tractament mèdic.

El Ministeri Públic argumenta a favor de l'opció que la curatela es pugui estendre a àmbits diferents del patrimonial⁽¹⁷⁾, que el CCCat regula la situació del fet que persones capacitades poden sol·licitar al jutge un assistent (art. 226.1 CCCat) perquè rebi informació sanitària i presti el consentiment informat sense tenir la representació legal del malalt (art. 226-2.2; art. 212-1 i 2) i fins i tot els familiars⁽¹⁸⁾ (ex art. 7.2 de la Llei 21/2000, de 29 de desembre) com més podrà el curador actuar en substitució en aquests aspectes de la seva vida personal, quan hagi estat l'autoritat judicial la qual, en exercici de les seves competències, hagi disposat aquesta mesura de protecció per a l'àmbit de la salut, actuant no en nom de la persona interessada però sí en el seu interès.

La sentència remet a la STSJC, de 8 d'octubre de 2001 que, sobre la base d'una legislació anterior –els principis informadors fonamentals de la qual no s'han alterat substancialment–, admet que el curador pugui actuar en l'esfera personal de l'incapacitat parcialment.

En el fonament jurídic quart que es dona per reproduït en la decisió: el curador s'ha

de limitar en el cas enjudiciat al seguiment del tractament mèdic i farmacològic ambulatori que s'ha d'instaurar, per a la qual cosa el curador disposarà de plena interlocució, amb els metges, farà el seguiment de la continuïtat del tractament, suplirà el consentiment de la interessada per a la intervenció facultativa en els termes dels articles 212-1.4 i 212-2.2 del CCCat en relació amb l'article 7.2b) de la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació relatius a la salut i l'autonomia del pacient, i fins i tot estarà legitimat per demanar-ne l'internament, procurant-se l'autorització judicial pertinent si no hi ha consentiment del pacient.

Aquesta sentència suposa la superació d'alguns problemes, en primer lloc, si la curatela es pot estendre a diversos àmbits més enllà del patrimonial i, en segon lloc, s'admet –amb les limitacions que estableix la sentència–, que la curatela pugui servir per suplir la voluntat més enllà de la funció tradicional de complement.

La sentència remet a la STSJC, de 8 d'octubre de 2001 que, sobre la base d'una legislació anterior –els principis informadors fonamentals de la qual no s'han alterat substancialment–, admet que el curador pugui actuar en l'esfera personal de l'incapacitat parcialment.

5.- En la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (secció 18) 427/2018, de 8 de juny del mateix any, s'ajusta i es delimita amb més nitidesa la sentència d'instància que establia una curatela, incloent excepcionalment dins el contingut de la curatela la facultat –però únicament en episodis de crisi– de suplir la voluntat del curatelat, i podent decidir l'ingrés de la persona tributària de la mesura de protecció o un tractament mèdic per a aquesta. Aquesta facultat de substitució –sempre en períodes de crisi– l'estén també a l'administració de béns i patrimoni.

És la primera sentència en què es fa una interpretació tan extensiva de la curatela que passa a configurar-se de forma incidental –en episodis de crisi– com una mesura protectora substitutiva de la voluntat.



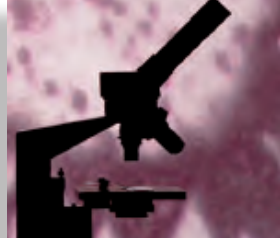
La sentència presenta l'obstacle de la determinació de quan som davant un episodi de crisi, però d'altra banda evita pronunciar-se per una tutela clarament més intensa i substitutiva de la voluntat, i opta per una reelaboració de la curatela. Hem vist en altres sentències anteriors una expansió de la curatela a altres àmbits fora dels tradicionalment patrimonials i, a més, la legislació vigent permet l'activitat substitutiva de la voluntat en el cas que s'accedeixi a una curatela amb facultat d'administració (ex art. 223.6 CCCat).

L'extensió d'aquesta pràctica jurídica podria produir una reducció important del nombre de sentències en què s'opti per la tutela com a mesura de protecció, que esdevindria realment la darrera ràtio de les mesures de protecció i salvaguarda, d'acord amb els principis informadors de la Convenció.

En tot cas, els límits entre tutela i curatela cada cop resultarien més difícils de precisar i no seria tant una qualificació jurídica com les necessitats del cas, la pràctica, el que decantaria el tribunal per una o altra mesura de salvaguarda.

6.- La sentència de l'Audiència Provincial de Girona (secció 1) 268/2019, de 8 d'abril de 2019, continua aquest procés que veiem d'expansió del contingut de la

curatela. En aquest supòsit, la virtualitat expansiva de la mesura de salvaguarda ens ofereix diferents mostres: en primer lloc, s'atribueix la facultat al curador per accedir al domicili de la persona que necessita la mesura de protecció per *"supervisar sus condiciones de vida y en general con la finalidad de poder ejercitar correctamente su cargo"*; en segon lloc, també desplega les seves facultats en la intervenció de procediments judicials *"La curatelada precisa igualmente la asistencia del curador para intervenir en pleitos"*; en tercer lloc, s'ha de projectar sobre els actes d'administració i de disposició del patrimoni de la curatelada, però indicant –amb un caràcter totalment excepcional– que és el curador el qui decidirà els diners de butxaca que corresponen a la curatelada; diu textualment que *"el curador entregará a la sra. el dinero de bolsillo que considere oportuno"*; en quart lloc, la decisió del Tribunal d'Instància, confirmada per l'Audiència Provincial, especifica que el curador ha de fer els tràmits administratius, especialment els que tinguin com a finalitat proporcionar a la curatelada prestacions econòmiques, assistencials i de serveis socials per millorar-ne la situació; en cinquè lloc, atribueix al curador la facultat de vetllar perquè la persona que s'ha de protegir segueixi els tractaments mèdics i farmacològics que se li prescriu i concreta que el curador pot



brebre informació, com també conèixer-los i supervisar-los.

En la institució de la curatela és subjacent un respecte per la voluntat de la persona curatelada, ja que en totes les sentències examinades es considera que la curatela és o actua com a complement. Veiem que l'activitat jurisprudencial dota la curatela de més contingut cada cop, tant mitjançant l'extensió a diversos àmbits de l'esfera personal com, amb caràcter excepcional –superant aquesta funció de complement– de manera que permet suplir la voluntat del curatelat a través de la intensificació de la mesura de salvaguarda.

Aquesta intensificació de la curatela és ostensible pel que fa a la determinació de diners de butxaca; no és –en aquest cas– l'autoritat judicial la que necessita el marge d'actuació, sinó que aquest es deixa a l'arbitri o la voluntat del curador –en el cas que ens ocupa una fundació tutelar. La decisió sobre els diners de butxaca no és acordada pel tribunal, ni es pren per la concurrència de voluntats del curador i el curatelat, sinó que la sentència atorga clarament facultat al curador per suplir la voluntat de la persona que necessita la mesura de protecció.

De la mateixa manera, quan al final del pronunciament es manifesta sobre la fa-

cultat d'accedir al domicili de la curatelada, considerem que el curador actuaria o podria actuar per ell mateix (acostant-se més a la mecànica de substitució/representació) d'un tutor.

No obstant això, en altres facetes es manté la funció original de complement quan la decisió estableix *“que el curador realitzarà tràmits administratius, especialmente aquellos que tengan por finalidad proporcionar a la curatelada prestaciones económicas, asistenciales, y de servicios sociales para mejorar su situación”*. Entenem pel que fa a aquestes facultats que, si bé és normal que siguin impulsades pel curador, haurien de ser conegudes, consensuades i acceptades per la curatelada; en definitiva, si s'ha de fer una instància o petició, aquesta creiem que ha de ser signada tant per la curatelada com pel curador.

Com una qüestió purament terminològica la decisió conclou al final que *“la curatelada necesita igualmente de la asistencia del curador para intervenir en pleitos”*. Crec que s'hauria de fer un esforç per part dels tribunals per procurar centrar l'ús tecnicojurídic del verb assistir a la nova institució sorgida en la redacció del llibre II del CCCat, la figura de l'assistent⁽¹⁹⁾. Es poden utilitzar altres termes com presència, cooperació, ajuda, col·laboració, concurrència.

Per acabar, el supòsit de fet que dona origen a la sentència examinada SAP G 268/2019 té el seu germen en la demanda presentada pel Ministeri Fiscal sol·licitant la modificació de capacitat d'una dona amb esquizofrènia paranoide. La patologia li permet una certa autonomia, però necessita supervisió en alguns aspectes. El jutjat *a quo* dicta la resolució en els termes que hem comentat. La Fundació tutelar designada curadora, que intervenia també com a defensora judicial, presenta recurs d'apel·lació sol·licitant la revocació de la sentència i la reintegració de la capacitat a la presumpta incapaç. Després de practica da de nou la prova en segona instància, es determina que la presumpta incapaç està sola i no compta amb el suport de familiars, serveis socials o altres entitats. La patologia d'esquizofrènia paranoide crònica cursa amb brots, si bé en el moment actual la presumpta incapaç està compensada. L'informe del metge forense determina en quins àmbits necessita ajuda i suport. A la vista l'entitat apel·lant es va ratificar en la reintegració de la capacitat en entendre que, altrament, s'actuaria en prevenció d'un risc hipotètic. El Tribunal *ad quem* va raonar en la seva resolució que del que es tractava era d'evitar riscos reals i actuals que deriven tant de la seva malaltia com de la manca de suport familiar per la qual cosa era necessària la intervenció proporcional i totalment ajustada al cas específic de la persona afectada.

Com una qüestió purament terminològica la decisió conclou al final que “la curatelada necesita igualmente de la asistencia del curador para intervenir en pleitos”. Crec que s'hauria de fer un esforç per part dels tribunals per procurar centrar l'ús tecnicojurídic del verb assistir a la nova institució sorgida en la redacció del llibre II del CCCat, la figura de l'assistent

7.- SAP Barcelona 528/2019, de 24 de juliol de 2019. Aquesta sentència resulta molt interessant ja que la decisió d'instància desestima la modificació de capacitat de l'afectada i, en segona instància, sí que s'aprecia la necessitat de protecció de manera que la sentència de l'Audiència no es limita a estimar o no el recurs d'apel·lació

presentat per la demandant –filla de la presumpta incapaç–, sinó que procedeix a redactar la sentència de modificació de capacitat *ex novo* recollint la jurisprudència recent sobre la matèria.

S'al·lega, com és forçós, la doctrina del Tribunal Suprem que recull la recepció dels principis de la Convenció, especialment l'art. 1, que estableix com a objectiu l'obligació de protecció de les persones amb discapacitat i l'art. 12.4 que disposa la proporcionalitat necessària de les mesures de salvaguarda.

El Tribunal *a quem*, partint de l'informe del forense d'instància, entén que no és pertinent una limitació total o plena, ja que la persona afectada manté autonomia o competència per a les activitats bàsiques de la vida diària (mantenir una higiene personal dins les mínimes pautes i conductes nutritives elementals) i manté una autonomia per a activitats instrumentals com planificar l'alimentació, cuinar, comprar de forma sistemàtica, mantenir una higiene adequada de l'habitatge. No obstant això, no té autonomia i necessita suport en l'àmbit de la salut en un sentit ampli i en l'àmbit patrimonial per a activitats complexes.

El Tribunal *a quem* considera pertinent que la mesura protectora sigui la curatela en funció de diversos arguments:

–en primer lloc, l'afirmació realitzada en la Sentència del Tribunal Suprem, de 15 de juny de 2018 (sustentada en nombroses sentències precedents) que fa referència al fet que *“la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales”*.

–el Codi Civil no circumscriu la curatela a l'àmbit patrimonial de manera que, a l'empara de l'art. 289 CC, es poden atribuir al curador funcions de suport en l'esfera personal com pot ser la supervisió de la submissió a un tractament mèdic, molt adequat quan es manca de consciència de malaltia.

–dels sistemes de suport del nostre ordenament jurídic (interpretats en el marc de la Convenció), la curatela es concep com un sistema mitjançant el qual es complementa la capacitat, sense substituir la persona amb discapacitat.

I conclou citant la Sentència que ja hem examinat del Tribunal Superior de Justícia



de Catalunya, de 4 de juny de 2018, que indica que *“las funciones del tutor o el curador no siempre son tan nítidas como pudiera parecer, siendo lo fundamental para instituir una u otra figura –sin desnaturalizarlas– la intensidad de la modificación de capacidad personal⁽²⁰⁾ que haya sido declarada y la clase de protección que necesite en función de sus particulares características y de la patología que sufra”*.

L'argumentació jurídica de la sentència és coherent, però no deixa de sorprendre'ns que, per determinar el contingut no exclusivament patrimonial de la curatela, es prengui la regulació del CC, quan la realment aplicable és la CCCat, i, a més, crec que aquesta ductilitat de la curatela és molt més notòria en la legislació catalana. En aquest sentit, fonamenta la seva decisió en la recent jurisprudència del Tribunal Suprem i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Amb tot el respecte cap al Tribunal Suprem, la competència a l'efecte de determinar el contingut de la curatela considerem que és del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Pel que fa a la decisió concreta:

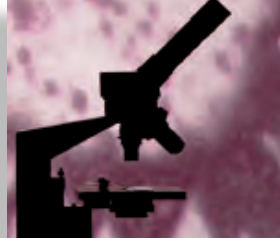
“Se revoca la expresada resolución acordando limitar la capacidad de Alicia en el ámbito de la salud en un sentido amplio y en el ámbito patrimonial para la realización de

actos complejos, acordando como institución de protección la curatela...”

Entenem que hi ha una manca de precisió important quan es refereix a l'àmbit de salut en el sentit ampli, o potser hauríem d'entendre com estableix la Sentència de l'Audiència de Barcelona 427/2018 que, en episodis de crisi, el curador pot decidir l'ingrés de l'incapaç i que un tractament mèdic supleixi el consentiment.

Considerem que aquesta interpretació no respectaria el principi de proporcionalitat i invasió mínima de les mesures de suport de l'art. 12.4 de la Convenció. La utilització de conceptes tan generals i vagues en les sentències trasllada el problema a altres interlocutors que probablement no estan legitimats per a això i, sens dubte, tenen menys preparació jurídica. Han de ser els titulars de les mesures de protecció (tutors, curadors, defensors judicials, etc.), ja siguin persones físiques o jurídiques –entitats tutelars– els qui facin una delimitació del contingut de *“l'àmbit de la salut en sentit ampli”*? Hem de deixar aquesta determinació als professionals de la medicina i que ells decideixin quan ha d'actuar el curador i amb quines facultats?

Passa el mateix quan la decisió es refereix als actes patrimonials complexos, s'estaria referint la decisió als actes d'administració



extraordinaris i també de disposició de l'art. 222.43 –aquells per als quals resulta necessària l'autorització judicial?

En tot cas seria desitjable –si es tracta de donar una solució específica a cada supòsit d'acord amb els principis establerts en art.14.2 de la Convenció– que la sentència en precisés amb més deteniment l'abast, de la mateixa manera que ho fan la Sentència del Tribunal Superior de Justícia 52/2018⁽²¹⁾, la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 427/2018⁽²²⁾ i la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 148/2018, de 24 d'abril de 2018⁽²³⁾.

També la sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona secció 18, n. 738/2019, de 7 de novembre de 2019.

8.- Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (secció 18a) 754/2019, de 13 de novembre.

Aquesta resolució recent que procedeix de la secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona i de la qual és ponent el magistrat Francisco-Javier Pereda Gámez aclareix, al meu entendre, la matèria, fent-ne una anàlisi detallada i profunda.

El recurs d'apel·lació versa sobre un veredict en el qual es declara la persona afectada –amb una patologia de salut mental–

incapacitada parcialment i se la subjecta a una tutela que afecta únicament l'àmbit patrimonial en els termes concrets i específics recollits en la decisió d'instància⁽²⁴⁾.

El ponent fa una revisió aguda i reflexiva de les diferents qüestions plantejades.

Comença amb una referència a la Doctrina del Tribunal Suprem pel que fa a la recepció de La Convenció⁽²⁵⁾. Continua distingint tutela i curatela, en el mateix sentit que hem aclarit en resolucions anteriors i que reproduïm, per tal d'analitzar la decisió en la seva argumentació completa. Per al Tribunal Suprem “la tutela es la medida protectora más intensa, el sometido a tutela carece de capacidad, supone una representación legal del afectado y **está reservada para la incapacitación total**”. En canvi, “la curatela supone que el sometido a curatela es capaz⁽²⁶⁾, pero requiere un complemento de capacidad, es el apoyo de menos intensidad que sin sustituir a la persona con discapacidad le ayuda a tomar decisiones que le afecten, se concibe en términos más flexibles y está pensada **para incapacitaciones parciales**”⁽²⁷⁾. En definitiva, la jurisprudència del Tribunal Suprem caracteritza la curatela com “una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de los actos en los que esté llamada a prestarse”⁽²⁸⁾.

Com diu encertadament la sentència comentada, l'àmbit i l'abast de la incapacitat es regula en el Codi Civil estatal⁽²⁹⁾, la regulació de les mesures concretes de protecció es contenen en el Codi Civil de Catalunya. És per aquesta raó que les manifestacions del **Tribunal Suprem relacionant la incapacitació total amb la tutela i la incapacitació parcial amb la curatela, segons manté la SAP de Barcelona, “no són de clara transposició a l'ordenament jurídic català”**. Continua indicant el veredict examinat que: “El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya⁽³⁰⁾ assumeix la línia interpretativa, però amb algunes puntualitzacions pròpies de la legislació autonòmica concreta catalana. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya estableix clarament que la curatela es pot estendre als actes d'assistència personal i de salut.”

Dels precedents legislatius examinats per la decisió, la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de tutela i institucions tutelars, com també la Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, resulta que –segons que recull la sentència comentada– la curatela ja es configurava com una institució molt més elàstica i acomodaticia que l'homònima regulada al Codi Civil. Aquesta mesura de salvaguarda s'estructurava com un complement de capacitat en tots els actes que, per llei o perquè ho disposés sentència judicial, el discapaç no pogués fer per ell mateix, i podria –si la decisió judicial així ho determinés– fins i tot excloure la concurrència del curador en determinats actes.

De manera que, tot i que el principi general imperant era que el curador no exercia la representació legal del sotmès a la mesura de protecció, excepcionalment, la sentència d'incapacitació “en atención al grado de discernimiento del incapacitado y para actos jurídicos concretos” podia disposar que el curador fos el representant legal amb un caràcter “puntual”, com establia l'art. 75 Llei 39/91⁽³¹⁾.

La decisió passa a continuació a referir-se a la STSJC, de 4 de juny de 2018, en la qual s'al·ludeix als principis ja establerts en la legislació anterior recollits també en el preàmbul del llibre II del Codi civil de Catalunya. Entre aquests trobem la possibilitat d'admetre que es puguin conferir funcions de representació al curador en l'àmbit de l'administració patrimonial, la concreció fàctica es produeix en l'article 223-6⁽³²⁾. I

recull també en sentit invers que es pugui exceptuar en alguns casos de representació el tutor i el curador⁽³³⁾.

La decisió de l'AP de Barcelona 754/2019, de 13 de novembre, argumenta també la possibilitat que aquesta funció excepcional de representació es pugui estendre a altres àmbits diferents del patrimonial i per això invoca la STSJC, de 4 de juny, on es manifesta que, si les persones "capacitades" poden sol·licitar als tribunals el nomenament d'un assistent ex article 226 CCCat⁽³⁴⁾ quan disminueixen les seves facultats físiques o psíquiques perquè sigui aquest qui rebí la informació o presti el seu consentiment (article 212-1 i 212-2 CCCat) i, si aquest consentiment el poden donar també els familiars, amb més raó ho pot fer un curador al qual s'ha reconegut aquesta possibilitat en decisió judicial.

Dels precedents legislatius examinats per la decisió, la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de tutela i institucions tutelars, com també la Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, resulta que –segons que recull la sentència comentada– la curatela ja es configurava com una institució molt més elàstica i acomodaticia que l'homònima regulada al Codi Civil

És per tant, plenament encertat el pronunciament del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya quan diu:

"Quiere ello decir que las funciones del tutor o el curador, no siempre son tan nítidas como pudiera parecer, siendo lo fundamental para instituir una u otra figura – sin desnaturalizarlas– la intensidad de la modificación de la capacidad personal que haya sido declarada y la clase de protección que necesite [el incapaz] en función de sus particulares características y de la patología que sufra."

En la seva conclusió el ponent de la sentència comentada –posant de manifest un tarannà conciliador– eludeix la controvèrsia amb el Tribunal Suprem sobre si a una incapacitació total ha de correspondre sempre una tutela i a una de parcial, una curatela, i ho fa perquè opta per una solució



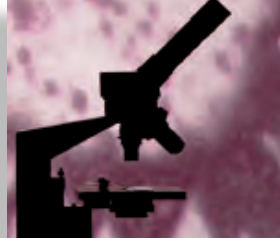
més respectuosa amb els drets fonamentals, alhora que posa en evidència la seva experiència en l'àmbit de les persones amb discapacitat.

Així, encertadament, manifesta *"resulta utópico pensar que siempre y en todo caso una medida protectora de la capacidad configurada como un complemento de la misma va a bastar en todos los supuestos en que se precise tomar decisiones. Encontramos múltiples casos en que la persona que debe ser protegida ni es consciente de su patología ni puede formar su propia voluntad, ni siquiera con un complemento de ayuda"*. Per això, atenint-nos als antecedents legislatius, que han estat mantinguts i reforçats en el llibre II, en la jurisprudència de les audiències provincials catalanes i, en especial, en la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 4 de juny de 2018, el ponent soluciona el problema plantejat estenent la curatela tradicional com a complement fins a configurar una curatela "representativa" excepcional. El ponent recorre a aquesta possibilitat només en aquells supòsits en què s'entengui que l'esquema dual-curatela complement no solament suposi un suport, sinó que pugui arribar a perjudicar el mateix afectat.

En el cas concret tractat en la sentència és subjacent un problema d'administració

pròxim al que la Doctrina ve considerant prodigalitat, per això el magistrat inclou expressament aquest supòsit com un cas necessari d'intervenció i de representació per part del curador *"cuando se aprecie un riesgo de que el afectado pueda dilapidar su patrimonio"* y acertadamente arguye *"Ha de ser posible una curatela con facultades representativas y de sustitución en algún ámbito en el que, por las circunstancias de la dolencia, no sea adecuado simplemente complementar la capacidad decisoria o cuando ese complemento se prevea de difícil ejecución, que se vea bloqueado por una incapacidad o una confrontación inevitable entre el curador y el enfermo que pueda llegar a afectar a su salud o a poner en peligro su patrimonio"*. En acabar la decisió, es reconeix que la persona protegida queda exempta de la curatela en disposicions de fins a 80 euros a la setmana.

Entenem, per tant, que la curatela es configura amb una triple virtualitat, en primer lloc de caràcter expansiu, ja que el contingut pot arribar a qualsevol esfera de l'individu (salut, patrimoni) amb les limitacions establertes en sentència judicial; en segon lloc, també s'estén al fet que la mesura de salvaguarda es pugui projectar més enllà de la seva funció principal de complement cap a una modalitat representativa, sempre que es reculli expressament



en el veredict judicial i sempre que, de l'esquema dual, pugui inferir un perjudici per al subjecte que necessita protecció; i, en tercer lloc, es restringeix, de manera que desapareix la necessitat de curatela en disposicions de metàl·lic de fins a 80 euros a la setmana.

Hem intentat en aquest treball posar de manifest que l'expansió del contingut de la curatela a qualsevol àmbit (salut, etc.), la concurrència de la curatela "representativa" al costat de la possibilitat d'exempció de la intervenció del curador en determinats actes –tot això determinat en sentència judicial– dona una solució respectuosa amb els drets de les persones i ajustat alhora a la realitat social. A més d'aquest procés de determinació cada cop més elàstic del contingut de la curatela, resulta imprescindible afegir que és essencial la redacció técnico-jurídica detallada i ajustada al cas concret de la decisió judicial, ja que aquesta es configura com el principal mecanisme de flexibilitat⁽³⁵⁾ dels sistemes de salvaguarda de la legislació catalana⁽³⁶⁾.

Si s'imposa aquesta tendència, la tutela es reservarà a aquells casos en què resulti imprescindible, cosa que suposarà la generalització de la curatela flexible mal·leable, fins i tot representativa i, en alguns casos, fins i tot omesa.

NOTES

- (1) Aquest treball s'ha dut a terme en el context del projecte d'investigació: "Regulae iuris sobre relacions jurídiques obligatòries: història textual, interpretació, pràctica", finançat pel Ministeri d'Economia i Competitivitat, ref. DER2016-75518-P.
- (2) Article 1 Propòsit El propòsit d'aquesta convenció és promoure, protegir i assegurar el gaudi ple i en condicions d'igualtat de tots els drets humans i llibertats fonamentals per totes les persones amb discapacitat, i promoció de la seva dignitat inherent. Dins les persones amb discapacitat s'hi inclouen les que tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini que, en interactuar amb diverses barreres, poden impedir la seva participació plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb les altres. Article 12 Igual reconeixement com a persona davant la llei 1. Els Estats part reafirmen que les persones amb discapacitat tenen dret a tot arreu al reconeixement de la seva personalitat jurídica 2. Els estats part reconeixen que les persones amb discapacitat tenen capacitat jurídica

ca en igualtat de condicions amb les altres en tots els aspectes de la vida. 3. Els Estats part han d'adoptar les mesures pertinents per proporcionar a les persones amb discapacitat accés al suport que puguin necessitar en l'exercici de la seva capacitat jurídica. 4. Els Estats part han d'assegurar que en totes les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica es proporcionin salvaguardes adequades i efectives per impedir els abusos de conformitat amb el dret internacional en matèria de drets humans. Aquestes salvaguardes han d'assegurar que les mesures relatives a l'exercici de la capacitat jurídica respectin els drets, la voluntat i les preferències de la persona, que no hi hagi conflicte d'interessos ni influència indeguda, que siguin proporcionals i adaptades a les circumstàncies de la persona, que s'apliquin en el termini més curt possible i que estiguin subjectes a exàmens periòdics fets per una autoritat o un òrgan judicial competent, independent i imparcial. Les salvaguardes han de ser proporcionals al grau en què aquestes mesures afectin els drets i els interessos de les persones. 5. Sense perjudici del que es disposa en aquest article, els estats part han de prendre totes les mesures que siguin pertinents i efectives per garantir el dret de les persones amb discapacitat, en igualtat de condicions amb les altres, a ser propietàries i heretar béns, controlar els seus propis assumptes econòmics i tenir accés en igualtat de condicions a préstecs bancaris, hipoteques i altres modalitats de crèdit financer, i han de vetllar perquè les persones amb discapacitat no siguin privades dels seus béns de manera arbitrària.

- (3) Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre II del Codi Civil de Catalunya relatiu a la persona i la família. <https://www.boe.es/eli/esct/l/2010/07/29/25/con.1>, abans, la Llei 9/1998, de 15 de juliol del Codi de família; Llei 11/96, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars.
- (4) COCH ROURA, Núria. "La curatela a luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi", dins *La Notaria*, ISSN 0210-427X, n. 1, 2018, pàgs. 74-86. Aquest article també es va publicar a la *Revista General de Derecho Romano*, ISSN-e 1697-3046, n. 31, 2018. Vegeu també COCH ROURA, Núria. "Modificación de la capacidad de obrar: los casos del Furiosus y el Prodigus de las XII Tablas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad", dins *Revista General de Derecho Romano*, ISSN-e 1697-3046, n. 30, 2018.
- (5) És per això que totes les sentències que tractem, tant del TSJC o de les audiències provincials catalanes, es refereixen a casos de persones amb discapacitat que poden patir una malaltia mental, predominantment esquizofrènia paranoide, encara que en alguns

casos la patologia no és filiada a causa del diagnòstic de les malalties mentals. Excepció d'aquesta delimitació altres sentències esmentades indirectament en el que és objecte del nostre estudi que es poden referir a un altre tipus de discapacitat.

- (6) FERNANDEZ DE BUJÁN, A. "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", dins *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, n. 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2.011 pàgs. 119-155. "La Convención Internacional de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad supone un cambio de paradigma en la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad, que obliga a modificar y adaptar la legislación española al respecto". L'autor centra la seva encertada exposició a reconduir el procediment de modificació de capacitat –encara segons la LEC– "procediment d'incapacitació" a l'àmbit de la jurisdicció voluntària, és a dir tornar a la regulació existent abans de la reforma de la LEC del 2000; v. també MARTÍNEZ DE MORENTIN, M. L. "De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en derecho actual", dins *Anuario de Derecho Civil*. Abril-juny, 2004, pàg. 7755-825, RGDR 4 2005; en l'àmbit estrictament civil hi ha molts treballs sobre el tema en Dret espanyol; sense caràcter exhaustiu, DE SALAS MURILLO, Sofia. "Repensar la curatela", dins *Derecho Privado y Constitución*, n. 27, 2013, pàgs. 11-48; *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de las Naciones Unidas*. Colección Monografías de Derecho Civil. Dykinson 2013, coordina Sofia de Salas Murillo; VIVAS-TESON, I. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*. Coord. Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez, Oscar Monje Balsameda. Vol. I, 2011, Part substantiva, pàgs. 363-374; LEGEREN-MOLINA, A. *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas*. Coord. Maria E. Rovira-Sueiro, Antonio Legerén-Molina, Sofia de Salas Murillo, María Victoria Mayor del Hoyo. 2015, pàgs. 63-224. GUILARTE MARTIN-CALERO, C. "El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma", *Jornades de Tossa XVII.2.012 i la curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Mc Graw-Hill, 1997. I, en l'àmbit català, VAQUER ALOY (coord.), A. *Dret Civil. Part General i Dret de la Persona*. Atelier, 2013 (Arroyo Amayuelas, E.; Bosch Capdevila, E.; Ferrer i Riba, J.; Ginebra Molins, E.; Lamarca i Marques, A.; Navas Navarro, S.; Ribot Igualada, J.); *Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya*. BOSCH CAPDEVILA, E.; DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A. Centre d'estudis jurídics i formació especialitzada. Departament de Justícia, 2012.

- (7) Vegeu supra nota 4.

(8) L'equivalent anglosaxó de capacitat legal no pot superar la nostra tradicional solució al voltant dels conceptes de "capacitat jurídica" i "capacitat d'obrar" del nostre ordenament jurídic. En aquest sentit, alguns autors sostenen que, més que una confusió, es produeix una unificació: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", dins *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y empresariales*, n. 83-84 Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, pàg. 125. "En relación con el contenido del artículo 12 cabe realizar las observaciones que siguen: -en el apartado 2 del artículo 12 no se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad".

(9) Article 226-1. Nomenament d'assistent.
1. La persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent, d'acord amb el que estableix aquest capítol, pel procediment de jurisdicció voluntària.
2. L'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona que ha de ser assistida pel que fa al nomenament o exclusió d'alguna persona per a exercir la funció d'assistència.

(10) Encara que no és l'objecte principal d'aquest treball, les sentències del Tribunal Suprem posteriors a l'entrada en vigor del llibre II del CCCat el 2011 s'haurien d'esmentar amb totes les advertències i excepcions, ja que la legislació a la qual es refereixen no és idèntica. Recordem en aquest sentit també la funció del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

(11) Especialment la interpretació del Comitè sobre els drets de les persones amb discapacitat en la seva observació general n. 1 (2014). Vegeu en aquest sentit COCH ROURA, Núria. "La curatela a luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosa", dins *La Notaria*, ISSN 0210-427X, n. 1, 2018, pàg. 80.

(12) No entenem la connexió directa entre la curatela i la no-vulneració de la dignitat de la persona. Creiem que la Tutela —aplicada a supòsits en què cal una actuació més intensa del titular de la mesura de protecció— es pot exercir mantenint i propugnant la dignitat de la persona tutelada, a la qual seran aplicables les normes del llibre II del CCCat comunes a totes les mesures de protecció, és a dir, s'han d'exercir en interès de la persona i d'acord amb la seva personalitat. Per això els titulars de les funcions de protecció han d'informar i escoltar la persona.

(13) Article 223-1. Casos de curatela.
S'han de posar en curatela, si escau, les persones següents:

- a) Els menors d'edat emancipats, si els progenitors han mort o han quedat impeditos per a exercir l'assistència prescrita per la llei, llevat del menor emancipat casat o convivent en parella estable amb una persona plenament capaç.
- b) Els incapacitats amb relació als quals no s'hagi considerat adequada la constitució de la tutela.
- c) Els pròdigs.

(14) Article 200 del Codi Civil. Són causes d'incapacitació les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin la persona governar-se per ella mateixa.

(15) Tradicionalment la institució de la curatela s'associava únicament a l'àmbit patrimonial, tot i que en la seva gènesi romana és clar que es pot projectar a altres aspectes, ja que en la jurisprudència clàssica Salvio Juliano —considerat per molts el jurista romà més important— insisteix que el curador de l'alienat ha de prendre cura amb prudència i treball no solament del patrimoni, sinó també del cos i de la salut del *furiosus* (D. 27,10, 7, pr).

(16) Hi ha una altra sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que tracta sobre la mateixa problemàtica, però en el marc de la legislació anterior (STSJC 27/2001, de 8 d'octubre de 2001).

(17) La curatela ha tingut tradicionalment un contingut patrimonial.

(18) També, es pot atorgar qualsevol tipus de facultats al guardador de fet en virtut d'una resolució en procediment de jurisdicció voluntària.

(19) Article 226-1. Nomenament d'assistent.
1. La persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent, d'acord amb el que estableix aquest capítol, pel procediment de jurisdicció voluntària.

2. L'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona que s'ha d'assistir pel que fa al nomenament o l'exclusió d'alguna persona per a exercir la funció d'assistència.

Article 226-2. Contingut de l'assistència.

1. En la resolució de nomenament, l'autoritat judicial determina l'àmbit personal o patrimonial de l'assistència i els interessos dels quals ha de tenir cura l'assistent.

2. En l'àmbit personal, l'assistent ha de vetllar pel benestar de la persona assistida, respectant-ne plenament la voluntat i les opcions personals. En particular, correspon a l'assistent rebre la informació i donar el consentiment a què fan referència, respectivament, els articles 212-1 i 212-2, si la persona assistida no pot decidir per ella mateixa sobre

la realització d'actes i tractaments mèdics i no ha atorgat un document de voluntats anticipades.

3. En l'àmbit patrimonial, l'assistent ha d'intervenir, juntament amb la persona assistida, en els actes jurídics relacionats amb les funcions de l'assistència. A petició de la persona assistida, l'autoritat judicial també pot conferir a l'assistent funcions d'administració del patrimoni de la persona assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta de fer actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa.

(20) L'acotament a la capacitat personal es justifica en el supòsit de fet que origina la sentència, ja que s'hi examina i determina únicament la necessitat de suport i de protecció en aquest àmbit. Concretament, en l'àmbit de la salut en els termes precisos i concrets previstos per la sentència.

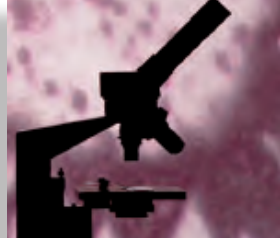
"CUARTO. - Como hemos dicho la asistencia del curador se ha de limitar en el caso enjuiciado al seguimiento del tratamiento médico y farmacológico ambulatorio que ha de instaurarse a la Sra. Enriqueta para lo que el curador dispondrá de plena interlocución con los médicos que la asistan para recibir información sobre el estado de su atención médica, acompañarla o hacerla acompañar al médico, seguimiento de la continuidad del tratamiento, suplir el consentimiento de la interesada para la intervención facultativa en los términos de los artículos 212-1.4 y 212-2.2 del CCCat en relación con el art. 7.2 b) de la ley de Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, e, incluso, en el caso extremo que fuese preciso, estará legitimado para interesar su internamiento recabando para ello la autorización judicial pertinente si no existiese consentimiento de la paciente."

(21) En aquesta decisió no es recull directament el contingut i la delimitació, però aquesta concreció s'obté perquè es remet clarament a les facultats descrites en el paràgraf primer del fonament jurídic quart.

(22) En aquesta sentència s'especifica clarament l'extensió de les funcions del curador en moments de crisi que poden portar a suplir el consentiment del discapacitat.

(23) En la sentència es relaciona en la part dispositiva l'abast de la facultat d'administració ordinària, inclou també l'autorització necessària del curador per abandonar l'habitatge habitual.

(24) La sentència recorreguda, de 26 de març de 2019, estima la demanda, declara la incapacitació judicial parcial del demandat i el sotmet a tutela pel que fa a actes de disposició i de gestió patrimonial i per a qualsevol tipus de contractació o pacte generador d'obligacions de caràcter patrimonial, que



necessàriament requereix per a aquests actes la representació del tutor, llevat de les disposicions de butxaca, fins a 80 euros a la setmana.

(25) Ja ens hem referit a aquests aspectes al principi d'aquest treball i vegeu notes 4 i 6.

(26) Entenc que hi ha una contradicció *in terminis*, com pot ser capaç el sotmès a curatela mitjançant un procediment d'incapacitació que culmina amb una sentència d'incapacitació parcial.

(27) STS Civil secció 1 de 7 de març de 2018 i STS Civil secció 1 de 15 de juny de 2018 i les que esmenten.

(28) STS Civil secció 1 d'11 d'octubre de 2017; STS Civil secció 1 de 18 de juliol i totes les que esmenta.

(29) Article 199.- Ningú no pot ser declarat incapaç, si no és per sentència judicial en virtut de les causes establertes a la Llei.
Article 200. Són causes d'incapacitació les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixin la persona governar-se per ella mateixa.

(30) Hi ha únicament dues sentències de Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, la primera és de 8 d'octubre de 2001, per la qual cosa es refereix a una legislació semblant, però que en aquest moment no es troba vigent. La segona, la recent STSJC Civil secció 1 de 4 de juny de 2018, que hem examinat.

(31) Article 75. El curador no exerceix la representació legal del sotmès a curatela. No obstant això, si la sentència d'incapacitació, en atenció al grau de discerniment de l'incapacitat, estableix aquest sistema de guarda pot disposar que el curador sigui el seu representant legal per a actes jurídics concrets, indicant-ho de forma expressa.

(32) Article 223-6
Curatela de les persones incapacitades
La sentència d'incapacitació pot conferir al curador funcions d'administració ordinària de determinats aspectes del patrimoni de la persona assistida, sens perjudici de les facultats d'aquesta per a fer els altres actes d'aquesta naturalesa per ella mateixa.

(33) Article 222-47
Representació legal
1. El tutor i, si és el cas, l'administrador patrimonial, en l'àmbit de les competències respectives, són els representants legals del tutelat.
2. S'exceptuen de la representació legal els actes següents:
a) Els relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin estableixin una altra cosa.
b) Els que pugui fer el tutelat d'acord amb la seva capacitat natural i, en la tutela de menors, els relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d'acord amb els usos socials.
c) Aquells en els quals hi hagi un conflicte d'interessos amb el tutelat.
d) Els relatius als béns exclosos de l'administració de la tutela o, si escau, de l'administració patrimonial, d'acord amb els articles 222-41 i 222-42.

(34) Article 226-1

Nomenament d'assistent

1. La persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pot sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent, d'acord amb el que estableix aquest capítol, pel procediment de jurisdicció voluntària.

2. L'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona que s'ha d'assistir pel que fa al nomenament o l'exclusió d'alguna persona per a exercir la funció d'assistència.

(35) CANARIS, C.W. *El sistema en la Jurisprudencia*. Fundación Cultural del Notariado, 1998. (Traducció de Juan Antonio García Amado). Aquesta tendència individualitzadora dels tribunals que propugna el "common sense" afavorint –com proposa la *Tópica*– l'orientació al cas concret no exclou el pensament sistemàtic, més aviat es complementen i, fins i tot, en part s'interpenetren.

(36) Detallem la redacció definitiva de la sentència com a colofó de la gran feina de fonamentació jurídica realitzada.
"Estimamos el recurso de apelación en el único sentido de establecer una curatela en vez de una tutela, cargo para el que designamos a la Sra. Delia y mantenemos en su integridad las limitaciones a la capacidad de obrar, con facultad de administración y representación a favor de la curadora para los actos en los que la sentencia limita la capacidad: actos de disposición y gestión patrimonial, cualquier tipo de contratación o pacto generador de obligaciones de carácter patrimonial, requiriendo necesariamente para dichos actos la representación de la curadora, salvo para disposiciones de bolsillo, hasta 80 euros a la semana."

La substitució d'acords socials

María Corona Quesada González
Catedràtica de Dret Civil
Universitat de Barcelona

SUMARI

1. INTRODUCCIÓ

2. ÀMBIT DE APLICACIÓ

2.1. Nul·litat i anul·labilitat dels acords socials

2.1.1. Substitució d'acords socials nuls

2.1.2. Substitució d'acords socials anul·lables

3. FINALITAT I FONAMENT DE LA SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS

3.1. El principi d'autonomia de la voluntat

3.2. El principi de conservació dels actes i negocis jurídics

3.3. El principi de llibertat d'organització i de funcionament intern de les societats

3.4. El principi d'economia processal

3.5. El principi de seguretat jurídica

4. SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS I ESMENA DE LA CAUSA D'IMPUGNACIÓ

5. COMPETÈNCIA PER ADOPTAR L'ACORD SOCIAL SUBSTITUTIU

6. CONTINGUT I REQUISITS FORMALS DE L'ACORD SOCIAL SUBSTITUTIU

7. MOMENT PER REALITZAR LA SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS

7.1. Amb anterioritat a la impugnació de l'acord que ha de ser substituït

7.2. Amb posterioritat a la impugnació de l'acord que ha de ser substituït

7.3. Després de ser dictada sentència en el procediment d'impugnació

8. LA RETROACTIVITAT DE LA SUBSTITUCIÓ

8.1. Interpretació segons el sentit propi de les paraules

8.2. Interpretació en relació amb el context

8.3. Interpretació segons els antecedents històrics i legislatius

8.4. Interpretació d'acord amb la realitat social del temps en què ha de ser aplicat l'article 204.2 LSC

8.5. Interpretació tenint en compte fonamentalment l'esperit i la finalitat de l'article 204.2 LSC

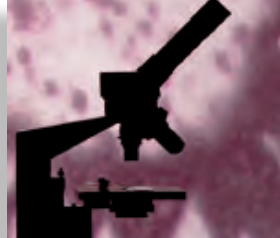
8.6. Conclusió sobre la retroactivitat de la substitució

9. LA SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS EN EL PROCEDIMENT ARBITRAL

10. L'ELIMINACIÓ DELS EFECTES O LA REPARACIÓ DELS DANYS

1. INTRODUCCIÓ

Els acords socials tenen una gran transcendència i importància des d'un punt de vista jurídic, perquè són actes col·lectius a través dels quals, a les societats de capital, els socis decideixen per majoria (*maior pars, melior pars*) sobre els assumptes propis de la junta general (cfr. article 159 LSC), i s'expressa així la voluntat de la societat sobre qüestions rellevants per al seu funcionament i la seva existència. La doctrina civilista ha prestat molt poca atenció als acords socials malgrat que és necessari estudiar-los perquè la teoria general del negoci jurídic resulti més completa i útil. En aquest sentit, el professor GIRÓN TENA, a la seva obra *Derecho de sociedades anónimas*⁽¹⁾, va manifestar: "En todos los estudios monográficos sobre acuerdos de las Juntas Generales existe una parte de caracterización o naturaleza, de la cual se toma ocasión por los autores para invadir la Parte General del Derecho Civil y proponerse los temas de gene-



realización indicados. Estas exposiciones reflejan la necesidad de enriquecer esa parte con nuevas figuras, porque, ciertamente, la elaboración se encuentra suficientemente madura para hacerlo y las categorías propuestas están materialmente justificadas". Precisament amb aquest treball pretenc aprofundir en la teoria general del negoci jurídic, desenvolupada tradicionalment en aquesta part del Dret civil, analitzant la figura jurídica de la substitució d'acords socials. Interpretaré els articles 204.2 i 207.2 LSC –reformats per la Llei 31/2014, de 3 de desembre, per la qual es va modificar la Llei de societats de capital per a la millora del govern corporatiu– tenint-ne present el precedent legislatiu, l'article 115.3 TRLSA ("No és procedent la impugnació d'un acord social quan s'hagi deixat sense efecte o s'hagi substituït vàlidament per un altre. En cas que sigui possible eliminar la causa d'impugnació, el jutge ha d'atorgar un termini raonable perquè la causa esmentada es pugui solucionar"), perquè el que s'ha comentat sobre aquesta norma es pot prendre en consideració respecte dels articles 204.2 i 207.2 LSC vigents. L'article 115.3 TRLSA va ser considerat per la doctrina com una de les novetats més importants i més profundes introduïdes pel Reial decret legislatiu 1564/1989, de 22 de desembre, en el Text refós de la Llei de societats anònimes ⁽²⁾.

L'estudi de la tècnica jurídica que consisteix a substituir un acord social impugnablen per un altre de vàlid per impedir la impugnació de l'acord social substituït resulta d'especial interès perquè es tracta d'una tècnica peculiar i diferent d'altres d'afins amb una aplicació més general, amb les quals s'intenten pal·liar o evitar els efectes de la nul·litat absoluta i de l'anul·labilitat dels negocis jurídics. Tot i que la substitució d'acords socials es regula com una tècnica jurídica pròpia del ja clàssic, però alhora evolucionat, Dret de societats ⁽³⁾, penso que es pot estudiar en el context de la teoria general de la invalidesa dels negocis jurídics elaborada fonamentalment sobre la base del Dret comú ⁽⁴⁾.

El règim jurídic de la impugnació d'acords socials de la junta general de les societats de capital ⁽⁵⁾, recollit en els articles 204 a 208 LSC i, per tant, la regulació de la substitució dels acords socials, és aplicable també als acords del consell d'administració o de qualsevol altre òrgan col·legiat d'administració ⁽⁶⁾ (art. 251.2 LSC) ⁽⁷⁾, als adoptats per juntes especials (art. 293.4 LSC) i als acords

FITXA TÈCNICA



Resum: L'estudi de la substitució d'acords socials en el context de la teoria general del negoci jurídic es justifica i interessa per entendre bé la funció d'aquesta figura i per resoldre qüestions que planteja. Des d'aquesta perspectiva, la substitució d'un acord social impugnablen per un altre de vàlid és una tècnica jurídica peculiar i diferent d'altres d'afins amb una aplicació més general, amb les quals s'intenten pal·liar o evitar els efectes de la nul·litat o de l'anul·labilitat dels negocis jurídics.

Paraules clau: Societats de capital – impugnació d'acords – substitució d'un acord social impugnablen per un altre de vàlid – esmena de la causa d'impugnació.

Abstract: The study of the substitution of social agreements in the context of the general theory of legal business is justified and interested in order to fully understand the role of this figure and to resolve questions it raises. From this perspective, the substitution of a challengeable social agreement for a valid one is a peculiar legal technique and different from other related ones of more general application, with which it is attempted to mitigate or avoid the effects of the nullity or annulment of legal affairs.

Keywords: Capital companies - challenge of agreements - substitution of a challengeable social agreement for a valid one - rectification of the cause of challenge.

de l'assemblea general d'obligacionistes (art. 427 LSC).

La Llei 27/1999, de 16 de juliol, de cooperatives, conté una regulació de la impugnació d'acords de l'assemblea general (art. 31) similar a la recollida a la Llei de societats de capital. En particular, sobre la substitució d'acords socials el segon paràgraf de l'apartat primer de l'article 31 LC disposa: "No és procedent la impugnació d'un acord social que hagi estat deixat sense efecte o substituït vàlidament per un altre. Si és possible eliminar la causa d'impugnació, el jutge ha d'atorgar un termini raonable perquè pugui ser solucionada". També es regula a la Llei de cooperatives la impugnació dels acords del consell rector (art. 37) de l'assemblea general de delegats (art.30.4) i del comitè de recursos (art. 44.3) ⁽⁸⁾. Així mateix, en aquests supòsits res no impedeix que els acords socials puguin ser substituïts ⁽⁹⁾.

Penso que, amb fonament, en la teoria general del negoci jurídic és procedent l'aplicació analògica de normes que regulen la impugnació d'acords de les societats de capital a la impugnació d'acords dels òrgans de les associacions perquè hi ha una *eadem ratio*, ja que en l'article 21 d) LOA es reconeix el dret de tot associat "a impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación que estime contrarios a la ley o a los Estatutos" ⁽¹⁰⁾, però no es regula la possibilitat de substituir aquests acords quan siguin invàlids o d'esmenar la causa de la impugnació ⁽¹¹⁾.

Crec que fins i tot es pot defensar l'aplicació analògica, *mutatis mutandi*, de normes que regulen la impugnació d'acords socials a la LSC (com els preceptes sobre la substitució d'acords i l'esmena de la causa d'impugnació) als acords de les juntes de propietaris en el règim de la propietat horitzontal ⁽¹²⁾.

En aquest treball analitzaré les qüestions següents sobre la tècnica jurídica de la substitució d'acords socials: el seu àmbit d'aplicació (és a dir, si s'aplica tant als acords nuls de ple dret com als anul·lables); la seva finalitat i el seu fonament; la relació entre la substitució d'acords socials i l'esmena de la causa d'impugnació; la competència per adoptar l'acord social substitutori; el contingut i els requisits formals de l'acord social substitutori; el moment per fer la substitució d'acords socials; la retroactivitat de la substitució; la substitució d'acords socials en el procediment arbitral i la possibilitat d'instar l'eliminació dels efectes o la reparació dels danys.

2. ÀMBIT D'APLICACIÓ

En l'article 204 LSC s'estableixen les causes d'impugnació dels acords socials i motius pels quals no en procedeix la impugnació.

En concret, a l'apartat segon de l'article 204 LSC, sense distingir entre acords nuls i anul·lables, s'afirma que "No és procedent la impugnació d'un acord social quan s'hagi



deixat sense efecte o s'hagi substituït vàlidament per un altre". Una qüestió rellevant que aquest precepte planteja és si la substitució d'acords socials és una tècnica jurídica aplicable tant quan els acords socials són nuls com quan són anul·lables.

2.1. Nul·litat i anul·labilitat dels acords socials

Que un acord social és invàlid significa que "no val", "no serveix", per aconseguir l'objectiu pel qual es va adoptar. No obstant això, hi ha diferents modalitats d'invalidesa la transcendència dels quals és diferent. Es pot distingir entre la nul·litat de ple dret, absoluta o radical i l'anul·labilitat o nul·litat relativa dels acords socials, com classes d'invalidesa típiques.

La teoria general de la nul·litat de ple dret s'ha construït sobre la base de diferents preceptes legals entre els quals destaquen l'article 6.3 CC ⁽¹³⁾ i els dedicats a la invalidesa dels contractes. Els caràcters que la doctrina i la jurisprudència solen atribuir a la nul·litat absoluta són, simplificant:

1r. No és necessari que la nul·litat absoluta sigui declarada judicialment, però si hi ha una certa aparença de validesa del negoci jurídic nul caldrà demanar que es declari la

nul·litat davant de qui sostingui la validesa del negoci. L'acció de nul·litat és declarativa perquè amb el seu exercici es persegueix que es declari una situació jurídica preexistent.

2n. Es confereix una àmplia legitimació per fer valer la nul·litat, ja que la pot invocar qualsevol persona amb un interès legítim ⁽¹⁴⁾.

3r. El negoci jurídic no produeix efectes (*quod nullum est, nullum producit effectum*).

4t. L'acció per demanar que es declari la nul·litat absoluta no prescriu, ni caduca. El mer transcurs del temps no pot convalidar un negoci jurídic nul (*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere*).

5è. No es pot convalidar un negoci jurídic nul amb una simple declaració de voluntat, emesa amb aquesta finalitat, de la persona legitimada per exercir l'acció de nul·litat.

6è. Com que es tracta d'una sanció radical, amb conseqüències dràstiques, s'imposa per salvaguardar l'interès general i amb una finalitat dissuasiva, per causes importants, com la manca d'elements essencials del negoci jurídic, perquè contravé lleis imperatives o perquè el negoci jurídic és contrari a l'ordre públic.

La teoria general de l'anul·labilitat s'ha elaborat amb fonament en diversos preceptes legals, bàsicament els articles 1300 i següents del Codi civil. De l'article 1300 CC resulta que poden ser anul·lats contractes en què concorrin els requisits essencials (el consentiment, l'objecte i la causa) perquè, si manca algun d'aquests requisits, el contracte serà nul de ple dret i no merament anul·lable.

Com a caràcters de l'anul·labilitat, la doctrina i la jurisprudència destaquen en general:

1r. L'anul·labilitat s'ha de fer valer (per via judicial o extrajudicial) perquè només així el negoci jurídic anul·lable serà ineficax. L'acció d'anul·labilitat és constitutiva perquè amb el seu exercici es persegueix que es constitueixi una nova situació jurídica: que s'aprecii la concurrència d'una causa de nul·litat relativa i que per això el negoci anul·lable deixi de produir efectes.

2n. Únicament estan legitimats per impugnar el negoci jurídic anul·lable determinats subjectes. La iniciativa de la impugnació correspon al subjecte que es pretén protegir en cada cas amb la sanció de l'anul·labilitat.

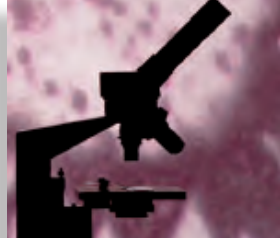
3r. El negoci jurídic produeix els seus efectes normals fins que s'impugna. Per això se sol dir que la seva eficàcia és claudicant.

4t. L'acció d'anul·labilitat s'ha d'exercir en un termini de caducitat, cosa que significa que, transcorregut el termini (no susceptible d'interrupció), el negoci jurídic anul·lable es convalida pel mer transcurs del temps.

5è. El negoci jurídic anul·lable es pot convalidar mitjançant una declaració de voluntat provinent del legitimat per impugnar-lo. Quan es tracta d'un contracte, amb la confirmació (*cfr.* art. 1309 sg. CC).

6è. Les causes d'anul·labilitat s'estableixen normalment per protegir interessos dels qui han estat part en el negoci jurídic anul·lable. Les causes d'anul·labilitat dels contractes són, bàsicament, patir vicis de consentiment i la manca de capacitat.

Aquestes classes d'invalidesa dels contractes –la nul·litat i l'anul·labilitat, amb els seus trets característics respectius – no es poden estendre sense altre a d'altres ne-



gocis no contractuals, perquè encara que la invalidesa eventual dels negocis jurídics diferents del contracte pot revestir diferents graus d'intensitat, la seva regulació és *sui generis*. D'aquí que l'interpret no s'ha de plantejar en cada cas si es tracta de nul·litat o d'anul·labilitat d'acord amb el que es disposa per als contractes, sinó que ha d'examinar quin és el règim jurídic de la invalidesa previst pel legislador per a cada tipus de negoci jurídic.

Amb tot, la regulació general de la invalidesa dels contractes que el Codi civil preveu –la seva interpretació doctrinal i jurisprudencial– ha de servir com a model teòric de referència en interpretar la normativa que regula negocis jurídics no contractuals, apreciand cas per cas si n'és possible l'aplicació analògica o si permet resoldre dubtes ⁽¹⁵⁾. Per això, el legislador ha de procurar regular la invalidesa de cada tipus de negoci tenint present la seva configuració jurídica específica, però allunyant-se de la regulació general de la invalidesa que el Codi civil estableix per als contractes únicament quan sigui inevitable i en la mesura que resulti necessari. Només així és possible aconseguir més coherència de tot l'ordenament jurídic.

Amb tot, la regulació general de la invalidesa dels contractes que el Codi civil preveu –la seva interpretació doctrinal i jurisprudencial– ha de servir com a model teòric de referència en interpretar la normativa que regula negocis jurídics no contractuals, apreciand cas per cas si n'és possible l'aplicació analògica o si permet resoldre dubtes

En l'article 205 LSC es regula un règim general d'anul·lació dels acords socials per a la impugnació dels quals s'estableix un termini de caducitat d'un any. L'única excepció són els acords que, per les seves circumstàncies, causa o contingut resultin contraris a l'ordre públic, ja que no estan subjectes a cap termini ni de caducitat ni de prescripció, perquè en realitat es tracta d'acords socials nuls de ple dret. Un altre argument important que corrobora aquesta conclusió és que la legitimació activa és molt àmplia per a impugnar els acords socials contraris a



l'ordre públic, ja que està legitimat "qualsevol soci, encara que hagin adquirit aquesta condició després de l'acord, administrador o tercer" (art. 206.2 LSC) sense que s'exigeixi acreditar un interès legítim, mentre que, per a la impugnació de tots els altres acords, "estan legitimats qualsevol dels administradors, els tercers que acreditin un interès legítim i els socis que hagin adquirit aquesta condició abans de l'adopció de l'acord, sempre que representin, individualment o conjuntament, al menys l'u per cent del capital" (art. 206.1 LSC). Per tant, sense utilitzar els termes "acords anul·lables" i "acords nuls de ple dret" es continua fent implícitament aquesta distinció en regular la impugnació dels acords socials, tot i que la intenció del legislador ha estat superar-la ⁽¹⁶⁾, perquè ara segons el text literal de la llei només hi ha acords "impugnables".

Malgrat els canvis introduïts en l'article 205.1 LSC, relatiu a la caducitat de l'acció d'impugnació dels acords socials, la seva redacció resulta massa laconica. És cert que, amb motiu de la reforma duta a terme per la Llei 31/2014, de 3 de desembre, per la qual es va modificar la Llei de societats de capital per a la millora del govern corporatiu, es van ampliar de manera encertada els supòsits d'acords radicalment nuls per contrariar l'ordre públic incloent-hi no solament aquells que ho són per la seva causa

o contingut, sinó també per les circumstàncies en què s'adopten, però la imprecisió és gran ⁽¹⁷⁾.

Per raons de seguretat jurídica ⁽¹⁸⁾ en una matèria tan important i de gran transcendència pràctica, el legislador hauria de ser més explícit, ja que no sembla suficient que la Comissió d'Experts en el seu *Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas en materia de Gobierno Corporativo*, de 14 d'octubre de 2013, hagi intentat aclarir què significa que els acords siguin contraris a l'ordre públic "per les circumstàncies en què s'adopten" fent referència al cas exemplar d'aquells acords que simplement no s'han pres perquè la junta general no s'ha celebrat o ni tan sols s'ha convocat.

Cal tenir present que la imprecisió legal actual del concepte jurídic indeterminat d'ordre públic ⁽¹⁹⁾, com demostra la jurisprudència, ha provocat que en molts assumptes d'impugnació d'acords socials s'argumenti que aquests són contraris a l'ordre públic per tal d'eludir haver d'observar els terminis de caducitat ⁽²⁰⁾.

Per tal d'aconseguir més seguretat jurídica convindria concretar més o delimitar millor la important noció d'ordre públic ⁽²¹⁾. Això es pot aconseguir establint una relació de supòsits d'acords socials contraris a l'ordre públic d'especial rellevància



que serien nuls ⁽²²⁾, considerant sobretot la doctrina jurisprudencial. La resta dels acords contraris a la llei o als estatuts serien anul·lables ⁽²³⁾. Encara que amb aquest sistema d'impugnació d'acords socials es reforçaria la seguretat jurídica, reconec que té l'inconvenient que és molt difícil d'elaborar un elenc complet de casos en què els acords socials són contraris a l'ordre públic, sobretot perquè es tracta d'un concepte jurídic indeterminat variable en funció del temps i del lloc ⁽²⁴⁾. No obstant això, com que els acords invàlids que resultessin omesos en una relació d'acords socials nuls de ple dret serien anul·lables, no necessàriament quedarien sense sanció, simplement aquesta s'hauria d'imposar exercint l'acció d'impugnació dins el termini previst a la llei.

Es justifica que hi hagi una normativa específica sobre la impugnació dels acords socials perquè són negocis jurídics que no solament vinculen als qui van votar a favor d'adoptar-los, sinó a tots els socis de la societat, inclosos els dissidents. A més, és lògic que el termini per impugnar sigui breu: en primer lloc, perquè la impugnació és una facultat que s'atorga al soci per defensar la seva posició davant eventuais excessos dels òrgans de la societat i constitueix una excepció al deure de submissió als acords socials, i, en segon lloc, perquè en interès

de la societat la incertesa sobre la validesa dels acords socials ha de cessar tan aviat com sigui possible ⁽²⁵⁾.

És diferent el supòsit en què participin en la junta general accionistes en els quals concorrin vicis de capacitat o del consentiment els vots dels quals per a aquestes causes puguin ser anul·lats o declarats nuls, perquè en aquest cas sí que és aplicable la regulació general sobre la invalidesa dels actes i negocis jurídics en no existir una regulació especial. Una altra cosa és que, perquè procedeixi la impugnació d'acords socials basada en la invalidesa de vots, aquests hagin de ser determinants per a la consecució de la majoria exigible [cfr. art. 204.3 d) LSC] ⁽²⁶⁾.

Sigui com sigui, el fet que els negocis jurídics nuls de ple dret no es puguin convalidar, a diferència dels negocis jurídics anul·lables que es poden confirmar, no ha de portar a la conclusió precipitada que la substitució d'un acord social per un altre només és possible en el cas dels negocis jurídics anul·lables, perquè la substitució d'un acord social per un altre no és un tipus de convalidació, sinó una tècnica jurídica pròpia de Dret de societats la utilització de la qual es justifica tant quan un acord social és nul com quan simplement és anul·lable, com raonaré a continuació. A més, la llei no distingeix entre acords socials nuls o

anul·lables ⁽²⁷⁾ en disposar literalment a l'article 204.2 LSC que "No és procedent la impugnació d'un acord social que hagi estat deixat sense efecte o substituït vàlidament per un altre" i *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ⁽²⁸⁾.

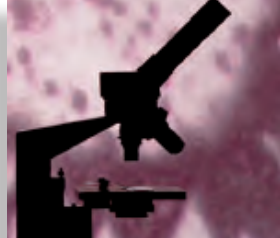
2.1.1. Substitució d'acords socials nuls

Com que la nul·litat de ple dret, radical o absoluta és una sanció extrema, ja que, de conformitat amb la teoria general del negoci jurídic suposa que l'acte és invàlid des del seu origen i mai no ha produït efectes, sense que en sigui possible la convalidació portant a terme algun acte o pel simple transcurs del temps, per evitar o mitigar-ne les dràstiques conseqüències s'ha recorregut a tècniques jurídiques com la conversió ⁽²⁹⁾ o la nul·litat parcial del negoci nul ⁽²⁰⁾, el principal fonament de les quals es troba en el principi de conservació dels negocis jurídics ⁽³¹⁾, d'acord amb el qual, segons un antic adagi llatí, "abans valgui que desaparegui la disposició" (*magis ut valeat quam ut pereat*).

La conversió d'un negoci jurídic nul pot ser formal o material. És formal quan un negoci nul es conserva com un tipus de negoci jurídic del mateix gènere vàlid amb una altra forma (per exemple, testament tancat nul que val com a testament hològraf) ⁽³²⁾. La conversió és material quan un negoci nul es conserva com un altre de vàlid de diferent gènere (per exemple, un contracte de dipòsit nul que val com a préstec o comodat) ⁽³³⁾.

Un negoci jurídic pot contenir diverses clàusules o declaracions negocials, per això, d'acord amb la màxima jurídica *utile per inutile non vitiatur* ⁽³⁴⁾, si alguna és nul·la de ple dret la resta del contingut del negoci jurídic no ha de resultar afectat quan satisfà els interessos de les parts tenint en compte el seu propòsit negocial, per aplicació de la tècnica de la nul·litat parcial ⁽³⁵⁾.

En ambdós casos, tant si es tracta de la conversió (formal o material) o de la nul·litat parcial, és imprescindible comptar amb la voluntat (o, si és el cas, amb la no-oposició) dels interessats per emprar aquestes tècniques jurídiques, perquè la seva admissibilitat també recolza en el principi d'autonomia de la voluntat. Precisament per això res no impedeix utilitzar alguna d'aquestes tècniques en supòsits d'acords socials nuls si és el cas ⁽³⁶⁾. No obstant això, quan els acords socials són nuls de ple dret,



com bé va saber apreciar el legislador mercantil, és molt més idònia la tècnica de la substitució de l'acord social invàlid⁽³⁷⁾. De la mateixa manera que la nul·litat parcial és una tècnica jurídica que es va acceptar a conseqüència de noves necessitats econòmiques i socials per tal d'evitar la sanció radical de la nul·litat de ple dret quan aquesta es podia evitar i no era la millor opció per salvaguardar els interessos protegits, la tècnica jurídica de la substitució d'acords socials respon millor a les exigències de la dinàmica actual de les societats de capital i és una solució preferible a la nul·litat absoluta per les greus repercussions que pot tenir aquesta sanció extrema en l'estabilitat de les societats i en la seguretat del tràfic⁽³⁸⁾, sobretot quan es tracta d'acords socials de societats cotitzades⁽³⁹⁾.

Ara bé, que en teoria sigui admissible la substitució dels acords socials nuls no vol dir que en tots els casos en què un acord social és nul radicalment es pugui utilitzar aquesta tècnica, ja que la substitució no és possible quan l'acord sigui nul per raó del seu contingut, perquè per emprar aquesta tècnica la causa d'impugnació de l'acord ha de consistir en un vici formal o de procediment com explicaré després⁽⁴⁰⁾. En admetre que els acords socials poden ser contraris a l'ordre públic per les circumstàncies en què s'adopten, s'han ampliat els supòsits en què poden ser substituïts acords nuls de ple dret.

2.1.2. Substitució d'acords socials anul·lables

Una característica dels negocis jurídics anul·lables és la seva possible convalidació. En particular, els contractes es poden confirmar d'acord amb els articles 1309-1313 del Codi civil⁽⁴¹⁾, aplicables per analogia als acords anul·lables⁽⁴²⁾.

A favor de la possible substitució dels acords socials anul·lables per d'altres de vàlids es pot dir que, si són susceptibles de confirmació, amb més raó han de poder ser substituïts com els acords socials nuls de ple dret. En contra es podria sostenir que, com que els acords socials anul·lables es poden confirmar, no cal emprar la tècnica jurídica de la substitució d'acords socials. Amb tot, aquest raonament no és admissible, perquè confirmació i substitució són tècniques jurídiques diferents compatibles.

La substitució d'acords socials és una tècnica jurídica peculiar i diferent d'altres



d'afins, pròpia del Dret de societats, pensada específicament per mantenir els efectes dels acords socials, l'adopció dels quals és una activitat habitual en la vida de tota societat. En canvi, segurament resulta molt més difícil "confirmar" un acord social perquè, d'acord amb la teoria general del negoci jurídic, perquè això passi, els legítims per impugnar l'acord anul·lable han de manifestar (expressament o tàcitament) que aquesta és la seva voluntat⁽⁴³⁾.

A diferència de la substitució d'acords, que es produeix com a conseqüència de l'actuació de la mateixa societat, la confirmació ha de ser verificada per les persones legítimes per a exercir l'acció d'impugnació. La mateixa part negocial causant de la invalidesa no pot confirmar un negoci jurídic invàlid.

Mentre que l'adopció d'un acord social per substituir un altre d'invàlid és relativament fàcil, almenys des d'un punt de vista procedimental perquè entra dins la dinàmica normal de les societats, que tots els legítims per impugnar un acord social invàlid decideixin confirmar-lo normalment resultarà molt més complicat, sobretot en societats formades per molts accionistes.

No obstant això, en ser possible la confirmació dels acords socials anul·lables, cal admetre que la tècnica de la substitució

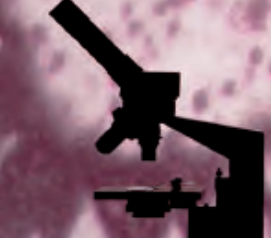
sembla que és més necessària quan els acords socials són nuls de ple dret per evitar els efectes dràstics d'aquesta sanció, ja que aquests no es poden convalidar⁽⁴⁴⁾.

3. FINALITAT I FONAMENT DE LA SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS

El terme més apropiat per denominar la tècnica jurídica que consisteix a substituir un acord social impugnabla per un altre de vàlid és precisament "substitució" d'acords socials, perquè posa de manifest de forma nítida en què consisteix i que es tracta d'una tècnica *sui generis*.

Malgrat que, en la pràctica, per referir-se a la tècnica jurídica de la substitució d'acords socials, s'utilitzen de vegades –per la doctrina, pels tribunals i fins i tot per la Direcció General dels Registres i del Notariat– les paraules *convalidació*, *confirmació*, *sanació*, *ratificació* o altres de semblants, el seu ús no em sembla correcte perquè pot causar confusió sobre el veritable abast i les conseqüències de la substitució d'un acord social impugnabla per un altre de vàlid realitzada d'acord amb l'article 204.2 LSC.

Ni el terme *convalidació*⁽⁴⁵⁾ ni el terme *confirmació* em semblen adequats per designar la substitució d'acords socials, perquè amb aquesta tècnica l'acord nul o anul·



lable seguirà sent invàlid, no sanarà, però la situació jurídica que va originar i els seus efectes es mantindran per ser substituïts per un altre acord social vàlid que n'ocuparà el lloc. En canvi, quan ha transcorregut el termini de caducitat per interposar l'acció d'impugnació d'acords socials sí que es pot dir que els acords es convaliden⁽⁴⁶⁾, però pel mer transcurs del temps.

Tampoc no em sembla encertat emprar la paraula *ratificació* per al·ludir a la substitució d'acords socials, perquè amb la ratificació s'aporta l'element (la voluntat) que falta al negoci jurídic ratificable perquè sigui complet, perfecte i eficaç (cfr. arts. 1259.2 i 1727.2 CC), mentre que els acords socials que se substitueixen o bé són nuls de ple dret –no poden arribar a ser vàlids i eficaços (només s'impugnen perquè se'n declari la nul·litat– o bé són anul·lables –és possible impugnar-los però es poden convalidar pel simple pas del temps. Si els acords socials que són susceptibles de ser substituïts fossin tècnicament ratificables, no se n'hauria regulat la impugnació ja que, perquè s'acabés esvaint l'aparença de validesa dels acords o, si és el cas, perquè els acords no produïssin efectes, n'hi hauria prou de no ratificar-los⁽⁴⁷⁾.

També s'intenta explicar la naturalesa jurídica de la substitució d'acords socials

o es fa referència a aquesta tècnica, amb termes com la *reproducció*, la *repetició* o la *renovació* dels negocis jurídics. No obstant això, és bastant desconcertant la utilització d'aquests termes per la doctrina espanyola, perquè se solen emprar o indistintament amb gran imprecisió o per al·ludir a supòsits diversos sense aclarir-ne prèviament el significat tècnic en el nostre ordenament jurídic; per això prefereixo evitar aquests vocables en al·ludir a la substitució d'acords socials⁽⁴⁸⁾.

Encara que doctrina espanyola autoritzada que s'ha ocupat d'aquesta matèria ha considerat que en parlar de la substitució d'un acord social impugnabla per un altre de vàlid el legislador no està utilitzant una terminologia jurídica⁽⁴⁹⁾, el cert és que, d'acord amb la tesi aquí defensada, es pot considerar que la paraula *substitució* referida als acords socials és un terme jurídic en el context en què s'utilitza, perquè amb aquest es denomina de la manera més precisa i inequívoca possible la tècnica jurídica pròpia del Dret de societats objecte d'estudi en aquest treball.

Com que la substitució d'acords socials és una tècnica jurídica peculiar i diferent d'altres d'afins, el seu règim jurídic, en el que no preveu expressament la llei, ha de resultar sobretot d'una interpretació teleològica de l'article 204 LSC, tenint present

el seu esperit i finalitat. Només amb molta cautela es poden aplicar analògicament normes que regulen altres figures jurídiques pròximes similars.

La finalitat de la substitució i el veritable sentit de l'article 204.2 LSC, la seva *ratio legis*, més enllà de les paraules amb què s'expressa, és evitar o almenys pal·liar les conseqüències de la nul·litat o de l'anul·labilitat dels acords socials, perquè aquestes conseqüències poden ser perjudicials per a la societat que va adoptar els acords invàlids.

En definitiva, el que es persegueix amb la substitució és eliminar la incertesa que generen els acords socials impugnables, en particular sobre aquells aspectes de la vida de la societat a què es refereixen aquests acords, mantenint la situació jurídica creada amb la seva adopció i l'estabilitat del funcionament de la societat i evitant-ne, en casos extrems, la paralització o el col·lapse.

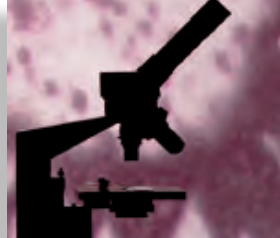
No obstant això, com que no es pot desconèixer que la nul·litat de ple dret és una mesura amb la qual s'intenta preservar l'interès general i que, amb l'anul·labilitat, es pretén protegir les persones legitimades per fer-la valer, em sembla oportú analitzar quin és el fonament jurídic de la substitució d'acords socials perquè pot ajudar a comprendre que es prevegi aquesta tècnica en la llei i que sigui preferida a la nul·litat o a l'anul·labilitat (cfr. arts. 204.2 i 207.2 LSC), tot i les finalitats sancionadora i dissuasiva que tenen aquests tipus d'invalidesa.

Penso que el fonament de la substitució d'acords socials es troba en els principis següents: el principi d'autonomia de la voluntat; el principi de conservació dels actes i negocis jurídics; el principi de llibertat d'organització i el funcionament intern de les societats; el principi d'economia processal, i el principi de seguretat jurídica⁽⁵⁰⁾.

3.1. El principi d'autonomia de la voluntat

L'autonomia de la voluntat (o autonomia privada), com a poder de la persona per regular els seus interessos i les seves relacions, és una manifestació del dret fonamental a la llibertat consagrat a la nostra Constitució.

Per la gran transcendència de l'autonomia de la voluntat en l'àmbit jurídic és considerada principi general del Dret. En



conseqüència, compleix les funcions de ser font del Dret i d'informar l'ordenament jurídic (cfr. Art. 1.1 i 4 CC; 111-1.1 i 111-2.1 CCC)

Amb fonament en l'autonomia privada és possible celebrar, modificar i extingir negocis jurídics. Per això, tot i que en l'article 204.2 LSC no estigués prevista la substitució d'acords socials, aquesta seria possible sobre la base del principi de l'autonomia de la voluntat, respectant sempre els límits institucionals imposats a aquesta. Aquests límits són, en general, per als contractes, les lleis (imperatives), la moral (en la seva dimensió social) i l'ordre públic (cfr. art. 1255 CC); en particular, en el Dret de societats, se sol entendre que són límits de l'autonomia de la societat les normes identificadores del tipus social, les normes que tutel·len les minories en les societats en què regeix el principi majoritari com a regla per a l'adopció d'acords, i les normes sobre responsabilitat social i protecció de tercers ⁽⁵¹⁾.

En realitat el legislador, en disposar explícitament en l'article 204.2 LSC que "no és procedent la impugnació d'un acord social quan s'hagi deixat sense efecte o s'hagi substituït vàlidament per un altre" i en l'article 207.2 LSC "en cas que sigui possible eliminar la causa d'impugnació, el jutge, a sol·licitud de la societat demandada, ha d'atorgar un termini raonable perquè la causa esmentada es pugui solucionar" simplement va decidir que és preferible la substitució d'acords socials impugnables o altres tècniques d'esmena similars (per la seva finalitat) que la nul·litat absoluta o l'anul·labilitat.

No obstant això, òbviament sempre serà necessària la voluntat de la societat en cada cas concret per adoptar un acord que en substitueixi un altre d'impugnable. Per això l'autonomia privada és un dels fonaments de la tècnica jurídica que consisteix a substituir un acord social nul o anul·lable per un altre de vàlid.

3.2. El principi de conservació dels actes i negocis jurídics

D'acord amb aquest principi cal tractar d'evitar, sempre que sigui possible, les conseqüències indesitjables de la invalidesa dels actes i negocis jurídics ⁽⁵²⁾.

Diferents i variades tècniques (v.gr., la conversió, la nul·litat parcial, la confirmació, etc.) tenen el seu fonament en aquest



principi que informa el nostre ordenament jurídic ⁽⁵³⁾. Amb totes es pretén conservar o mantenir, de diferent manera (totalment o parcialment), l'acte o el negoci invàlid i la situació jurídica creada amb la seva realització.

Penso que la tècnica jurídica de la substitució dels acords socials també es fonamenta en aquest principi ⁽⁵⁴⁾ amb una peculiaritat rellevant que la distingeix d'altres tècniques jurídiques pròximes, que consisteix en el fet que, amb la substitució, en realitat no es pretén conservar el negoci invàlid, sinó la situació jurídica que aquest ha originat, mitjançant l'adopció d'un nou acord social que substituirà l'acord social impugnable.

Amb la tècnica jurídica de la substitució no se sana (en la seva totalitat o en part) l'acord social impugnable per conservar-lo, però s'aconsegueix mantenir la situació jurídica nascuda de l'acord social que s'ha de substituir i això, en definitiva, és el que interessa i es persegueix en conservar qualsevol negoci jurídic. S'eviten així trastorns i problemes que la invalidesa dels acords socials pot ocasionar.

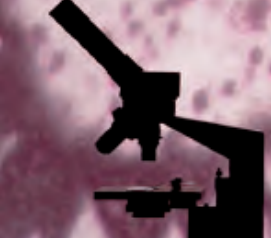
3.3. El principi de llibertat d'organització i de funcionament intern de les societats

L'article 22 CE en reconèixer el "dret d'as-

sociació" empra aquesta expressió en un sentit genèric, referint-se tant a la llibertat de constituir associacions en sentit estricte com els diferents tipus de societats ⁽⁵⁵⁾. Per això es pot dir que les societats mercantils són el resultat de l'exercici del dret d'associació consagrat com a fonamental en l'article 22 de la nostra Constitució.

Els Estatuts –integrats en l'escriptura social (art. 22.1 d LSC)– contenen normes que regulen l'organització i el funcionament de la societat (art. 23 LSC). Aquesta facultat d'autogestió de les societats de capital també deriva del dret fonamental d'associació ⁽⁵⁶⁾.

Segons doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, el contingut fonamental del dret d'associació "se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas. Junto a este triple contenido, el derecho de asociación tiene también, según dijimos en la STC 56/1995, de 6 de marzo, (F. 5) una cuarta dimensión interprivados, que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que



pertenezcan o en su caso a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse (STC 104/1999, de 14 juny, F. 4)⁽⁵⁷⁾. D'aquesta doctrina del Tribunal Constitucional i de la regulació de les societats de capital s'infereix el principi de llibertat d'organització i de funcionament intern de les societats, que implica la facultat d'adoptar, modificar, extingir o, per descomptat, substituir vàlidament acords socials sempre que es respectin els límits establerts al dret fonamental d'associació en la mateixa Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic⁽⁵⁸⁾.

3.4 El principi d'economia processal

Sens dubte, la possibilitat de substituir un acord social invàlid abans que sigui impugnat o quan ja s'ha presentat la demanda d'impugnació també es fonamenta en el principi d'economia processal⁽⁵⁹⁾, perquè amb la tècnica de la substitució es pot impedir posar en marxa el complex mecanisme processal i evitar les conseqüències adverses que pot produir la impugnació d'acords socials (si prospera) en el desenvolupament de la vida societària i la incertesa derivada de la invalidesa dels acords, abans o després que s'iniciï un procediment judicial, sense haver de suportar els inconvenients que en comporta la tramitació. Així s'estalvia temps i diners que

serien necessaris per a la substanciació completa d'un procediment d'impugnació d'acords socials.

3.5. El principi de seguretat jurídica

La substitució d'un acord social impugnable per un altre de vàlid, atès que evita la impugnació de l'acord social invàlid, es fonamenta també en el principi de seguretat jurídica, reconegut a l'article 9.3 CE.

Amb la tècnica jurídica de la substitució d'acords socials s'aconsegueix estabilitat i certesa sobre la situació jurídica creada pels acords que són substituïts perquè no n'és procedent la impugnació i els seus efectes es mantenen amb l'acord substitutori. Es garanteix així, amb aquesta tècnica, la seguretat jurídica entre les societats interessades (v. gr., en els casos en què s'impugnen acords socials sobre fusió o escissió), entre aquestes i els tercers, com també entre els socis⁽⁶⁰⁾.

La seguretat jurídica, a la qual s'aspira en interès general del tràfic jurídic, és especialment important quan es tracta de societats cotitzades, perquè la seva cotització, sensible al que passa en la vida de la societat, es pot alterar en perjudici dels accionistes si els acords socials adoptats no tenen la ferma desitjable.

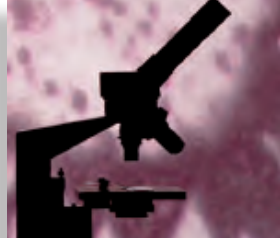
4. SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS I ESMENA DE LA CAUSA D'IMPUGNACIÓ

Segons l'article 204.2 LSC, perquè no procedeixi la impugnació d'un acord social aquest es pot *deixar sense efecte* o es pot *substituir* vàlidament per un altre, mentre que, de conformitat amb l'article 207.2 LSC, si un acord social ja ha estat impugnat, quan és possible eliminar la causa d'impugnació, aquesta pot ser *esmenada*.

Una interpretació sistemàtica d'aquestes dues normes implica esbrinar si *substitució* i *esmena* (en la llei s'empren les paraules *substituït/substitució* i *esmenada*), en el context del capítol IX dedicat a "la impugnació d'acords", signifiquen el mateix o no.

Penso que, tant en general, com en particular, en l'esmentat context legal, *esmenar* és un terme amb un significat més ampli que el de la paraula *substituir*. Segons el Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola de la llengua *esmenar* [subsannar] és reparar o posar remei a un defecte i *substituïr* [substituir] és posar alguna cosa al lloc d'una altra. En l'article 207.2 LSC *esmenar* equival a eliminar la causa d'impugnació de l'acord social⁽⁶¹⁾. D'una interpretació sistemàtica d'aquest precepte i de l'article 204.2 LSC resulta que, si no és procedent la impugnació d'un acord social quan hagi estat deixat sense efecte o substituït vàlidament per un altre, és perquè en tots dos casos desapareix la causa d'impugnació i es regularitza la situació social. Partint d'aquesta premissa es pot concloure que la substitució d'un acord social per un altre és una solució –entre altres de possibles– per esmenar la causa d'impugnació d'acords socials adoptats irregularment⁽⁶²⁾.

Al mateix article 204.2 LSC trobem un argument a favor d'aquesta conclusió quan disposa que no és procedent la impugnació d'un acord social –insisteixo, perquè considera que desapareix la causa de la seva impugnació– no solament quan sigui substituït vàlidament per un altre, sinó també quan es deixi sense efecte (sigui revocat). Per tant, és possible que es produeixi l'esmena de la causa d'impugnació dels acords socials –entenent com a tal l'eliminació de la causa d'impugnació– utilitzant diverses tècniques jurídiques com poden ser la revocació de l'acord social impugnable, la seva substitució, la seva



nul·litat parcial (que, en definitiva, suposa deixar només en part sense efectes un acord social) o la modificació de l'acord social susceptible de ser impugnatiu, completant-ne, rectificant-ne, variant-ne o alterant-ne el contingut.

És característic de la substitució que ha de ser decidida per la mateixa societat adoptant un nou acord social que substitueixi l'acord social impugnatiu o impugnatiu i que en mantingui el contingut.

En conseqüència, pel que fa a la tècnica jurídica de la substitució, s'ha de distingir entre l'acord originari, inicial, substituït o primer acord i l'acord secundari, de substitució, substitutiu, substitutori o segon acord.

5. COMPETÈNCIA PER ADOPTAR L'ACORD SOCIAL SUBSTITUTIU

La competència per deixar sense efecte ⁽⁶³⁾ o substituir un acord social de la junta general per un altre correspon a la societat ⁽⁶⁴⁾ mitjançant l'adopció d'un nou acord. Quan es tracti d'acords impugnables del consell d'administració, és competent per fer-ne la substitució el mateix consell d'administració.

Com que la substitució d'acords socials de la junta general és competència exclusiva de la mateixa junta general, no es pot delegar als administradors de la societat ⁽⁶⁵⁾. No obstant això, els administradors han de proposar a la junta general la substitució d'un acord social per un altre quan sàpiguen que és possible eliminar així la causa d'impugnació de l'acord que ha de ser substituït ⁽⁶⁶⁾.

Com a regla general s'han d'abstenir de participar en la votació dels socis que es trobin en conflicte d'interessos amb la societat. Poden participar en la junta en què es decideixi sobre la substitució d'un acord social per un altre els qui siguin socis en la data en què se celebri. També els nous socis que no van participar en l'adopció del primer acord –qui decideix és la societat, no uns socis concrets– sempre que la seva condició de socis no tingui el seu origen en l'acord invàlid impugnatiu (per ex., d'augment de capital o de fusió) que es pretén substituir, ja que, si prosperés l'acció d'impugnació que es vol evitar, no serien socis ⁽⁶⁷⁾.



6. CONTINGUT I REQUISITS FORMALS DE L'ACORD SOCIAL SUBSTITUTIU

Cal que l'acord que pretesament deixa sense efecte o en substitueix un altre d'anterior hagi estat adoptat efectivament. Encara que aquest requisit resulta obvi, va ser la qüestió litigiosa principal plantejada en el procediment en el qual va recaure la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Biscaia de 12 de desembre 2017 ⁽⁶⁸⁾. Per a la resolució d'aquest assumpte va ser decisiva l'acta del Notari indicant amb tota claredat que no proclamava aprovat cap acord ⁽⁶⁹⁾. També és necessari i obvi que l'acord substitutiu s'ha d'haver adoptat vàlidament com s'exigeix en l'article 204.2 LSC ⁽⁷⁰⁾.

En general la doctrina considera que, perquè es produeixi la substitució d'acords socials, el nou acord ha de tenir el mateix contingut que l'antic acord, però sense les irregularitats d'aquest.

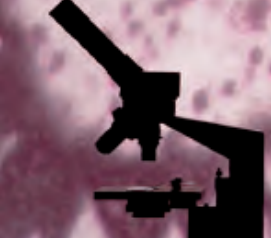
La substitució d'un acord social impugnatiu per un altre de vàlid és possible sense problemes quan la causa d'impugnació de l'acord social invàlid consisteix en un vici formal o de procediment ⁽⁷¹⁾, perquè en aquest cas simplement cal corregir aquest vici reproduint (o considerant reproduït amb una remissió) el contingut del primer acord en el segon acord ⁽⁷²⁾. Ara bé, això no vol dir que el segon acord ha de ser idèntic

al primer, només cal que coincideixin en el que és substancial si queda clar que el nou acord substitueix l'anterior. Tampoc no veig cap inconvenient en què l'acord de substitució tingui un contingut més ampli que l'acord substituït si el contingut nou no constitueix un impediment perquè es produeixi correctament la substitució i es mantinguin els efectes ja produïts per l'acord que ha de ser substituït ⁽⁷³⁾.

Em sembla admissible que, en la convocatòria de la junta general per adoptar l'acord substitutori, s'incloguin, a més de la substitució, altres punts en l'ordre del dia.

L'acord social substitutiu també podria consistir en simplement reiterar el contingut de l'acord substituït si aquest no va quedar reflectit en l'acta corresponent de la junta general en què es va adoptar (per una omisió formal), sempre que en quedi acreditada l'existència ⁽⁷⁴⁾.

Quan la causa d'impugnació de l'acord social invàlid és un vici material o de fons, com que el nou acord tindria un contingut diferent, en realitat estariem davant la modificació d'un acord per un altre de posterior que n'altera o en canvia el contingut. Penso que també és admissible aquesta possibilitat per eliminar la causa d'impugnació d'acords socials invàlids, però en aquest supòsit no hi haurà una substitució



pròpiament d'un acord social per un altre, sinó una modificació d'un acord social impugnabla, sotmesa a un règim jurídic diferent del de la substitució. En aquest sentit, cal destacar que, mentre és defensable que la substitució es produeix amb efectes *ex tunc*, l'eficàcia de la modificació del contingut d'un acord és lògica que es verifiqui *ex nunc* pels canvis que introdueix en la situació jurídica com a conseqüència de la variació dels termes de l'acord.

En el cas de la substitució, l'acord substitutiu substitueix (amb eficàcia *ex tunc*) l'acord substituït sense dificultats sempre que les irregularitats d'aquest siguin merament formals i no es repeteixin en aquell, perquè el que realment interessa, el seu contingut i efectes, roman inalterat.

En canvi, si per exemple un acord social és nul per il·licitud del seu objecte, no té sentit que l'acord substitutiu tingui el mateix contingut que l'acord substituït (il·lícit per raó del seu objecte), perquè també seria invàlid. És cert que res no impedeix que es pugui adoptar un acord social modificatiu en què l'objecte il·lícit es canviï per un de lícit, però en aquest supòsit aquesta esmena del contingut té efectes cap al futur (*ex nunc*) perquè no és admissible fer veure que l'objecte de l'acord social substituït sempre va ser lícit si al principi no ho era.

En la substitució el nou acord social ha de complir els requisits formals que eren exigibles a l'acord social que ha de ser substituït.

La substitució d'un acord social impugnabla per un altre de vàlid s'ha d'incloure en l'ordre del dia de la convocatòria de la junta en què s'adopti l'acord de substitució⁽⁷⁵⁾. Amb tot, no sembla imprescindible (però sí recomanable) que en el nou acord es compleixi l'exigència formal de reconèixer expressament que en substitueix un d'anterior, ja que ha de ser suficient que el nou acord tingui el mateix objecte i contingut que l'acord substituït⁽⁷⁶⁾. A més, cal respectar el *quòrum* de constitució de la junta general i la *majoria* requerida en cada cas per a l'adopció de l'acord ja que aquests requisits tal com s'exigien per a l'acord substituït s'han de complir en adoptar l'acord de substitució⁽⁷⁷⁾.

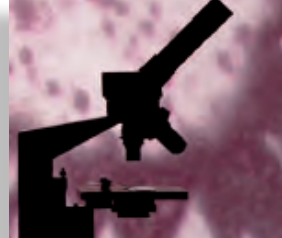
Com ja vaig dir, la validesa formal del nou acord és imprescindible perquè la substitució d'acords socials es faci correctament. Si aquest pressupòsit ineludible no es compleix, l'acord de substitució no serà vàlid i es pot impugnar⁽⁷⁸⁾. Quan prosperi la impugnació del segon acord, com que aquest no haurà produït la seva eficàcia normal, no tindrà lloc la substitució ni, per tant, s'haurà eliminat la causa d'impugnació del primer acord.

En qualsevol cas, perquè se substitueixi vàlidament un acord és necessari convocar una nova junta observant tots els requisits legalment previstos perquè l'acord de substitució que s'adopti sigui vàlid. No es compleix aquest pressupòsit quan simplement es repeteix una junta per decisió del president després d'advertir l'existència d'un error. Així resulta d'una interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid de 20 d'abril de 2006⁽⁷⁹⁾. En aquest cas, el president va donar per finalitzada la junta a les nou hores i cinquanta-cinc minuts, però a les deu hores va manifestar que seria procedent repetir la junta en la seva integritat. S'afirma en aquesta interlocutòria: "Una vez adoptados los acuerdos, pueden éstos ser subsanados si adolecen de algún motivo de nulidad, pero la subsanación no permite dejar sin efecto esos acuerdos por quien preside la Junta, sino que requiere la adopción de nuevos acuerdos, previa la correspondiente convocatoria al efecto. En este caso el acuerdo que es objeto de impugnación se adopta en una junta 'repetida' por decisión de quien presidía la que ya había concluido, que se deja sin efecto por su propia decisión. Es este un defecto que afecta a la convocatoria de la Junta, efectuada in voce"⁽⁸⁰⁾.

La substitució d'un acord social impugnabla per un altre de vàlid s'ha d'incloure en l'ordre del dia de la convocatòria de la junta en què s'adopti l'acord de substitució

Amb la substitució d'un acord social per un altre s'evita la incertesa que comporta la impugnació d'acords socials mentre no hi hagi sentència ferma, que es pot dictar molt de temps després de l'aprovació dels acords. És cert que hi ha la possibilitat de demanar mesures cautelars, però la seva adopció és excepcional. En concret, alguns problemes es podrien evitar amb la suspensió dels acords socials, però aquesta és una mesura que rarament concedeixen els tribunals⁽⁸¹⁾.

Els casos d'invalidesa per defectes formals de procediment són més freqüents en els acords socials que en un altre tipus de negocis jurídics (com ara els contractes) perquè l'acord social és un acte col·legial⁽⁸²⁾ i un negoci jurídic-plurilateral⁽⁸³⁾. Això explica que la substitució d'acords socials sigui una tècnica jurídica pròpia del Dret



de societats –amb importància en aquest àmbit jurídic encara que la seva aplicació es limiti a supòsits d'invalidesa causada per defectes formals– i que s'ignori en regular altres matèries. Amb tot, si ens atenim al sentit i significat de la teoria general del negoci jurídic, la regulació de la substitució d'acords socials pot servir per resoldre conflictes que es plantegin en altres sectors de l'ordenament jurídic, com podria ser el cas d'acords invàlids adoptats per una associació o per una junta de propietaris en el règim de la propietat horitzontal.

7. MOMENT PER FER LA SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS

La substitució d'un acord social invàlid per un altre de vàlid es pot fer abans de la interposició de la demanda o durant el procediment judicial d'impugnació de l'acord social que ha de ser substituït, i fins i tot després d'haver recaigut sentència ferma però, segons el moment en què es produeixi la substitució, els seus efectes variaran. En aquest sentit s'afirma en la Sentència del Tribunal Suprem de 18 d'octubre de 2012 ⁽⁸⁴⁾: *“En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar ad nutum acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendency del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. Otra cosa es la eficacia ‘ex nunc’ o ‘ex tunc’ de los acuerdos de convalidación”* ⁽⁸⁵⁾.

Tenint en compte que les demandes sobre impugnació d'acords socials es decideixen en el judici ordinari (arts. 207.1 LSC i 249.1.3r LEC), distingiré a continuació tres supòsits en funció del moment en què s'adopta un nou acord amb la finalitat que en substitueixi un altre d'anterior.

7.1. Amb anterioritat a la impugnació de l'acord que ha de ser substituït

La possibilitat de substituir un acord social invàlid per un altre abans que s'impugni es preveu expressament en l'article 204.2 LSC. En aquest cas, com a efecte de la substitució, no és procedent la impugnació de l'acord social per deixar d'existir la causa per impugnar. La substitució de l'acord és causa d'inadmissió de la demanda d'impugnació d'aquesta ⁽⁸⁶⁾.

Si quan s'impugna un acord social, la societat ja l'ha substituït, l'adopció del nou



acord substitutiu s'ha d'al·legar en contestar la demanda ⁽⁸⁷⁾. En l'audiència prèvia al judici (cfr. art. 414 LEC) que el jutge ha de convocar, la part demandant ha d'exposar el que li sembli oportú sobre la substitució de l'acord social impugnat.

Si el jutge aprecia que va existir una correcta substitució ha de dictar sentència desestimant la demanda d'impugnació de l'acord substituït, ja que en aquest supòsit no procedeix la impugnació de l'acord.

És interessant el cas resolt per la sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla de 5 juliol 2004 ⁽⁸⁸⁾. A la primera instància es van declarar nuls els acords impugnats. A la segona instància es va considerar que, quan el jutjat va proveir la contestació a la demanda, ja s'havien substituït vàlidament aquests acords per uns altres. Per això l'Audiència Provincial va estimar parcialment el recurs interposat per manca d'objecte litigiós ⁽⁸⁹⁾.

7.2. Amb posterioritat a la impugnació de l'acord que ha de ser substituït

Després interposar la demanda d'impugnació d'un acord social, la substitució de l'acord social impugnat per un altre de vàlid és clarament possible perquè d'acord amb

el darrer incís del segon paràgraf de l'article 204.2 LSC: “Si la revocació o substitució ha tingut lloc després de la interposició, el jutge dicta la interlocutòria de terminació del procediment per desaparició sobrevinguda de l'objecte.” Cal relacionar aquest precepte amb l'article 207.2 LSC, en el qual es regula el tràmit per poder dur a terme la substitució. Segons aquesta norma: “En cas que sigui possible eliminar la causa d'impugnació, el jutge, a sol·licitud de la societat demandada, ha d'atorgar un termini raonable perquè la causa esmentada es pugui solucionar.”

En aquesta hipòtesi el procediment d'impugnació de l'acord social s'ha de suspendre pel termini que el jutge fixi perquè la societat substitueixi l'acord social impugnat. El termini ha de ser “raonable”, és a dir, almenys suficient perquè la junta general sigui convocada i se celebri la reunió corresponent.

A l'efecte d'eliminar la causa d'impugnació en el termini atorgat pel jutge penso que és indiferent que la junta en què s'ha de procedir a substituir un acord social impugnable per un altre de vàlid es convoqui abans o després que es presenti la demanda d'impugnació de l'acord ⁽⁹⁰⁾, tot i que, en sentències del Tribunal Suprem i d'audiències provincials, es va acollir la tesi que,



un cop iniciat el procés d'impugnació d'un acord social, l'esmena de l'acord impugnat procedeix si no es va produir el binomi o la seqüència *acord-impugnació convocatòria-esmena*, és a dir, si la junta general en què s'ha d'adoptar un nou acord que elimini la causa d'impugnació de l'acord invàlid es va convocar amb anterioritat a la interposició de la demanda en què s'impugna aquest acord ⁽⁹¹⁾.

El jutge competent (cfr. art. 86 ter. 2. a LOPJ i art. 52.1.10è LEC) per decidir la impugnació d'un acord social s'ha de pronunciar, si és el cas, sobre si l'acord de substitució reuneix tots els requisits formals exigits per l'ordenament per reemplaçar vàlidament l'acord impugnat. Si així ho aprecia el jutge, es decretarà mitjançant interlocutòria el sobreseïment i l'arxiu de les actuacions perquè s'han satisfet extraprocessalment les pretensions de la part actora o per manca sobrevinguda d'objecte (cfr. arts. 413 i 22 LEC).

Penso que, un cop presentada la demanda d'impugnació d'un acord social, que la substitució de l'acord social impugnat per un altre de vàlid és preferible que tingui lloc dins el termini que el jutge concedeixi per esmenar la causa de la impugnació i sota la seva supervisió. Invocant el principi *ut lit pendente nihil innovetur* (pendent el

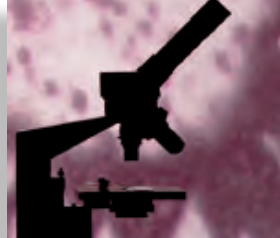
judici res no es pot innovar) ⁽⁹²⁾, el Tribunal Suprem ha considerat que, després de l'inici del procés d'impugnació d'un acord social invàlid, l'esmena de la causa d'impugnació no la pot fer la societat per la seva pròpia i exclusiva iniciativa al marge del procés per la greu conculcació de la seguretat jurídica que això suposaria ⁽⁹³⁾. En la coneguda sentència de 20 d'octubre de 1998 ⁽⁹⁴⁾ el Tribunal Suprem literalment va afirmar: "*El párrafo primero del apartado 3 del artículo 115 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas lo que preceptúa es que «no procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro», pero lo que no establece, ni expresa, ni tácitamente, es que, iniciado ya un proceso de impugnación de un determinado acuerdo social, pueda la sociedad afectada, por su propia y exclusiva iniciativa, en una Junta posterior, ratificar o tratar de convalidar el aludido acuerdo que está siendo objeto de impugnación en el referido proceso ya en tramitación, pues ello entrañaría una clara y unilateral violación del principio ut lite pendente nihil innovetur, con la consiguiente y grave conculcación de la seguridad jurídica por la que todo proceso ha de estar presidido. Iniciado ya un proceso de impugnación de un acuerdo social, la única posibilidad procesal que cabe, y así lo establece expresamente el párrafo segundo del citado apartado 3 del artículo 115 de la referida ley, es la de que, a pe-*

tición de parte, como es obvio, y siempre en el momento procesal oportuno (que no puede ser otro que el de la comparecencia que regulan los artículos 691 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pueda el Juez suspender el trámite del proceso y otorgar un plazo razonable para que pueda ser subsanada la causa de impugnación, en el caso de que fuera posible la eliminación de la misma" ⁽⁹⁵⁾.

No obstant això, com que crec que l'esmena de la causa d'impugnació dels acords socials que l'article 207.2 LSC permet és una excepció al principi *ut lite pendente nihil innovetur* que la mateixa legislació vigent preveu i prefereix a la impugnació, considero que, encara que l'article 207.2 LSC es refereix a la possibilitat d'esmenar la causa d'impugnació dels acords socials dins el procés judicial quan el jutge atorga un termini, res no impedeix a la societat, amb fonament en el principi de l'autonomia privada, substituir fora del procés un acord social invàlid per un altre de vàlid després de la impugnació del primer ⁽⁹⁶⁾. A més, invocant el principi d'economia processal ha de ser possible aportar al procés el segon acord com un fet nou rellevant per a la resolució del plet (cfr. arts. 426.4 i 433.1. 2n pàr. LEC) per tal que es tingui en compte en decidir sobre la impugnació de l'acord social originari. En aquest supòsit, si la substitució d'acords es va fer correctament, el procés d'impugnació de l'acord social ha de finalitzar mitjançant interlocutòria per satisfacció extraprocessal de la pretensió (cfr. arts. 413 i 22 LEC) ⁽⁹⁷⁾.

Actualment, segons SÁNCHEZ CALERO i SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE ⁽⁹⁸⁾: "*El artículo 204.2 LSC es de aplicación a lo que podríamos llamar la subsanación voluntaria del acuerdo impugnado, es decir, la que la sociedad demandada adopta por su propia iniciativa antes o después de la presentación de la demanda. Comparte su inspiración lo establecido en el artículo 207.2 LSC, en donde la iniciativa que hace posible la subsanación sigue correspondiendo a la sociedad demandada, si bien debe ser autorizada por el Juez mediante el otorgamiento de un plazo razonable"*.

Sobre el tema de les costes, quan un procediment judicial d'impugnació d'acords socials acaba per satisfacció extraprocessal de la pretensió, el Tribunal Suprem ha dit en la sentència de 18 d'octubre de 2012, ja esmentada, "*el artículo 413 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no impide la reducción del objeto del proceso por satisfacción extraprocessal de parte de las*



pretensiones deducidas en la demanda o en la reconvencción, de modo que permite proseguir el litigio exclusivamente a efectos de las costas”. Normalment en aquesta situació no es fa una imposició expressa de costes si el Tribunal aprecia que hi ha seriosos dubtes de dret suscitats en resoldre el cas ⁽⁹⁹⁾.

De la lletra de l'article 207.2 LSC resulta que, perquè el jutge atorgui un termini, l'ha de sol·licitar la societat demandada. En concret, ha de demanar-lo a l'administrador o liquidador de la societat. Tal com estava redactat el paràgraf segon de l'article 115.3 TRLSA era defensable interpretar que el jutge podia assenyalar un termini d'ofici o concedir-lo a petició de la societat demandada, perquè no s'especificava res sobre això ⁽¹⁰⁰⁾.

La solució legal actual té sentit perquè, per aconseguir la consecució de la finalitat perseguida amb la tècnica jurídica de la substitució, cal que la societat posi interès en el fet que la substitució es verifiqui amb èxit, ja que en el cas contrari no servirà de res suspendre el procés d'impugnació d'acords socials. No obstant això, no hauria estat sobrer permetre que el jutge d'ofici també pogués atorgar un termini raonable per esmenar l'acord, perquè en algun cas podria ser útil ⁽¹⁰¹⁾.

Un cop presentada la demanda d'impugnació d'un acord social, crec que la substitució de l'acord social impugnat per un altre de vàlid és preferible que tingui lloc dins el termini que el jutge concedeixi per esmenar la causa de la impugnació i sota la seva supervisió

Sobre si s'ha de sol·licitar el termini per efectuar la substitució en algun moment processal concret, ni en el ja derogat article 115.3 pàrr. 2 TRLSA es deia res sobre això, ni en el vigent article 207.2 LSC es resol aquesta qüestió.

Sens dubte, el moment processal més oportú perquè la societat sol·liciti al jutge un termini per substituir un acord social invàlid és en contestar la demanda d'impugnació de l'acord, però res no impedeix que aquesta sol·licitud es formuli en un altre moment posterior a la contestació a la demanda ⁽¹⁰²⁾.



El que no resulta admissible és acordar un tràmit d'esmena de la causa d'impugnació d'acords socials en una resolució que posa fi al procediment d'impugnació, sotraient al control judicial la comprovació de l'esmena efectiva ⁽¹⁰³⁾.

Una interpretació merament literal de l'article 207.2 LSC condueix a les dues conclusions següents: 1 a. S'ha de sol·licitar l'esmena de la causa d'impugnació mitjançant la substitució d'acords socials en la primera instància perquè textualment s'encomana al "jutge", no al "tribunal" ⁽¹⁰⁴⁾, l'atorgament d'un termini, a petició de la societat demandada, perquè la causa d'impugnació pugui ser esmenada; 2a. Ha de ser possible la substitució dels acords socials en qualsevol estadi del procediment d'impugnació en la primera instància abans que recaigui sentència, perquè l'article 207.2 LSC no especifica en quin moment processal ha de tenir lloc.

Sembla que si la sol·licitud d'esmena de la causa d'impugnació mitjançant la substitució d'acords socials no es fa en primera instància el jutge s'ha de pronunciar en aquesta instància sobre si pertoca o no la impugnació i això tanca l'entrada a la sol·licitud de substitució de l'acord social impugnat per un altre de vàlid (amb efectes retroactius) de la societat demandada en segona instància.

Si se sol·licita i la substitució es porta a terme correctament i, per tant, s'elimina la causa d'impugnació, el procés acabarà mitjançant interlocutòria de terminació del procediment per desaparició sobrevinguda de l'objecte (cfr. art. 204.2 LSC).

Si el jutge estima que no pertoca la substitució de l'acord social impugnable i per això no concedeix un termini perquè la societat substitueixi aquest acord social per un altre, o si la substitució s'ha fet incorrectament, ha de dictar sentència en la qual s'ha de pronunciar sobre si s'estima o no la demanda d'impugnació de l'acord social ⁽¹⁰⁵⁾.

7.3. Després de dictar-se sentència en el procediment d'impugnació

Després de recaure sentència en el procediment d'impugnació d'acords socials, encara que sigui estimatòria de la demanda d'impugnació, res no impedeix que la societat adopti un acord social amb el mateix contingut de l'acord declarat invàlid judicialment per motius formals o de procediment, amb fonament en el principi de l'autonomia privada. No obstant això, com que la situació jurídica conflictiva creada per l'acord social impugnat amb èxit ja haurà estat resolta per sentència, l'acord social substitutiu no podrà tenir eficàcia retroactiva. Es tractarà d'un nou acord social des-



tinat a produir efectes *ex nunc*. En definitiva, no es produirà en aquesta hipòtesi una substitució d'acords socials *stricto sensu*⁽¹⁰⁶⁾.

És il·lustrativa sobre aquesta qüestió la sentència de 4 de novembre de 2011⁽¹⁰⁷⁾ en la qual el Tribunal Suprem va manifestar: *"No le falta razón a la recurrente cuando afirma que la autonomía privada no puede dejar sin efecto la declaración por sentencia de nulidad de unos acuerdos sociales, por lo que no es aplicable a tales supuestos la previsión contenida en el artículo 115.3 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 204.3 de la Ley de Sociedades de Capital- referido a la sustitución de acuerdos y a la eliminación de las causas de nulidad. Pero declarada la nulidad de acuerdos por defectos en la convocatoria o en el desarrollo de la misma -incluida la vulneración del derecho de información- nada impide no ya la sustitución, sino la válida adopción ex novo de un acuerdo con idéntico contenido decisorio que el anulado, en junta convocada observando los requisitos exigidos por la norma y con escrupuloso respeto a los derechos de los socios"*.

8. LA RETROACTIVITAT DE LA SUBSTITUCIÓ

No hi ha unanimitat en la doctrina sobre si la substitució d'un acord social per un altre es produeix amb eficàcia retroactiva, encara que sembla majoritària la postu-

ra dels qui consideren que la substitució té efectes *ex tunc*⁽¹⁰⁸⁾. Per això em sembla oportú interpretar l'article 204.2 LSC utilitzant diferents criteris hermenèutics per tal de desentranyar el sentit correcte i veritable d'aquesta norma pel que fa a si la substitució d'un acord social invàlid per un altre de vàlid es produeix amb eficàcia retroactiva (*ex tunc*) o no (*ex nunc*) quan el nou acord social s'adopta correctament d'acord amb el que ja s'ha exposat en epígrafs anteriors.

Perquè la interpretació sigui més precisa, sempre que sigui possible, és millor utilitzar tots els criteris hermenèutics que recull l'article 3.1 CC. Tot i que no s'estableix un ordre de prioritats entre aquests es posa l'èmfasi en l'esperit i finalitat de les normes. Disposa l'article 3.1 CC: "Les normes s'interpreten segons el sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius, i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atesos fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles".

8.1. Interpretació segons el sentit propi de les paraules

Com que la Llei s'expressa mitjançant paraules, el primer pas que cal fer en el procés interpretatiu és indagar el significat

d'aquestes en el seu conjunt, és a dir, el seu sentit literal.

Normalment aquest criteri hermenèutic és el primer que es té en compte, no perquè l'esmenti en primer lloc l'article 3.1 CC, ni perquè sigui el més valuós o sigui preferent sobre els altres, sinó perquè abans d'esbrinar altres elements el més senzill i apropiat és veure si del que la llei diu se n'extreu clarament el sentit.

D'acord amb aquest criteri, per les paraules que empra l'article 204.2 LSC sembla que el legislador va voler que la substitució tingués eficàcia retroactiva ja que aquest precepte estableix categòricament: "No és procedent la impugnació d'un acord social quan s'hagi deixat sense efecte o s'hagi substituït vàlidament per un altre" sense fer cap excepció. Que "no és procedent la impugnació" significa no solament que no es pot iniciar un procediment d'impugnació, sinó també que no pot continuar, si és el cas, la tramitació del ja iniciat, amb la conseqüència que la situació generada per l'acord impugnable o impugnat es mantindrà.

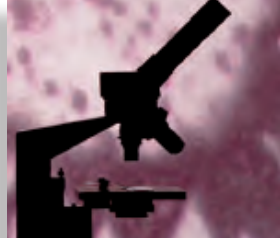
No obstant això, com que l'article 204.2 LSC és tan laconic, sembla oportú indagar si amb altres criteris hermenèutics s'arriba a la mateixa conclusió.

8.2. Interpretació en relació amb el context

La interpretació d'una norma en relació amb el context –també anomenada interpretació sistemàtica– consisteix a esbrinar-ne el sentit analitzant la coordinació de les seves paraules i el seu valor respectiu segons el lloc on es troba la norma.

Per context cal entendre no només els preceptes legals que precedeixen i segueixen a la norma objecte de la interpretació, sinó també el llibre, el títol, el capítol i la secció on la norma concreta estigui ubicada, i fins i tot altres cossos legals vigents contemporanis que integrin l'ordenament jurídic encara que no s'hi contingui la norma que s'ha d'interpretar.

Fer una interpretació sistemàtica es justifica perquè l'ordenament jurídic regula els conflictes d'interessos que sorgeixen en la vida real de manera metòdica, ordenada, com una superestructura (superposada,



doncs, a una estructura: la realitat que contempla), les diverses parts es coordinen entre elles i, per això, per a l'esbrinament el sentit de les diverses normes singulars que el componen, també s'ha de considerar la seva relació amb les altres.

La interpretació segons el context implica relacionar els preceptes legislatius que tracten sobre un tema determinat, perquè el normal és que entre ells hi hagi coherència i fins i tot interdependència. Sobre la base d'aquest plantejament s'ha de relacionar l'article 204.2 LSC amb l'article 207.2 LSC. Aquest darrer precepte no impedeix que se solucioni retroactivament la causa d'impugnació d'un acord social. És més, si amb l'esmena que preveu l'article 207.2 el que es persegueix és "eliminar" la causa d'impugnació de l'acord social impugnat, sens dubte la seva "eliminació" serà més efectiva si es produeix amb efectes *ex tunc*. En conseqüència, no seria coherent que l'esmena d'acords socials de conformitat amb l'article 207.2 LSC operi retroactivament –almenys com a regla general– i la substitució d'acords socials d'acord amb l'article 204.2 LSC, que és una tècnica per eliminar la causa d'impugnació, no.

8.3. Interpretació segons els antecedents històrics i legislatius

En indagar sobre el sentit d'una norma interessa conèixer-ne els precedents legislatius i la tradició jurídica en què es va inspirar, com també si va pretendre establir una regulació nova o recollir i perfeccionar aquella a la qual va substituir. Amb aquest criteri d'interpretació es tracta de conèixer la problemàtica a la qual la norma va tractar de donar una solució i com es pretenia resoldre.

En la interpretació de l'article 204.2 LSC cal tenir en compte el seu precedent, l'article 115.3 LSA. El principi de l'article 204.2 LSC es limita a reproduir l'article 115.3 primer paràgraf TRLSA amb alguna modificació de redacció de la qual no es pot deduir cap dada que ajudi a resoldre els dubtes sobre si la substitució d'un acord social per un altre es produeix amb eficàcia retroactiva. En canvi, sí que és important que l'origen de l'article 115.3 LSA es trobi en la Tercera Directiva 78/855/CEE, *relativa a la fusió de societats anònimes*, en la Sisena Directiva 82/891/CEE, *relativa a l'escissió de societats anònimes*, i en la proposta modificada de Cinquena



Directiva, basada en la lletra g) de l'apartat 3 de l'article 54 del tractat CEE *referent a l'estructura de les societats anònimes i als poders i obligacions dels seus òrgans*, perquè aquesta normativa comunitària perseguia reduir les possibilitats d'impugnar acords socials per les greus conseqüències que en poden derivar i, segons PAZ-ARES ⁽¹⁰⁹⁾, obligava els legisladors nacionals a admetre la possibilitat de la regularització retroactiva dels acords de fusió i d'escissió que fossin nuls per qualsevol causa. El legislador espanyol va generalitzar aquesta possibilitat estenent-la a tots els altres acords socials.

Sobre l'origen de l'article 115.3 LSA, primer incís, alguns autors consideren que aquest precepte va ser recollit en l'Avantprojecte de Llei de societats anònimes de 1979 l'antecedent forà del qual era al paràgraf final de l'article 2377 del Codi civil italià de 1942, conservat amb alguna addició en la seva reforma de 2003 ⁽¹¹⁰⁾. A l'efecte del que aquí interessa, és significatiu que la doctrina italiana en general estimi que, d'acord amb el penúltim paràgraf de l'article 2377 del Codi civil italià –en el qual es va inspirar probablement l'article 115.3 LSA ⁽¹¹¹⁾– la substitució dels acords invàlids ⁽¹¹²⁾ es produeix amb eficàcia retroactiva ⁽¹¹³⁾.

8.4. Interpretació de conformitat amb la realitat social del temps en què s'ha d'aplicar l'article 204.2 LSC

En indagar si la substitució d'acords socials s'ha de produir amb efectes *ex tunc* o *ex nunc* també cal tenir present un criteri hermenèutic extrajurídic, el sociològic, que consisteix a interpretar l'article 204.2 LSC segons la realitat social del temps en què ha de ser aplicat. La realitat social que s'ha de valorar quan s'interpreten les normes està constituïda per factors socials, econòmics, culturals, morals, polítics, etc., dominants en un determinat moment en la societat.

Sens dubte, en establir la substitució d'acords socials en l'article 115 LSA, el legislador no va ser aliè a la realitat social d'aquest moment. D'acord amb el criteri sociològic cal analitzar si la realitat social actual és diferent de la que existia quan l'article 115 LSA va entrar en vigor i, si és el cas, si els canvis esdevinguts en la realitat social justifiquen que la substitució d'un acord social impugnable per un altre de vàlid es produeixin amb efectes retroactius.

Sobretot a partir de la dècada dels anys quaranta aproximadament, es va anar imposant la tendència doctrinal de defensar l'aplicació de tècniques jurídiques (com la nul·litat parcial o la conversió) que pal·lies- sin o evitessin els greus trastorns que pot



ocasionar la nul·litat de ple dret dels negocis jurídics, trencant així el dilema “validesa total o nul·litat plena”⁽¹¹⁴⁾. Una mostra d’aquesta tendència en l’àmbit del Dret de societats és, al meu entendre, l’admissió de la tècnica jurídica de la substitució d’acords socials, perquè si s’empra aquesta tècnica no procedeix la impugnació d’acords socials invàlids.

El sistema espanyol d’impugnació dels acords socials s’ha configurat traslladant al Dret de societats, amb adaptacions, generalment de naturalesa juridicoprocessal, la normativa sobre nul·litats del Dret civil. Tant en ordenaments jurídics estrangers amb un model normatiu similar al del Dret espanyol, com en d’altres de més allunyats per les seves característiques de la normativa civil sobre la nul·litat dels negocis jurídics, s’han restringit les possibilitats d’impugnar els acords de la junta general, sobretot pensant en les societats cotitzades, amb la intenció de protegir l’estabilitat societària, que hi hagi més seguretat en la inversió i més confiança en els mercats de capitals, en reduir la incertesa sobre la validesa dels acords de les societats⁽¹¹⁵⁾. Aquesta tendència a limitar el dret a impugnar acords de les societats anònimes cotitzades⁽¹¹⁶⁾ és també l’orientació que predomina en el nostre país i, per tant, la realitat social

a la qual s’ha d’ajustar la interpretació de l’article 204.2 LSC⁽¹¹⁷⁾.

Quan va entrar en vigor l’article 115 TR-LSA, era coherent amb la seva finalitat en l’entorn econòmic i jurídic d’aquell moment que la substitució d’acords socials tingués efectes retroactius. Avui dia encara té més sentit que la seva eficàcia es produeixi *ex tunc*, perquè en aquesta realitat social, com a resultat de l’evolució de la societat anònima, es dona prioritat a la protecció de l’estabilitat de les societats cotitzades per sobre d’altres interessos, com el dels socis a impugnar els acords socials. Cal tenir present que, per a una societat que cotitza en borsa, la impugnació d’un acord social pot tenir transcendència en la cotització de les seves accions i això serveix d’estímul per a trobar una solució ràpida a la situació plantejada per l’existència d’un acord social impugnable⁽¹¹⁸⁾.

En les societats les accions de les quals no cotitzen a borsa⁽¹¹⁹⁾, en ocasions la impugnació sistemàtica dels acords socials és l’estratègia legal que utilitzen socis minoritaris per poder sortir de la societat amb la intenció que els socis majoritaris adquireixin les seves accions (per un elevat preu) o que es redueixi el capital perquè les seves aportacions els siguin retornades⁽¹²⁰⁾.

En conseqüència, tenint en compte la realitat social actual que acabo de descriure, cal interpretar que el més oportú i que més s’adequa a aquestes circumstàncies econòmiques és que la substitució d’acords socials es produeixi amb efectes retroactius, perquè així es dota de més estabilitat les societats, en ocupar l’acord substitutiu el lloc de l’acord substituït sense que procedeixi la impugnació dels acords socials invàlids, mantenint-se la situació jurídica creada amb l’acord social impugnable o impugnat.

8.5. Interpretació tenint en compte fonamentalment l’esperit i la finalitat de l’article 204.2 LSC

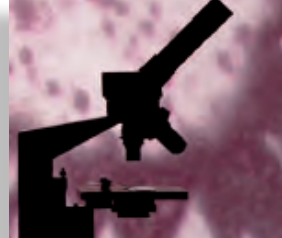
De l’article 3.1 CC resulta que aquest criteri hermenèutic, denominat criteri teleològic, és bàsic o fonamental en la tasca interpretativa. D’acord amb aquest, en interpretar una norma cal anar més enllà de les seves paraules i esbrinar quin és el seu “esperit i finalitat”, és a dir, la raó per la qual la norma existeix.

Un inconvenient amb el qual ensopega l’ocupació d’aquest mitjà d’interpretació és que l’“esperit i finalitat” sovint l’ha d’esbrinar el mateix intèrpret utilitzant prèviament altres criteris hermenèutics, normalment l’històric.

En referir-me al mitjà d’interpretació històric ja vaig explicar que la intenció del legislador comunitari en la Tercera Directiva, en la Sisena Directiva i en la proposta modificada de Cinquena Directiva –normes comunitàries en què es troba l’origen de l’article 115 LSA– va ser establir un règim restrictiu de la nul·litat i reduir les possibilitats d’impugnar acords socials per les greus conseqüències que en poden derivar. És coherent amb aquesta finalitat considerar que la substitució d’un acord social impugnable per un altre de vàlid es verifica amb retroactivitat perquè així s’eliminen les possibilitats d’impugnar l’acord social invàlid en no ser procedents les accions d’impugnació interposades abans de la substitució.

A més, per fer una interpretació teleològica encertada, tenint en compte l’esperit i la finalitat de la norma, cal utilitzar el raonament lògic.

De les regles del raonament humà correcte s’ha de destacar la que proscriu els resultats absurds en la interpretació. Seria



una interpretació absurda considerar que la substitució d'un acord social per un altre, permesa en l'article 204.2 LSC, no es produeix amb efectes retroactius perquè, per tal que això fos possible, no era necessari que una norma ho digués expressament, atès que ja es va defensar la possibilitat de substituir un acord social amb algun defecte formal per un altre de vàlid per la doctrina quan era vigent la Llei de societats anònimes de 17 de juliol de 1951, en la qual no es va regular la substitució d'acords socials ⁽¹²¹⁾. A més, la facultat de substituir un acord social per un altre amb eficàcia *ex nunc* es pot exercir respecte de qualsevol acord, tant si l'acord que es vol substituir té o no té un vici o defecte. Precisament la lògica porta a pensar que, si el legislador va introduir l'article 115.3 LSA per tal de restringir l'abast de la nul·litat dels acords socials i de limitar-ne la impugnació, va ser perquè volia dir alguna cosa nova en aquest sentit, com és establir la possibilitat de substituir un acord social impugnable per un altre de vàlid amb eficàcia retroactiva ⁽¹²²⁾.

Finalment, si un acord social invàlid (no contrari a l'ordre públic) es convalida pel mer transcurs del termini de caducitat (d'un any) i, per tant, els seus efectes es consideren produïts des del moment de la seva adopció, no seria lògic negar eficàcia retroactiva a l'acord de substitució perquè el resultat perseguit en tots dos casos és consolidar la situació jurídica creada amb l'acord impugnable i mantenir-ne els efectes.

8.6. Conclusió sobre la retroactivitat de la substitució

La conclusió a la qual s'arriba utilitzant els cinc criteris hermenèutics de l'article 3.1 CC per interpretar l'article 204.2 LSC és que la substitució d'un acord social impugnable per un altre de vàlid es verifica amb eficàcia retroactiva ⁽¹²³⁾. Aquesta conclusió té una gran transcendència pràctica perquè és possible que, amb fonament en un acord social impugnable o impugnado, tercers adquireixin drets davant la societat o que la mateixa societat porti a terme actes o adopti altres acords que pressuposin l'existència de l'acord social impugnable o impugnado.

En produir-se la substitució de l'acord social impugnable o impugnado amb eficàcia *ex tunc*, els drets de tercers (o fins i tot de socis) derivats d'aquest acord i els actes realitzats o els acords socials adoptats per



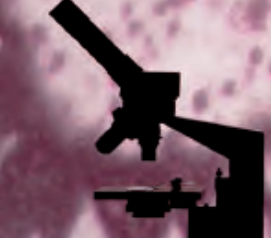
la societat amb fonament s'hi mantenen, perquè el nou acord social de substitució se subroga en el lloc del substituït ⁽¹²⁴⁾. Precisament perseguir i aconseguir conservar la situació jurídica creada amb l'acord substituït és el que realment dona sentit a la tècnica jurídica de la substitució d'acords socials ⁽¹²⁵⁾.

Es justifica el propòsit de mantenir la situació jurídica originada amb els acords socials impugnables o impugnats per evitar conflictes i inseguretat jurídica, perquè és habitual que la realitat sobre la qual incideixen s'alteri immediatament després de la seva adopció, així que l'article 202.3 LSC estableix que "els acords socials es podran executar a partir de la data de l'aprovació de l'acta en què consten". Per aquest motiu es presumeixi que els acords socials adoptats i recollits en l'acta de la junta són eficaços i es reputen vàlids fins que siguin anul·lats o declarats nuls per sentència ferma o, d'acord amb l'article 727.10è LEC, en sigui efectiva la suspensió ⁽¹²⁶⁾.

Segons doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat "si el derecho de impugnación de un acuerdo social nulo (vid. artículos 99, 102, 103, 109 y 115.2 de la Ley de Sociedades Anónimas) es un derecho individual de cada socio (vid artículo

117 de dicha Ley), la convalidación con plena eficacia retroactiva requeriría, al menos, el acuerdo unánime de todos los socios, y faltando esta unanimidad, la pretendida ratificación sanatoria sería en realidad un nuevo acuerdo de contenido idéntico pero cuya eficacia se produciría desde el momento en que es válidamente adoptado" (RDGRN 30 juliol 2001) ⁽¹²⁷⁾. Discrepo d'aquesta postura d'un centre directiu tan prestigiós segons la qual, perquè la substitució pugui tenir plena eficàcia retroactiva, és necessari l'acord unànim de tots els socis ⁽¹²⁸⁾, perquè, com ja vaig explicar, la competència per substituir un acord social per un altre correspon a la societat mitjançant un acord de la junta general respectant el quòrum per a la seva constitució i la majoria requerida en cada cas per a l'adopció de l'acord.

En l'assumpte resolt per la sentència de l'Audiència Provincial de Badajoz de 21 abril 2003 ⁽¹²⁹⁾, es va demanar la nul·litat d'una junta universal, perquè no va ser constituïda vàlidament, i la de tots els acords que s'hi van adoptar. En una segona junta degudament convocada i constituïda, es va substituir l'acord relatiu al nomenament d'auditor social adoptat en la primera junta per la majoria el capital present amb dret a vot, atribuint una eficàcia retroactiva a la substitució com



resulta de les paraules següents: “*el nuevo acuerdo no viene sino a sustituir a aquél adoptado en junta que decíamos irregularmente constituida, suponiendo en la práctica la ratificación del mismo. Debe hacerse hincapié en que en todo caso, la sociedad ha expresado su voluntad de otorgar validez a aquella designación y a la gestión que por el auditor había sido ya realizada, precisamente en orden a excluir y eliminar cualquier tipo de posible irregularidad, y por consiguiente, esta voluntad social, emitida libremente y con sujeción a los requisitos legales, no debe ceder a la existencia de defectos formales, sino antes al contrario, éstos han de reputarse sanados. En definitiva, pues, si se ha otorgado en Junta celebrada en legal forma plena validez al acuerdo que un día pudo haberse adoptado adoleciendo de los requisitos en principio establecidos, no podrá discutirse ahora su eficacia, debiendo entenderse que la ratificación abarca desde que originalmente se adoptó dicho acuerdo*”.

En qualsevol cas, per evitar eventuais problemes, sempre és millor fer constar en el mateix acord de substitució que aquest s'adopta amb la pretensió que tingui efectes retroactius, tot i que, insisteixo, aquesta manifestació em sembla legalment innecessària.

9. LA SUBSTITUCIÓ D'ACORDS SOCIALS EN EL PROCEDIMENT ARBITRAL

La submissió a arbitratge de la impugnació d'acords socials ha estat un tema molt polèmic i debatut ⁽¹³⁰⁾. Un cas judicial cèlebre va ser el resolt per una sentència del Tribunal Suprem de 18 abril 1998 ⁽¹³¹⁾ en la qual es va declarar la validesa de la clàusula compromissòria establerta en els estatuts d'una societat i la seva aplicabilitat a la impugnació d'acords socials ⁽¹³²⁾.

Actualment s'admet que es puguin sotmetre a arbitratge les controvèrsies jurídiques sobre impugnació d'acords socials i, en concret, pel que aquí interessa, la possible esmena de la causa d'impugnació (v. gr., mitjançant la substitució d'acords socials), evitant així la intervenció de l'Administració de justícia estatal.

La facultat que es confereix a la societat de substituir un acord social impugnable o impugnat per un altre de vàlid en l'article 204.2 LSC, així com la d'esmenar la causa d'impugnació dels acords invàlids en l'article 207.2 LSC, posen de manifest que es tracta d'una matèria disponible que pot ser objecte d'arbitratge ⁽¹³³⁾.

El procediment arbitral, minuciosament regulat en la Llei, posa fi a l'emissió d'un laude que produeix efectes de cosa jutjada.

Contra el laude només es pot exercir l'acció d'anul·lació i, si és el cas, sol·licitar la revisió d'acord amb el que estableix la Llei d'enjudiciament civil per a les sentències fermes (article 43 LA).

Si no procedeix la impugnació judicial dels acords socials que s'hagin deixat sense efecte o que hagin estat substituïts vàlidament per altres d'acord amb l'article 204.2 LSC, tampoc no pertoca sotmetre a arbitratge la impugnació d'aquests acords socials.

Quan el procediment arbitral ja s'hagi iniciat, els àrbitres poden atorgar un termini raonable perquè la societat esmeni la causa d'impugnació. El que no poden fer els àrbitres en cap cas és substituir l'acord social impugnat per un altre ⁽¹³⁴⁾.

Si la junta general –o, si és el cas, el consell d'administració– esmena vàlidament l'acord social impugnat caldrà decretar la terminació del procediment arbitral ⁽¹³⁵⁾.

Per les mateixes raons que la substitució d'acords socials té efectes *ex tunc* quan es verifica abans o durant un procediment judicial d'impugnació d'acords socials, també la que es realitza abans o durant un procediment arbitral es produeix amb efectes retroactius.

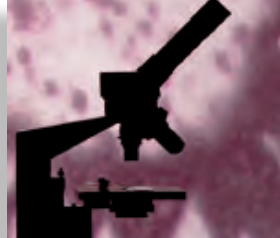
En definitiva, el que s'ha explicat sobre la substitució d'acords socials en un procediment judicial d'impugnació es pot traslladar *mutatis mutandi* a un procediment arbitral amb el mateix objecte.

10. L'ELIMINACIÓ DELS EFECTES O LA REPARACIÓ DELS DANYS

El segon paràgraf de l'article 204.2 LSC preveu dues possibles conseqüències quan un acord social ha estat deixat sense efecte o substituït per un altre i per això no n'és procedent la impugnació. La primera conseqüència és instar l'eliminació dels efectes de l'acord social revocat o substituït. La segona és la reparació dels danys que l'acord hagi ocasionat a l'impugnant mentre va estar en vigor.

Una qüestió prèvia que planteja la redacció d'aquesta norma és si les dues possibles conseqüències són alternatives (si es produeix l'una no pot tenir lloc l'altra) ja que s'empra la partícula gramatical “o” en establir-les.

Una interpretació merament gramatical condueix a aquesta conclusió. No obstant



això, d'acord amb una interpretació lògica, en ésser compatibles les dues conseqüències res no obsta al fet que es produeixin les dues.

Per aconseguir l'eliminació dels efectes, per exemple, la cancel·lació d'una inscripció registral i/o d'assentaments posteriors, sembla que serà necessària una resolució judicial o arbitral que ho ordeni, després de comprovar que concorren els requisits necessaris perquè es produeixi aquesta conseqüència.

Per obtenir una indemnització pels danys que l'acord hagi ocasionat a l'impugnant mentre va estar en vigor, aquest ha d'interposar una demanda amb aquesta finalitat, que iniciarà un procediment en el qual s'han de provar els danys ⁽¹³⁶⁾.

Les dues conseqüències –l'eliminació dels efectes o la reparació dels danys que l'acord hagi ocasionat– penso que només es poden produir en el supòsit en què l'acord impugnat ha estat revocat, no quan és substituït, perquè en aquest cas precisament el que es pretén és mantenir-ne els efectes, finalitat per a la qual és lògic que la substitució operi retroactivament.

BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, *El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada*, Ed. La Ley, Madrid, 2006.

ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles, "Revisión del derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la junta general y tutela de la minoría en la sociedad cotizada", *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pàg. 617 sg.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, "Comentario del artículo 6.3 del Código civil", *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, "Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima", *Estudios de Derecho Mercantil en*

Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pàg. 373 sg.

BUSTILLO SAIZ, María del Mar, *La Subsanación de Acuerdos Sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999.

CABALLOL I ANGELATS, Lluís, "Comentario al artículo 115 TRLSC", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre*, coordinats per I. Arroyo, J. M. Embid i C. Górriz, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

CALAZA LÓPEZ, María Sonia, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

CAPILLA RONCERO, Francisco, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

CARAZO LIÉBANA, María José, *El arbitraje societario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al art. 6.3 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. I, vol. 1, segona edició, EDESA, Madrid, 1992.

CASTAÑER CODINA, Joaquim, "Acuerdos sociales contrarios al orden público (arts. 205.1 y 206.2 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 139 sg.

CIAN, Marco, G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile*, a cura di Giorgio Cian, ottava edizione, Cedam, Padova, 2007.

CIAN, Marco, G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile. Complemento giurisprudenziale*, direttore Giorgio Cian, seconda edizione, Cedam, Pàdua, 2011.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato", *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Jesús Delgado Echeverría (coordinador), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pàg. 59 sg.

COTTINO, Gastone, *Diritto societario*, Cedam, Pàdua, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, reedición facsimilar, Ed. Civitas, Madrid, 1985.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "¿Debe limitarse el derecho de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?", *RDBB*, núm. 104, octubre-diciembre 2006, pàg. 163 sg.

DE LOS MOZOS, José Luis, *La conversión del negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, José María Bosch editor, Barcelona, 1994.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Derecho de sociedades*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2010.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *La Atipicidad en Derecho de sociedades*, Libros Pórtico, Saragossa, 1977.

FERRI, Giuseppe, *Le società*, Trattato di Diritto civile italiano, vol. 10, t. 3, primera edició, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torí, 1971.

FONT RIBAS, Antoni, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1983", *CCJC*, 1983, n. 3, pàg. 983 sg.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, "La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directores: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 27 sg.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, "Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales", *RDM*, 290, octubre-diciembre 2013, pàg. 141 sg.

GARCÍA GARCÍA, Enrique, "Impugnación de acuerdos sociales: Experiencia judicial", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 37 sg.

GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades anónimas*, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1952.

GIRÓN TENA, José, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (estudios)*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, "La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital", *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 1925 sg.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, VV. AA. *Comentario del Código civil*, t. 7, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coordinador), Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

HÜFFER, Uwe, "Die Bestätigung fehlerhafter Beschlüsse der Hauptversammlung", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2012, Band 41, Heft 5, pàg. 730 sg.

HÜFFER, Uwe, VV. AA. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4, herausgegeben von Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, Munich, 2011.

JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1995, pàg. 1801 sg.

JUAN Y MATEU, Fernando, "La reforma de la Aktiengesetz alemana por la UMG de 22 de septiembre de 2005", *RdS*, 2005-2, n. 25, pàg. 187 sg.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 1r, quarta edició revisada i posada al dia per Jesús Delgado Echeverría, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 3r, tercera edició revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil II*, vol 1º, quinta edición revisada i posada al dia per Francisco Rivero Hernández, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

MARÍN PADILLA, M. Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "Utile per inutile non vitiatur"*, Llibreria Bosch, Barcelona, 1990.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa, "Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 107 sg.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa, "Los acuerdos sociales impugnables", *RDM*, n. 296, 2015, pàg. 159 sg.

MUÑOZ PLANAS, José María/MUÑOZ PAREDES, José María, "La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje", *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 1977 sg.

NEILA NEILA, José María, *Los procedimientos judiciales en la nueva ley de sociedades anónimas*, EDESA, Madrid, 1992.

PANTALEÓN, Fernando, "Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)", *ADC*, 1993, gener-març, pàg. 5 sg.

PAZ-ARES, Cándido, "Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil", *Comentario del Código civil*, dirigit per Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz i Salvador Coderch, Ministeri de Justícia, Madrid, 1991, t. II, pàg. 1299 sg.

PAZ-ARES, Cándido, "Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables", *RdS*, 2007-2, n. 29, pàg. 287 sg.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, "Cuestiones sobre acuerdos sociales: allanamiento a la demanda de impugnación; revocación y ratificación; efecto de su falta

de inscripción", *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 2031 sg.

PÉREZ ESCALONA, Susana, *El Derecho de Asociación y las Asociaciones en el Sistema Constitucional Español*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

PÉREZ ESCALONA, Susana, *La asociación y el derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

QUESADA GONZÁLEZ, "Impugnación de acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 309 sg.

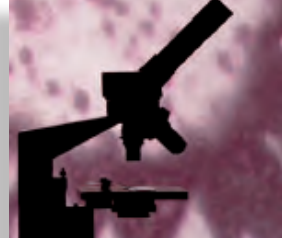
QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, "Bases para una revisión del Derecho de impugnación de los Acuerdos Sociales", *La Modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, M. Fuentes Naharro i M. S. Navarro Lérída (coordinadores), t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, "El sistema de impugnación de acuerdos sociales: necesidad de una reforma", *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, F. González Castilla, R. Tena Arregui (coordinadores), Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pàg. 75 sg.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, "La reforma del régimen de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 79 sg.

RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, *Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Acci-*



onistas, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

ROYO MARTÍNEZ, Miguel, "Transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno", *RGLJ*, 1945, 2, pàg. 113 sg.

RUBIO DOMINGO, Diego, "La impugnación de los acuerdos del consejo de administración ante situaciones de conflicto de intereses", *RdS*, núm. 56, 2019 (BIB 2019\6847).

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M., "Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales", *RdS*, 1997, n. 8, pàg. 287 sg.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *La Junta General en las sociedades de capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, "Propuesta de revisión de la Impugnación de Acuerdos (Especial referencia a las sociedades cotizadas)", *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, F. González Castilla, R. Tena Arregui (coordinadores), Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pàg. 395 sg.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 37a edició, 2015.

SCHMIDT, Karsten, *Aktiengesetz Großkommentar*, 4., neubearbeitete Auflage herausgegeben von Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, Siebenter Band/Teil 2, De Gruyter, Berlin, 2013.

SCHOTT, Bertrand G., *Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 285, Dike Verlag, Zurich/St. Gallen, 2009.

SERRANO ALONSO, Eduardo, *La confirmación de los negocios jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, "Arbitraje y Derecho de sociedades", *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 2041 sg.

TANNER, Brigitte, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaft*

ten und Aktiengesellschaften, 2. Auflage, Schulthess, Zurich, 2012.

TATO PLAZA, Anxo, *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1997.

TRUFFER, Roland/DUBS, Dieter, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. Auflage, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basilea, 2012.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio/MUÑOZ PLANAS, José María, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigit por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez i Manuel Olivencia, t. V, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

VICENT CHULIÀ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1r, José María Bosch editor, Barcelona, 1991.

VICENT CHULIÀ, Francisco, *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23a edició, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2012.

NOTES

- (1) Publicada a Valladolid el 1952. El fragment que es reproduceix en el text es troba a la pàg. 280.
- (2) Vegeu, per tots, TATO PLAZA, *Sustitución y anulación por la sociedad de acuerdos sociales impugnables*, Ed. McGrawHill, Madrid, 1997, pàg. XIX.
- (3) Potser, per això, es podria considerar la substitució d'acords socials com una mostra del que GIRÓN TENA va anomenar *falàcia del caràcter atipològic de l'especialitat mercantil* [*Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (estudios)*], Ed. Civitas, Madrid, 1986, pàg. 92], ja que és una tècnica jurídica pròpia del Dret mercantil que no es correspon amb cap altra del Dret civil.
- (4) El Tribunal Suprem, en sentència d'11 juny 1982 (RJ 1982\3415) va afirmar: "la normativa de la ley de sociedades anónimas debe integrarse dentro del sistema de nuestro derecho general -mercantil y civil- en materia de ineficacia de los negocios jurídicos, aplicando en lo conveniente e indispensable la doctrina del Derecho común en materia de nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos". Es reproduceix aquest paràgraf en la interessant sentència de 20 de maig 2014 el Jutjat del Mercantil de la Corunya (JUR 2015\163024).
- (5) Segons l'article 1.1 del Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el

Text refós de la Llei de societats de capital: "Són societats de capital la societat de responsabilitat limitada, la societat anònima i la societat comanditària per accions."

- (6) Encara que hi ha certes particularitats, com que el termini per impugnar és més breu i no poden exercir l'acció d'impugnació individualment cada un dels socis, sinó una minoria de socis (art. 251.1 LSC).
- (7) Sobre la impugnació dels acords del consell d'administració es pot consultar ALCALÁ DÍAZ, *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*, Ed. Civitas, Madrid, 1998; RUBIO DOMINGO, "La impugnación de los acuerdos del consejo de administración ante situaciones de conflicto de intereses", *RdS*, n. 56, 2019 (BIB 2019\6847); i QUESADA GONZÁLEZ, "Impugnación de acuerdos del consejo de administración (art. 251 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.
- (8) Vegeu CALAZA LÓPEZ, *El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pàg. 38 sg.
- (9) Es refereix a aquesta qüestió en el cas d'una cooperativa l'STS de 28 març 2007 (RJ 2007/1790).
- (10) També en el Dret català es confereix als associats el dret a impugnar els acords de l'assemblea general i de l'òrgan de govern de l'associació [cfr. 323-3 c) CCC].
- (11) Es pot consultar sobre aquest tema PÉREZ ESCALONA, *La asociación y el derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pàg. 316 sg.
- (12) Interpreta doctrina italiana que el penúltim paràgraf de l'article 2377 del Codice civile, en què es preveu la substitució d'acords socials, tot i que es refereix a la *società per azioni*, té caràcter general i per això és aplicable també a altres entitats organitzades (vegeu, G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile. Complemento giurisprudenziale*, direttore Giorgio Cian, segona edició, Cedam, Pàdua, 2011, pàg. 3.237).
- (13) Entén la doctrina que l'article 6.3 CC és d'aplicació general, fins i tot fora del Dret privat i amb independència del rang normatiu de la norma imperativa o prohibitiva objecte de la contravenció. Vegeu, LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 1r, quarta edició revisada i posada al dia per

Jesús Delgado Echeverría, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pàg. 193; i CARRASCO PERERA, "Comentario al artículo 6.3 CC", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigits per Manuel Albaladejo i Silvia Díaz Alabart, t. I, vol. 1, EDESA, Madrid, 1992, pàg. 776.

(14) Segons la doctrina tradicional la nul·litat és declarable d'ofici pel jutge. Jurisprudència i doctrina recents han qüestionat tal declarabilidad d'ofici [vegeu, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato", *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Jesús Delgado Echeverría (coordinador), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pàg. 61].

(15) Es pot consultar sobre aquesta qüestió LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 3r, tercera edició revisada i posada al dia per Jesús Delgado Echeverría, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pàg. 252.

(16) Vegeu QUIJANO GONZÁLEZ, "La reforma del régimen de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directores: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 98; i MUÑOZ PAREDES, María Luisa, "Los acuerdos sociales impugnables", *RDM*, n. 296, 2015, pàg. 174 sg.

(17) Opina CASTAÑER CODINA: "como la reforma del régimen de impugnación de los acuerdos sociales no ha incidido sobre el concepto de orden público dentro del ámbito societario, podemos concluir señalando, por un lado, que este concepto seguirá topando con serias dificultades de delimitación, circunstancia que además se ve agravada por el hecho de que el concepto de orden público es cambiante con el paso del tiempo; y por otro, que deberá seguir siendo la doctrina y, sobre todo, los tribunales quienes, como hasta ahora, vayan perfilando la noción de orden público, en el análisis y resolución de los casos concretos que se les planteen" ("*Acuerdos sociales contrarios al orden público* (arts. 205.1 i 206.2 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directores: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 160).

(18) Com va apreciar SÁNCHEZ ÁLVAREZ, el concepte d'ordre públic és molt imprecís i en certa manera evanescent, precisament per aquest caràcter de concepte extralegalment i jurídicament indeterminat es pot considerar que pugna amb el principi de legalitat

i de seguretat jurídica ("Orden del día, regularización de convocatoria defectuosa y nulidad de acuerdos sociales", *RdS*, 1997, n. 8, pàg. 303).

(19) En un sentit més aviat ampli cal entendre que l'ordre públic s'integra pels principis econòmics establerts a la Constitució, pels preceptes constitucionals que reconeixen els drets fonamentals, pel Codi penal i per les normes imperatives reguladores de cada tipus social la finalitat dels quals és que es respectin drets bàsics dels socis, com també protegir tercers i futurs socis. Sobre el concepte d'ordre públic són interessants les sentències del Tribunal Suprem de 5 de febrer de 2002 (RJ 2002\1600) i de 21 de febrer de 2006 (RJ 2006\827). En concret en aquesta darrera sentència s'afirma: "El término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento".

(20) Segons RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA: "el orden público se ha erigido, en la práctica, como uno de los principales caballos de batalla, pues es frecuente el que advertida la nulidad de acuerdos sociales transcurrido el plazo general de caducidad de un año, haya que fundar la pervivencia de la acción en que tales acuerdos contrarían el orden público, en cuyo caso (...) la acción carece de plazo de caducidad y puede ser ejercitada transcurrido ese plazo de un año" [*Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pàg. 263, nota 188].

(21) Como van observar URÍA GONZÁLEZ, MENÉNDEZ MENÉNDEZ i MUÑOZ PLANAS, en referir-se a la noció d'ordre públic: "ante su inconcreción existe el grave riesgo, en la aplicación de la ley, de que la imprescriptibilidad de la acción de nulidad que ha sido 'echada por la puerta' -digamos gráficamente-, entre en la sociedad 'por la ventana' de supuestas infracciones del orden público" (*Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigit per Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez i Manuel Olivencia, t. V, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pàg. 325).

(22) Van advocar per una delimitació més clara dels supòsits de nul·litat amb causes taxades QUIJANO GONZÁLEZ, a "Bases para una revisión del Derecho de impugnación de los Acuerdos Sociales", *La Modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, M. Fuentes Naharro i M. S. Navarro Lérica (coordinadors), t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pàg. 275 i 280; i a "El sistema de impugnación de acuerdos sociales: necesidad de una reforma", *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones*

actuales, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, F. González Castilla, R. Tena Arregui (coordinadors), Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pàg. 82; i F. SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las sociedades de capital*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pàg. 363.

(23) Segons CLAVERÍA GOSÁLBEZ, la nul·litat i l'anul·lilitat no difereixen exactament per les seves causes, sinó pel seu *modus operandi* (*op. loc. cit.*, pàg. 61).

(24) Vegeu BUSTILLO SAIZ, *La Subsanación de Acuerdos Sociales por la Junta General de la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pàg. 339.

(25) Sobre aquest tema es pot consultar MUÑOZ PAREDES, a "Los acuerdos impugnables en el nuevo régimen de impugnación de acuerdos sociales (art. 204.1 LSC)", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directores: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 133 sg.; i a "Los acuerdos sociales impugnables", *loc. cit.*, pàg. 179 sg.

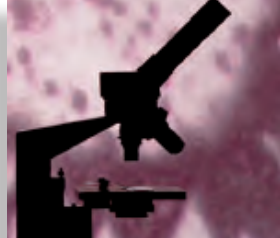
(26) A aquest efecte es fa l'anomenada *prova de resistència* que, com ja va explicar GIRÓN TENA, consisteix en la "deducció de los votos [omissis: invàlids] para averiguar si, tras su resta, queda o no mayoría, pues en el primer caso no se produce repercusión sobre el acuerdo" (*Derecho de sociedades anónimas, cit.*, pàg. 322). Actualment, sobre aquest aspecte l'article 204.3 d) CCC disposa textualment: "Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos: [...] d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible".

(27) Es van pronunciar en aquest sentit, referint-se al ja derogat article 115.3 TRLSA, la SAP de Barcelona de 26 gener 2009 (AC 2009\328) i la SAP de Pontevedra de 13 març 2008 (AC 2008\947).

(28) A Itàlia, segons la jurisprudència, ex article 2377 del *Codice civile*, la substitució d'acords és possible no solament quan els acords són anul·lables, sinó també quan són nuls, llevat si el seu objecte és il·lícit o impossible (vegeu, COTTINO, *Diritto societario*, Cedam, Pàdua, 2011, pàg. 395 i 396).

(29) Vegeu DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pàg. 17 o 159.

(30) Tant la conversió com la nul·litat parcial -inspirada en la màxima jurídica *utile per*



inutile non vitiatur– són manifestacions del principi general de conservació dels actes i negocis jurídics que informa el nostre ordenament jurídic (vegeu, MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos* "Útile per inutile non vitiatur", Llibreria Bosch, Barcelona, 1990, pàg. 89).

- (31) Va afirmar en el seu conegut comentari a l'article 6.3 CC AMORÓS GUARDIOLA: "El principio de conservación del negocio, la posibilidad de completar los negocios en que falta alguno de los requisitos legales, y la técnica de la nulidad parcial, son procedimientos a través de los cuales se pretende no llegar a esa radical sanción de nulidad" (Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pàg. 327).
- (32) Cfr. article 715 CC i article 422-6 CCC.
- (33) Sobre les classes de conversió es pot consultar DELGADO ECHEVERRÍA i PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pàg. 365; i Díez SOTO, *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, José María Bosch editor, Barcelona, 1994, pàg. 47.
- (34) Davant el dilema de si ha de prevaldre la màxima jurídica *utile per inutile non vitiatur* o la regla segons la qual un acte no pot valer en part si i en part no (*unus actus non potest, pro parte valere, pro parte non*) perquè la nul·litat d'una part del negoci jurídic s'estén o contagia a tota clàusula negocial, tant la doctrina com la jurisprudència es pronuncien a favor de la nul·litat parcial si s'aprecia una voluntat clara de mantenir la resta del negoci perquè satisfà prou els interessos de les parts d'acord amb el seu propòsit negocial (vegeu LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 3r, tercera edició revisada i posada al dia per Jesús Delgado Echeverría, cit., pàg. 259; i MARÍN PADILLA, op. cit., pàg. 109).
- (35) En el Dret suís, amb fonament en què els acords socials tenen naturalesa de negocis jurídics, s'admet la seva nul·litat parcial aplicant analògicament l'article 20.2 OR, en el qual es regula amb caràcter general aquesta tècnica jurídica (sobre aquesta qüestió es pot consultar, SCHOTT, *Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln*, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 285, Dike Verlag, Zurich/St. Gallen, 2009, pàg. 93).
- (36) Sobre l'admissió per la jurisprudència en l'àmbit de la invalidesa dels acords socials de la teoria de la nul·litat parcial dels negocis

jurídics es pot consultar RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, op. cit., pàg. 117.

- (37) No obstant això, la conversió i la substitució dels acords socials són tècniques més pròximes del que pot semblar. Així resulta de la definició que va fer DE LOS MOZOS de la conversió en els termes següents: "la conversión es el medio jurídico en virtud del cual un negocio nulo se salva de la nulidad convirtiéndose en otro distinto que sustituye al primero en la medida de lo posible, salvaguardando con ello, hasta ese límite, el fin perseguido por las partes" (op. cit., pàg. 9).
- (38) Como es va afirmar a la SAP de Pontevedra de 13 de març de 2008 (AC 2008\947), fent referència a l'article 115.3 TRLSA: "A pesar de dicha nulidad por contravenir la Ley, también es conocida la doctrina jurisprudencial que, atendiendo a la especial naturaleza de los acuerdos de Juntas generales de sociedades, tanto los nulos, máxime si su nulidad obedece a vicios meramente formales, como anulables, son susceptibles de subsanación, e incluíbles en las posibilidades del art. 115.3 LSA que no hace distingo alguno". En canvi, a la SAP de València de 7 de maig de 2003 (JUR 2004\34438) es considera que un acord radicalment nul no admet esmena. No obstant això, en aquesta sentència sembla que s'està pensant en un tipus d'esmena que no consisteix en la substitució pròpiament dita.
- (39) En la interlocutòria de l'Audiència Provincial de Barcelona de 29 maig 2003 (JUR 2004\14339) s'al·ludeix a la possibilitat que la societat pugui esmenar un acord per mitjà d'un altre acord ulterior en virtut del que s'anomena "principi de la reconversió de la nul·litat transgressora".
- (40) Vegeu TATO PLAZA, op. cit., pàg. 38.
- (41) Com puntualitza SERRANO ALONSO, la confirmació és un dels mitjans específics de convalidació d'un negoci ineficaz (*La confirmación de los negocios jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pàg. 19).
- (42) Un supòsit que es podria considerar com de confirmació tàcita d'un acord social impugnabla es troba a la SAP de Sevilla de 6 abril de 2010 (AC 2010\1397), en la qual tenint en compte la presumpció de veracitat que suposa l'elevació a escriptura pública dels acords impugnats i la seva inscripció al Registre Mercantil, en el seu fonament de dret cinquè s'afirma: "hay que insistir en que el defecto alegado, si realmente existió, quedó subsanado por la actuación posterior del propio demandante, que supone su conformidad con el acuerdo de que se trata. Así, y como resulta de las certificaciones del Registro Mercantil aportadas a las actuaciones, como administrador único de la sociedad, presentó en dicho registro las cuentas anuales

de los ejercicios correspondientes a los años 2004 y 2005, señalando en las mismas, como fondos propios, el capital social resultante del acuerdo social que ahora impugna, y, precisamente, con la distribución que del mismo se hizo en la junta general universal en cuestión".

- (43) Vegeu, per tots, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reedició facsimilar, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pàg. 513.
- (44) Sobre aquesta qüestió em sembla il·lustrativa la regulació del Dret alemany. D'acord amb el §244 AktG no es pot fer valer la impugnació quan la junta general ha confirmat (*bestätigt hat*) l'acord impugnabla mitjançant un nou acord i aquest no ha estat impugnat dins el termini o la impugnació ha estat desestimada en ferm. Sosté SCHMIDT que s'ha d'interpretar el §244 AktG prenent en consideració els §144 i §141 BGB. Segons el §144 BGB (*Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts*), la impugnació s'exclou quan el negoci jurídic impugnabla és confirmat pel legítim per impugnar-lo, mentre que de conformitat amb el §141 BGB (*Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts*) si un negoci jurídic nul és confirmat per qui l'ha celebrat, aquesta confirmació (*Bestätigung*) s'ha de considerar com una nova celebració (*erneute Vornahme*). En conclusió, la possibilitat d'adoptar de nou l'acord impugnat és la solució que segons SCHMIDT preveu el Dret alemany per evitar la impugnació dels acords socials nuls. Es tracta, doncs, d'una tècnica jurídica més propera a la substitució d'acords prevista en el Dret espanyol que a la confirmació dels negocis jurídics anul·lables (SCHMIDT, *Aktiengesetz Großkommentar*, 4., neubearbeitete Auflage herausgegeben von Klaus J. Hopt, Herbert Wiedemann, Siebenter Band/Teil 2, De Gruyter, Berlin, 2013, pàg. 86, 87 i 96).
- No obstant això, hi ha diferències entre la regulació del §244 AktG i la del §144 BGB que posen de manifest que la confirmació per la junta general dels acords socials prevista en el primer d'aquests preceptes és peculiar i diferent de la confirmació prevista en el segon (vegeu HÜFFER, a "Die Bestätigung fehlerhafter Beschlüsse der Hauptversammlung", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2012, Band 41, Heft 5, pàg. 732 i 740; i a *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4, herausgegeben von Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, Munic, 2011, pàg. 1513 i 1517).
- (45) Segons SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "La doctrina suele calificar a esta posibilidad, que se recoge en el artículo 115.3 LSA, como de convalidación de acuerdos, aunque no existe consenso acerca de la naturaleza de dicha convalidación y de sus efectos. Por ello parece preferible

utilizar por ahora el término 'regularización', siempre que se le entienda desprovisto de toda connotación técnica, como un vocablo neutro y descriptivo con lo que se pretende evitar una toma de posición precipitada sobre una materia que debe ser objeto de una cuidadosa ponderación" (op. loc. cit., pàg. 293).

(46) Vegeu GARCÍA DE ENTERRÍA, "Los efectos de la declaración de nulidad de los acuerdos sociales", *RDM*, 290, octubre-desembre 2013, pàg. 147.

(47) Vegeu, per tots, sobre la ratificació, LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 3r, tercera edició revisada i posada al dia per Jesús Delgado Echeverría, cit., pàg. 303.

(48) Especialistes en el tema de la invalidesa dels negocis jurídics manegen indistintament els termes *repetició* i *renovació* per referir-se al supòsit en què les parts tornen a celebrar el contracte invàlid sense la causa de nul·litat amb efectes *ex nunc* (sic, DELGADO ECHEVERRÍA I PARRA LUCÁN, op. cit., pàg. 360).

Se sol considerar que hi ha una *reproducció* o *renovació* del contracte en l'àmbit del Dret civil quan es torna a celebrar el contracte amb el mateix contingut però observant una forma *ad probationem* (vide, LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil II*, vol 1r, cinquena edició revisada i posada al dia per Francisco Rivero Hernández, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pàg. 411). També s'interpreta que la reconducció tàcita de l'arrendament prevista en l'art. 1566 CC és un supòsit de renovació del contracte (o de celebració d'un nou contracte pel consentiment presumpte de les dues parts contractants), no una pròrroga del mateix arrendament [vegeu, per tots, POVEDA, VV. AA. *Comentario del Código civil*, t. 7, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coordinador), Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pàg. 579].

(49) Vegeu TATO PLAZA, op. cit., pàg. 23 i 51.

(50) L'RDGRN de 30 juliol 2001 es refereix a la majoria d'aquests principis amb les següents paraules: "la posibilidad de subsanación de acuerdos sociales por la Junta General es consagrada en el artículo 116.3 de la Ley de Sociedades Anónimas, en aras de los principios de conservación del negocio jurídico, autonomía de la sociedad y de economía procedimental, atendiendo además a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los actos societarios y evitar no sólo la incertidumbre derivada de la eventual invalidez de los acuerdos sociales, sino también dilaciones y gastos innecesarios" (RJ 2002\2414).

(51) Vegeu, per tots, sobre els límits de l'autonomia de la voluntat en el Dret de societats, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, La Atipicidad en Derecho de sociedades,

Libros Pórtico, Saragossa, 1977, sobretot la pàg. 189 sg.

(52) Com observa F. SÁNCHEZ CALERO: "Esta tendencia se refuerza con mayor vigor en el régimen relativo a los acuerdos sociales" (op. cit., pàg. 358).

(53) Així, MARÍN PADILLA, op. cit., pàg. 89.

(54) En el mateix sentit, però referint-se a l'esmena d'acords socials, VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23a edició, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2012, pàg. 734.

(55) En aquest sentit, PAZ-ARES, "Comentario a los artículos 1665 a 1708 del Código Civil", *Comentario del Código civil*, dirigit per Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz i Salvador Coderch, Ministeri de Justícia, Madrid, 1991, t. II, pàg. 1302; PÉREZ ESCALONA, *El Derecho de Asociación y las Asociaciones en el Sistema Constitucional Español*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pàg. 21; PANTALEÓN, "Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)", *ADC*, 1993, gener-març, pàg. 53, nota 106; i CAPILLA RINCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pàg. 118 y 119.

(56) Així, F. SÁNCHEZ CALERO, op. cit., pàg. 370.

(57) Vegeu la STC 42/2011, d'11 d'abril (RTC 2011\42).

(58) En la sentència de 23 febrer 1987 (RTC 1987\23) el Tribunal Constitucional, en resoldre el recurs d'empara interposat per la companyia mercantil *Larios, S.A.* va admetre la possibilitat que en determinats casos es pot produir una lesió del dret d'associació respecte de les societats mercantils. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO després d'esmentar aquesta sentència i alguna més, va comenta: "en materia de asociaciones y de sociedades, la Constitución reconoce el derecho de autoorganizarse y de autogestionarse [...] Este criterio constitucional, tiene una extraordinaria trascendencia, e implica que debe aplicarse una interpretación restrictiva de las causas de impugnación y debe mantenerse el criterio favorable al mantenimiento de los acuerdos sociales [...] Este principio constitucional, favorable al mantenimiento de los acuerdos sociales, se manifiesta claramente en la propia Ley de sociedades anónimas a través de diversos preceptos: se reconoce la posibilidad de subsanar los acuerdos impugnables..." ("Los acuerdos impugnables en la Sociedad Anónima", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1995, pàg. 381).

(59) Vegeu F. SÁNCHEZ CALERO, op. cit., pàg. 387; i VICENT CHULIÀ (*Introducción al Derecho mercantil*, vol. I, 23a edició, Ed. Tirant lo

Blanch, València, 2012, pàg. 734) referint-se a l'esmena d'acords socials.

(60) En el considerant 10 de la Directiva 2011/35/UE, de 5 d'abril, *relativa a les fusions de les societats anònimes*, s'afirma literalment: "Es preciso, con miras a garantizar la seguridad jurídica en las relaciones tanto entre las sociedades interesadas como entre estas y los terceros, así como entre los accionistas, limitar los casos de nulidad y establecer, por una parte, el principio de regularización cada vez que sea posible y, por otra, un plazo breve para invocar la nulidad". Termes idèntics es trobaven a l'exposició de motius de la ja derogada Tercera Directiva 78/855/CEE. Una afirmació semblant es troba també a la Sisena Directiva 82/891/CEE, referent a l'escissió de societats anònimes.

(61) En aquest sentit, en la SAP de Cadis de 14 novembre 2013 (AC 2014\106) es considera que l'eliminació de la causa d'impugnació dels acords socials inclou rectificar-los, revocar-los o substituir-los.

(62) Així SAP Barcelona de 26 gener 2009 (AC 2009\328).

(63) El Tribunal Suprem va afirmar en sentència d'11 novembre 2005 (RJ 2005\7769): "La decisión del Consejo de Administración de suspender la ejecución de los acuerdos de la Junta General no es por sí suficiente para privar a los acuerdos de ésta del carácter lesivo que puedan tener, puesto que, como pone de relieve la sentencia de instancia, sin que su argumentación haya sido desvirtuada en el recurso de casación, el único órgano competente para dejar sin efecto los acuerdos adoptados por la misma es la Junta General".

(64) Com va observar BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO el jutge l'única cosa que pot fer és declarar la nul·litat o l'anul·labilitat de l'acord, però mai no pot substituir-lo per un altre (op. loc. cit., pàg. 382).

(65) En el Dret suís no es regula expressament la substitució d'acords socials, però la doctrina sosté que mentre que el consell d'administració, que representa la societat en el procés d'impugnació d'acords socials, mitjançant un aplanament no pot eliminar un acord de la junta general, la mateixa junta general sempre pot deixar sense efecte l'acord impugnat i adoptar-ne un altre (així, TANNER, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften*, 2. Auflage, Schulthess, Zurich, 2012, pàg. 682; i TRUFFER, Roland/DUBS, Dieter, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, 4. Auflage, Herausgeber Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, pàg. 993).

(66) Vegeu BUSTILLO SAIZ, op. loc. cit., pàg. 407 sg.



(67) Com va observar PAZ-ARES: *"Lo único que debe cuidarse es que en la Junta llamada a aprobar la renovación no voten los socios que suscribieron los aumentos de capital objeto de anulación –o los nuevos socios incorporados mediante la fusión–, pues están estructuralmente incompatibilizados"* ("Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables", *RdS*, 2007-2, n. 29, pàg. 288)

(68) AC 2017\1549.

(69) En concret, en el supòsit de fet resolt per l'AAP de Biscaia de 12 de desembre 2017, hi havia una clara divisió social al 50% que va propiciar que la junta no pogués assolir cap acord en no ser possible aconseguir majoria simple per a la seva adopció.

(70) Sobre aquest requisit és interessant una sentència de 17 de gener 2018 del Jutjat Mercantil núm. 9 de Barcelona (AC 2018\240). En l'assumpte resolt per aquesta sentència es van impugnar acords socials d'una junta general celebrada sense l'assistència d'un Notari. S'afirma en aquesta sentència: *"la ley exige que esos segundos acuerdos sustitutivos de los anteriores, se hayan adoptado 'válidamente' debiendo el juez limitarse en tal sentido, a realizar un juicio somero de legalidad, sin que su pronunciamiento tenga efectos de cosa juzgada en un ulterior procedimiento en caso de que resultaren finalmente impugnados por el socio"*.

(71) Els defineix així CABALLOL I ANGELATS: *"Vicios de carácter formal son los que afectan a la actividad de formación, aprobación y constancia del acuerdo"* ("Comentario al artículo 115 TRLSC", *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas: Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre*, coordinats per I. Arroyo, J. M. Embid i C. Górriz, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pàg. 1.183).

(72) Considerant l'article 204.3 a) LSC no tindria sentit la substitució d'acords socials, perquè la seva impugnació és improcedent, quan es produeixi *"la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante"*.

(73) Així la interessant SAP de Pontevedra de 13 març 2008 (AC 2008\947). No obstant això, no sembla que aquest sigui el criteri seguit per altres resolucions judicials com la SAP Toledo de 22 setembre de 1994 (AC 1994\1549). En aquesta sentència la Sala va entendre: *"que,*

cuando un acuerdo es nulo, por contrario a la ley, su posibilidad de confirmación sólo cabe en dos supuestos, uno relativo a que se deje transcurrir el año de caducidad sin impugnarlo, y el otro, aplicando el art. 115.3, TRLSA, posibilitando la confirmación cuando el acuerdo sea válidamente sustituido por otro, debiendo ser el acuerdo confirmatorio idéntico en contenido, eliminando todos los defectos formales que pudiera tener el primero".

(74) Sobre aquesta possibilitat és interessant la SAP Saragossa d'1 juny 2005 (JUR 2005\177180) encara que no es refereix expressament a la figura de la substitució d'acords.

(75) Sobre aquesta qüestió es pot consultar SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *op. loc. cit.*, pàg. 294.

(76) Vegeu la STS de 18 desembre 2008 (RJ 2009\22).

(77) Així, TATO PLAZA, *op. cit.*, pàg. 56.

(78) Es va plantejar la problemàtica de la impugnació d'uns acords socials de "ratificació o rectificació, si és el cas" d'altres d'anteriors en una sentència del Tribunal Suprem de 13 d'octubre de 1983, que va ser comentada per FONT RIBAS, a CCJC, 1983, n. 3, pàg. 983 sg.

(79) JUR 2006\262395.

(80) Sembla que seria diferent el cas si s'adoptés un acord de substitució abans que acabi la junta en la qual es va prendre l'acord que ha de ser substituït. En aquest sentit ha manifestat NEILA NEILA: *"Pueden producirse dos situaciones distintas: la primera de ellas es que durante la celebración de la misma junta general que haya tomado el acuerdo, por advertirlo el Secretario, el Presidente, o cualquier miembro presente, se tome a continuación un acuerdo que deje sin efecto el anterior o lo sustituya por otro válido [...] En el primer caso, no cabe acción de impugnación alguna, puesto que la propia junta ha dejado sin efecto el acuerdo que podría ser impugnable"* (Los procedimientos judiciales en la nueva ley de sociedades anónimas, EDESA, Madrid, 1992, pàg. 618).

(81) Sobre aquesta problemàtica es pot consultar GARCÍA DE ENTERRÍA, "La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 33 i 34.

(82) Vegeu BUSTILLO SAIZ, *op. cit.*, pàg. 361.

(83) Encara que segons un sector de la doctrina mercantil dels acords socials poden ser

considerats com negocis jurídics unilaterals (vegeu, per tots, TATO PLAZA, *op. cit.*, pàg. 75), penso que els acords socials són negocis jurídics plurilaterals que entren dins la categoria dels actes col·lectius (així LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho civil I*, vol 3r, tercera edició revisada i posada al dia per Jesús Delgado Echeverría, *cit.*, pàg. 232).

(84) RJ 2012\9723.

(85) Aquesta doctrina es troba a la sentència de l'Audiència Provincial de Toledo d'11 desembre 2013 (AC 2013\2215).

(86) Vegeu QUIJANO GONZÁLEZ, "La reforma del régimen de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", *loc. cit.*, pàg. 94.

(87) En la sentència de l'Audiència Provincial de Castelló, de 2 juliol 1998 (AC 1998\1305) es va considerar que la circumstància del fet que no procedeix la impugnació d'un acord per haver estat deixat sense efecte o substituït vàlidament per un altre *"es apreciable de oficio por cuanto que afecta a la acción misma, y además a efectos prácticos vacía de contenido el presente procedimiento puesto que la controversia o el conflicto intersubjetivo sobre el que pronunciarse ya no existe"*.

(88) JUR 2004\257412.

(89) Em sembla il·lustratiu reproduir el fragment següent del segon fonament de dret de la SAP de Sevilla de 5 juliol 2004: *"con arreglo al art. 115 de la Ley de Sociedad Anónima, hay que entender sustituido los acuerdos impugnados en este procedimiento por el alcanzado en la Junta celebrada el 30 de junio de 2003 que pretenden subsanar los defectos que claramente tenían los anteriores por infracción del derecho a la información, por lo que, cuando se provee por el Juzgado la contestación a la demanda, presentada el 26 de junio de 2003, mediante providencia de 2 de julio siguiente, ya se había celebrado la nueva junta el 30 de junio y subsanado y sustituido los acuerdos impugnados de la Junta General Ordinaria, por lo que no procedía la impugnación instada de los acuerdos toda vez que habían sido dejado sin efecto o sustituidos válidamente por otros, lo que determina que el procedimiento careciera de objeto litigioso, debiendo haberse seguido el procedimiento establecido en el art. 22 de la L.E.C. No debiendo confundir el tribunal de instancia la suspensión del curso del procedimiento para subsanar los defectos del acuerdo impugnado con la subsanación propiamente dicha, que dado los términos de contestación, celebración de nueva junta y provisión, no fue necesario acordar suspensión alguna con dicha finalidad, pues antes de tener por contestada y parte la demanda ya se había producido la subsanación. Consecuencia de todo ello es la desestimación de la demanda"*

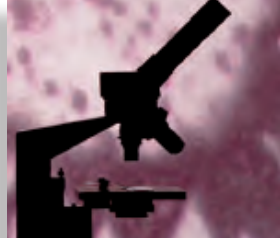
por carencia de objeto procesal, si bien, como la demanda fue interpuesta mucho antes que se diera satisfacción extraprocésal a la acción ejercitada y se pretendiera la subsanación, la desestimación acordada no puede llevar consigo la imposición de costas de primera instancia a los actores”.

- (90) Sic PAZ-ARES, “Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables”, *loc. cit.*, pàg. 292.
- (91) Vegeu STS de 12 juliol 2002 (RJ 2002\8252), la SAP de Tarragona de 7 febrer 2003 (AC 2003\1208) i SAP de Murcia de 2 juny 2005 (JUR 2005\162173).
- (92) Així mateix s'invoca el principi processal de la *perpetuatio jurisdictionis* que obliga a resoldre els litigis d'acord amb la situació existent en el moment en què s'inicien. Vegeu STS de 21 maig 2004 (RJ 2004\3530). Sobre aquest aspecte és interessant el sisè fonament de dret de la SAP d'Astúries de 18 abril 1994 (AC 1994\757).
- (93) El Tribunal Suprem ha estat reticent al fet que la substitució o esmena d'un acord es pugui produir per iniciativa de la mateixa societat extraprocésalment després de la interposició de la demanda d'impugnació, com resulta de les sentències de 26 gener 1993 (RJ 1993\504), 20 octubre 1998 (RJ 1998\8229) 21 maig 2002 (RJ 2002\4455) 21 maig 2004 (RJ 2004\3530), 11 novembre 2005 (RJ 2005\7769), entre d'altres.
- (94) RJ 1998\8229.
- (95) Es reproduïx aquest pronunciament judicial en la sentència del Tribunal Suprem de 21 maig 2002 (RJ 2002\4455).
- (96) Vegeu sobre aquesta qüestió PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Cuestiones sobre acuerdos sociales: allanamiento a la demanda de impugnación; revocación y ratificación; efecto de su falta de inscripción”, *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 2036.
- (97) Així, l'Audiència Provincial de Barcelona en la sentència de 26 gener 2009 (AC 2009\328) – els arguments tot i que es refereixen a l'article 115.3 TRLSA són igualment vàlids respecte de l'article 207.2 LSC – amb les paraules següents: “II) El art. 115.3 TRLSA dispone que ‘No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuere posible eliminar la causa de impugnación, el juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada’. Cabe, por ello, que la junta general, una vez adoptado un acuerdo, adopte otro posteriormente dejando sin efecto el anterior (supuesto de revocación), o bien un nuevo acuerdo que venga a sustituir el anterior, lo que

puede tener lugar, en uno y otro caso, con el designio de subsanar los vicios formales en que incurria o hubiera podido incurrir la adopción de ese acuerdo anterior, y en este sentido se habla de subsanación. Ello puede tener lugar antes de que se haya presentado la demanda de impugnación del acuerdo social anterior, pero también después, pues del citado precepto no resulta que la impugnación judicial de un acuerdo social deba petrificar la voluntad de la sociedad manifestada en la junta general con el efecto de impedir la rectificación, revocación o sustitución del acuerdo, mediante la válida convocatoria y celebración de una nueva junta que no padezca los vicios que justificaron la impugnación del acuerdo anterior. Si así sucede, la actuación social convalidatoria o subsanatoria tendrá en el litigio de impugnación la repercusión que deriva del art. 22 LEC, referido a la satisfacción extraprocésal y a la carencia sobrevenida de objeto. De este modo, el art. 115.3 TRLSA, al declarar no impugnabile un acuerdo que ha sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, evita la judicialización de un conflicto societario cuando es posible que un acuerdo sanable se depure, evitando un largo litigio, y de ahí la facultad que se concede al juez para acordar la suspensión del procedimiento de impugnación con tal finalidad, sin perjuicio de que la iniciativa de la convocatoria la tome la propia sociedad, sin necesidad de solicitar la suspensión del procedimiento, para luego, una vez celebrada la nueva junta general y adoptado válidamente el acuerdo convalidatorio o sustitutivo, manifestar al Juzgado que así se ha producido y, en su caso, solicitar la aplicación de la consecuencia prevista por el art. 22 LEC. III) Es cierto que el Tribunal Supremo (entre otras, en las Sentencias de 20 de octubre de 1998 y 21 de mayo de 2002) ha venido considerando que la ratificación, subsanación o convalidación de los acuerdos que prevé la norma societaria surtirán sus efectos cuando se haya producido antes de la interposición de la demanda judicial impugnatoria de los acuerdos tachados de nulos, pues, de no sostenerse esta interpretación, bastaría con que, una vez iniciado el proceso, se convocase una nueva Junta en la que se subsanasen los defectos concurrentes, para dejar sin contenido la demanda formulada, lo que entra en patente contradicción con el principio procesal de la *perpetuatio jurisdictionis* que obliga a resolver los litigios de acuerdo con la situación existente en el momento de interposición de la demanda. Pero se trata de un criterio interpretativo arraigado en el contexto procesal impuesto por la LEC derogada, de 1881, y que la nueva norma procesal obliga a revisar, pues conforme al art. 413 de la vigente LEC, si bien no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que,

después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, no obstante establece una excepción: cuando la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocésalmente o por cualquier otra causa, remitiéndose en este caso a lo dispuesto en el artículo 22, que regula la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto. Este resultado es el que, en principio, cabría aceptar en el caso de que, pendiente el litigio de impugnación, la sociedad dejara sin efecto el acuerdo o acuerdos impugnados o los sustituyera válidamente por otros, alcanzando así plena operatividad el art. 115.3 TRLSA, lo que evitaría la prosecución de un litigio y el dictado de una sentencia, referida a un acuerdo que jurídicamente ya no existe, porque ha sido revocado o sustituido válidamente por otro, que carecería de efectos prácticos y operaría en el vacío (sin perjuicio de la solución que se adopte en materia de costas procesales y, claro está, de la posibilidad de impugnación del nuevo acuerdo adoptado)”. També es van pronunciar en aquest sentit l'AAP de Santa Cruz de Tenerife de 13 febrer 2004 (AC 2004\718), la SAP de Barcelona de 26 octubre 2005 (JUR 2005\260123), la SAP de Barcelona de 14 desembre 2005 (JUR 2006\86009), l'AAP de Barcelona de 21 gener 2008 (JUR 2008\138898) i la SAP de Pontevedra de 13 març 2008 (AC 2008\947).

- (98) En *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 37a edició, 2015, pàg. 521.
- (99) En el cas result per la sentència de l'Audiència Provincial de Santa Creu de Tenerife de 13 febrer 2004 (AC 2004\718), el demandant va impugnar diversos acords del consell d'administració, el primer dels quals era la seva substitució com a president d'aquest consell. En el recurs d'apel·lació que va interposar contra la interlocutòria que va decretar l'arxiu de les actuacions perquè els acords impugnats havien estat substituïts, l'actor va sol·licitar que s'acordés continuar la tramitació del procediment i, en cas de no accedir-se a aquesta pretensió, que es deixés sense efecte la imposició de les costes processals per als seriosos dubtes de dret que presentava el supòsit objecte d'aquesta resolució. L'Audiència Provincial, conscient que l'esmena dels acords socials quan ja s'ha iniciat el procediment d'impugnació ha estat una qüestió controvertida, va estimar en part el recurs i va revocar la interlocutòria apel·lada en l'únic sentit de deixar sense efecte la imposició de costes



a la part actora per la "existencia de serias dudas de derecho dimanantes del debate jurídico suscitado".

- (100) Això no obstant, CABALLOL I ANGELATS va afirmar, referint-se a l'article 115.3 TRLSA: "La posibilidad de que sea el juzgador quien acuerde de oficio la suspensión y otorgue un plazo para adoptar un nuevo acuerdo no es viable. La puesta en práctica de esta facultad exige buena disposición por parte de la sociedad demandada. Faltando ésta, el fracaso de la iniciativa está asegurado" (op. loc. cit., pàg. 1192).
- (101) Així, QUIJANO GONZÁLEZ, "La reforma del régimen de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", loc. cit., pàg. 102.
- (102) Vegeu CALAZA LÓPEZ, op. cit., pàg. 260.
- (103) Així es va apreciar a la SAP de Lleó de 25 octubre 2012 (AC 2012\1577).
- (104) Cal entendre que quan la llei utilitza el terme "jutge" és perquè només es vol referir als òrgans jurisdiccionals unipersonals. Si hagués volgut incloure els òrgans jurisdiccionals pluripersonals, hauria emprat la paraula "tribunal". Actualment, s'ha de destacar en suport d'aquesta interpretació que en el darrer paràgraf de l'apartat IV de l'exposició de motius de la llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, es fa l'aclariment següent: "I sense incórrer en exageracions d'exactitud, s'opta per referir-se a l'òrgan jurisdiccional amb el terme 'tribunal', que, parlant pròpiament, no diu res del caràcter unipersonal o col·legiat de l'òrgan".
- (105) En l'acte de 29 maig 2003 l'Audiència Provincial de Barcelona no va estimar esmenats els defectes denunciats en els acords que van ser objecte d'impugnació per la recurrent i va decidir la prossecució del procediment des del moment en què va ser acordat el sobreseïment, el qual es va deixar sense efecte (JUR 2004\14339).
- (106) Vegeu sobre aquesta qüestió PAZ-ARES, "Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables", loc. cit., pàg. 293.
- (107) RJ 2012\1249.
- (108) Consideren que la substitució es verifica amb eficàcia retroactiva PAZ-ARES, "Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables", loc. cit., pàg. 289 sg.; URÍA GONZÁLEZ, MENÉNDEZ MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, op. cit., pàg. 328; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2010, pàg. 683; JIMÉNEZ DE PARGA, "La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la sociedad anónima", *Estudios de Derecho*

Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, València, 1995, pàg. 1816; CABALLOL I ANGELATS, op. loc. cit., pàg. 1.188; F. SÁNCHEZ CALERO, op. cit., pàg. 385; VICENT CHULIÀ, en *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1r, José María Bosch editor, Barcelona, 1991, pàg. 615, i a *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pàg. 732; i CALAZA LÓPEZ, op. cit., pàg. 249.

- (109) "Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables", loc. cit., pàg. 289.
- (110) Vegeu, F. SÁNCHEZ CALERO, op. cit., pàg. 377, nota 68.
- (111) Així PAZ-ARES, "Renovación y retroacción. Reflexiones sobre la regularización de acuerdos impugnables", loc. cit., pàg. 290.
- (112) Segons el penúltim paràgraf de l'article 2377 del Codice civil: "l'anul·lació de l'acord no pot tenir lloc si l'acord impugnat és substituït per un altre d'adoptat d'acord amb la llei i els estatuts".
- (113) Vegeu CIAN, G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, a cura di Giorgio Cian, vuitena edició, Cedam, Pàdua, 2007, pàg. 2688. Ja va sostenir això fa anys prestigiosa doctrina italiana com FERRI, *Le società*, Trattato di Diritto civile italiano, vol. 10, t. 3, primera edició, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torí, 1971, pàg. 482.
- (114) Malgrat la seva imprecisió, ROYO MARTÍNEZ té el mèrit d'haver estat un dels primers autors a posar de manifest la conveniència de trencar amb el dilema a què al·ludeixo en el text referint-se als contractes ("Transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno", *RGLJ*, 1945, 2, pàg. 154 i 159 sg.).
- (115) Vegeu ALCALÁ DÍAZ, a *El derecho de impugnación del socio en la sociedad anónima cotizada*, Ed. La Ley, Madrid, 2006, *passim*, en particular les pàg. 72, 94, 96, 101; i a "Revisión del derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la junta general y tutela de la minoría en la sociedad cotizada", *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de Gobierno y Mercados)*, t. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pàg. 652 sg.
- (116) Vegeu sobre aquest tema DE LA OLIVA SANTOS, "¿Debe limitarse el derecho de impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas cotizadas?", *RDBB*, núm. 104, octubre-desembre 2006, pàg. 163 sg.
- (117) La filosofia que presidia el règim especial de nul·litat dels acords socials era limitar les possibilitats d'impugnació i procurar que s'ha de substanciar amb rapidesa (*sic*, VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, cit., pàg. 607).

(118) Es pot consultar sobre aquest aspecte, J. SÁNCHEZ-CALERO, "Propuesta de revisión de la Impugnación de Acuerdos (Especial referencia a las sociedades cotizadas)", *La Junta General de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*, F. Rodríguez Artigas, I. Farrando Miguel, F. González Castilla, R. Tena Arregui (coordinadors), primera edició, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pàg. 414.

(119) Segons J. SÁNCHEZ-CALERO: "en las sociedades cotizadas españolas no asistimos a un uso excesivo ni siquiera frecuente, del derecho de impugnación [...] Esa escasez de impugnaciones tiene razones diversas, siendo una de ellas, sin duda, que el control y la transparencia a los que está sometida toda sociedad cotizada restringen sustancialmente la posibilidad de que se adopten acuerdos impugnables" (op. loc. cit., pàg. 409).

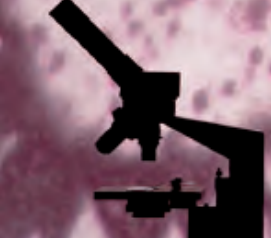
(120) Vegeu BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. loc. cit., pàg. 377; i, referint-se a Alemanya als coneguts com "accionistas ladrones" (*räuberische Aktionäre*), JUAN Y MATEU, "La reforma de la Aktiengesetz alemana por la UMAG de 22 de septiembre de 2005", *RdS*, 2005-2, n. 25, pàg. 200.

GARCÍA DE ENTERRÍA cita diversos exemples en què el dret d'impugnació es va exercir per raons oportunistes o estratègiques, de manera abusiva ("La impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica", loc. cit., pàg. 29 sg.).

GARCÍA GARCÍA observa que en la pràctica judicial també es detecta que en algunes ocasions s'arriba al procés d'impugnació d'acords socials per aconseguir determinats fins particulars ("Impugnación de acuerdos sociales: Experiencia judicial", *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Directors: Fernando Rodríguez Artigas, Ignacio Farrando Miguel, Rodrigo Tena Arregui, Coordinador: Joaquín Castañer, Academia Matritense del Notariado, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pàg. 42).

(121) En aquest sentit es va manifestar GIRÓN TENA amb les paraules següents: "En nuestro Derecho no hay ninguna norma que tienda aquí también a evitar la permanencia indefinida de una causa de nulidad. Pero en caso de defecto formal, no hay ningún inconveniente en la sustitución del acuerdo por otro sobre la misma materia, pero adoptado en forma válida" (*Derecho de sociedades anónimas*, cit., pàg. 329).

(122) Sobre aquesta qüestió PAZ-ARES va afirmar, referint-se a l'article 115.3 TRLSA: "De no haber mediado esta voluntad de innovación, no habría hecho falta el precepto, puesto que la posibilidad de la renovación no retroactiva está siempre al alcance de la mano. En



consecuencia, salvo que entendamos que se trata de una norma redundante, hemos de atribuir a la sustitución efectos retroactivos" (op. loc. ult. cit., pàg. 290).

(123) Penso que és difícil sostenir el contrari al nostre país, a diferència del que passa a Alemanya, segurament perquè en el Dret teutó la figura equivalent a la substitució d'acords socials del Dret espanyol es configura com un mecanisme de confirmació de l'acord social impugnabla d'una manera una mica confusa. Sobre l'estat d'aquesta qüestió en la doctrina alemanya es pot consultar HÜFFER, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, cit., pàg. 1517.

(124) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA afirma, referint-se a la tècnica de la substitució d'acords: "los efectos de los acuerdos adoptados tras la nueva convocatoria se producen ex tunc, es decir, retroactivamente, con el corolario de ocupar el lugar de los anteriores, asumiendo los efectos que éstos venían operando" (*Derecho de sociedades*, cit., pàg. 683).

(125) En aquest aspecte JIMÉNEZ DE PARGA va insistir en manifestar: "La regularización del acuerdo hay que verla en la línea restrictiva del mismo, con la finalidad de que dicha operación produzca efectos retroactivamente (ex tunc). Ello es lo que da coherencia al régimen de regularización de acuerdos, pues

la misma extendería sus efectos de manera beneficiosa no solamente para el acuerdo en sí sino, también, para los actos o negocios jurídicos consecuencia de aquél" (op. loc. cit., pàg. 1816).

(126) Vegeu sobre aquest aspecte la STS de 23 febrer 2012 (RJ 2012\5288).

(127) RJ 2002\2414. Altres Resolucions que s'han pronunciat en aquest mateix sentit són d'1 de desembre 1994 (RJ 1994\10016), de 3 abril 1997 (RJ 1997\3588) i de 2 setembre 1998 (RJ 1998\6594). A la STS de 3 d'octubre 2008 (RJ 2008\5671) se cita expressament la RDGRN d'1 de desembre 1994 i se sosté que un nou acord amb idèntic objecte que un altre d'anterior "ha de surtir efectos ex nunc, esto es, a partir de la fecha de su adopción, y no retroactivos o ex tunc, desde la fecha en que se adoptó el anterior, como había sido normal en caso de que estuviéramos ante un supuesto de convalidación". Vegeu també la STS de 23 gener 2006 (RJ 2006\256).

(128) Així mateix en sentit crític CALAZA LÓPEZ, op. cit., pàg. 249.

(129) JUR 2004\30720.

(130) Es pot consultar sobre aquest tema GÓMEZ PORRÚA, "La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital", *Libro Homenaje al*

profesor Fernando Sánchez Calero, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 1.927 sg.; i SUÁREZ GONZÁLEZ, "Arbitraje y Derecho de sociedades", *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 2058.

(131) RJ 1998\2984

(132) Van comentar aquesta sentència GÓMEZ PORRÚA, op. loc. cit., pàg. 1927 i 1952 sg.; i MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES, "La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje", *Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, pàg. 1985 sg.

(133) En aquest sentit RODRÍGUEZ ROBLERO, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, pàg. 306 y 307; i CARAZO LIÉBANA, *El arbitraje societario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pàg. 155.

(134) Sic, RODRÍGUEZ ROBLERO, op. loc. cit., pàg. 305.

(135) Vegeu RODRÍGUEZ ROBLERO, op. loc. cit., pàg. 307.

(136) Sobre aquests aspectes es pot consultar QUIJANO GONZÁLEZ, "La reforma del régimen de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades", loc. cit., pàg. 94.

Configuració convencional internacional i constitucional del dret a un habitatge digne i adequat

Josep M^a Fugardo Estivill
Notari honorari

“Car la maison est notre coin du monde. Elle est -on l’a souvent dit- notre premier univers. Elle est vraiment un cosmos. Un cosmos dans toute l’acception du terme”.

G. Bachelard (La poétique de l’espace, 1961: 32).

1. INTRODUCCIÓ ⁽¹⁾

L’objecte d’aquest treball se centra en l’examen de la doctrina convencional internacional i constitucional sobre el dret a un habitatge “digne i adequat”. Sens perjudici del tractament autònom d’aquesta matèria, aquest treball complementa l’estudi publicat pel mateix autor en el número anterior de la revista titulat: “El dret a l’habitatge en el dret convencional, internacional i comunitari”.

Les convencions i els pactes internacionals, el Dret europeu i comunitari, l’article 47 CE, els estatuts d’autonomia i nombroses normes legals fan referència a la promoció i al reconeixement del dret social a l’habitatge que adjectiven amb diverses expressions com “habitatge adequat”, “ha-



bitatge digne i adequat”, habitatge digne, adequat i assequible”, “habitatge digne, adequat, assequible, saludable (o salubre) i sostenible”⁽²⁾ o d’altres amb un sentit proper o semblant. Tots aquests qualificatius plasmen determinades idees clau que versen sobre les diverses maneres d’entendre i d’emfatitzar o destacar les característiques o elements bàsics de contingut que el dret a l’habitatge ha de satisfer. Com que les expressions habitatge “digne” i “adequat” són les més primigènies i consolidades,

sense desconèixer altres possibles variants, l’èmfasi se centra fonamentalment en el seu significat doctrinal en aquest àmbit. D’altra banda, interpretades en sentit ampli, ambdues expressions pràcticament engloben la resta de qualificatius.

En el moment històric actual, les qüestions sobre l’accés i l’assequibilitat de l’habitatge, la incidència en el medi ambient (crisi climàtica, de la biodiversitat i dels recursos, qualitat de l’aire, lluita contra la

contaminació)⁽³⁾, constitueixen reptes sociopolítics que tenen una rellevància espacial conceptual i programàtica. Aquests aspectes també estan vinculats amb l'urbanisme, la implantació de les ciutats intel·ligents i sostenibles (*Smart sustainable cities*)⁽⁴⁾ i l'anomenat "dret a la ciutat"⁽⁵⁾, i forma part de l'*Estretègia Espanyola de Sostenibilitat Urbana i Local (EESUL)* que es configura com un conjunt de principis, objectius, directrius i mesures d'aplicació efectiva dels quals ha de permetre avançar en la direcció d'una major sostenibilitat local⁽⁶⁾.

En resum, es pot afirmar que la qüestió de l'habitatge i el gaudi d'un habitatge que sigui digne i adequat constitueixen un punt de trobada en el qual conflueixen nombroses qüestions de política legislativa: de tinença, propietat, ús i gaudi d'un habitatge; de plantejament i gestió urbanística i territorial, d'ordenació de l'edificació, d'infraestructures i medi ambient; de protecció de les persones i la família; d'igualtat; d'atenció a la gent gran i la dependència; de telecomunicacions i mitjans audiovisuals; de finançament, de sistemes de pensions; de salut i sanitat; de prestació de serveis socials; i de polítiques redistributives⁽⁷⁾.

2. REFERÈNCIES CONVENCIONALS INTERNACIONALS AL DRET A UN HABITATGE DIGNE I ADEQUAT

Les referències a "l'habitatge digne i adequat" i al valor de la "dignitat", es preveuen en les fonts normatives internacionals següents⁽⁸⁾, que s'han d'interpretar i d'aplicar d'acord amb el que es preveu en el marc constitucional corresponent, convencional i legal (arts. 10.2 i 96.1 CE; art. 1.5 CC, art. 31 Convenció de Viena sobre el Dret dels Tractats (23 maig 1969)⁽⁹⁾ i art. 35.2 de la Llei 25/2014, de 28 de novembre, de Tractats i altres Acords Internacionals)⁽¹⁰⁾:

2.1. Dret convencional internacional

- *Declaració Universal de Drets Humans* (1948) (DUDH): L'article 25.1 DUDH diu que: "Tota persona té dret a un nivell de vida que assegurui, per a ell i la seva família, la salut i el benestar, especialment quant a alimentació, vestir, *habitatge*, assistència mèdica i als serveis socials necessaris;..." (è.a.)⁽¹¹⁾. També en el preàmbul i els articles



FITXA TÈCNICA

Resum: Examen de la doctrina convencional internacional i constitucional sobre el dret a un habitatge "digne i adequat". El Dret internacional, el Dret europeu, la Constitució, els estatuts d'autonomia i nombroses normes legals fan referència a la promoció i al reconeixement del dret social a l'habitatge digne i adequat. S'analitza el significat d'aquestes expressions com a maneres d'entendre les característiques o els elements bàsics de contingut que el dret a l'habitatge ha de satisfer.

Paraules clau: Dret internacional, Dret constitucional, habitatge, dret a l'habitatge, habitatge digne i adequat, habitabilitat, habitatge públic, habitatge sostenible, sensellarisme.

Abstract: Examination of the International and Constitutional Law regarding the right to "decent and adequate" housing. International Law, European Law, the Constitution, the statutes of autonomy, and numerous legal norms refer to the promotion and recognition of the social right to decent and adequate housing. The meaning of these expressions is analyzed as ways of understanding the characteristics or basic elements of content that the right to housing must satisfy.

Keywords: International Law, Constitutional Law, right to adequate housing, public housing, sustainable home, homelessness.

1, 22 i 23 de la DUDH, hi ha referències a la *dignitat* de la persona i a tots els membres de la família humana.

- *Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals* (1996)⁽¹²⁾ (PIDESC). L'article 11.1 estableix que: "Els Estats part en aquest Pacte reconeixen el dret de tothom a un nivell de vida adequat per a ell i per a la seva família, incloent-hi l'alimentació, el vestit i l'habitatge. I una millora contínua de condicions d'existència. Els Estats part hauran d'adoptar mesures adequades que assegurin l'efectivitat d'aquest dret, reconeixent a aquest efecte la importància essencial de la cooperació internacional basada en el lliure consentiment." (è.a.)⁽¹³⁾. En el preàmbul i en l'article 13 PIDESC (dret a l'educació), hi ha al·lusions a la dignitat de tota persona. Cal observar que el PIDESC "sigue siendo el tratado fundacional de los derechos económicos, sociales y culturales" (ONU, 2004: 5)⁽¹⁴⁾. El PIDESC va ser signat per Espanya el 28-9-1976 i ratificat el 3 d'abril 1977 (BOE 30-4-1977).

- *Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona* (1976) (CEDAW). Article 14: "2. Els Estats Parts adoptaran totes les mesures apropiades per eliminar la discriminació contra la dona en les zones rurals a fi d'assegurar en condicions d'igualtat entre homes i dones, la seva participació en el desenvolupament rural i en els seus beneficis, i en particular li asseguraran el dret a: [...] h) Gaudir de *condicions de vida adequades*, particularment en els àmbits de l'ha-

bitatge, els serveis sanitaris, l'electricitat i l'abastament d'aigua, el transport i les comunicacions." (è.a.). En el preàmbul de la Convenció es fa referència a la dignitat en relació amb el DUDH. El CEDAW va ser signat per l'Estat espanyol el 17 de juliol de 1980 i aprovat i ratificat el 16 de desembre 1983 (BOE 21 març 1984).

- *Convenció sobre els Drets de l'Infant* (1989) (CDN). Article 27: "1. Els estats membres reconeixen el dret de tots els infants a un *nivell de vida adequat* al seu desenvolupament físic, mental, espiritual, moral i social. [...] 3. Els estats membres, d'acord amb les condicions nacionals i segons els seus mitjans, han de prendre les *mesures apropiades* per ajudar els pares i les altres persones responsables de l'infant a fer efectiu aquest dret i, en cas de necessitat, han de donar ajut material i programes de suport, principalment pel que fa a la nutrició, el vestit i l'*habitatge*." (è.a.). En el preàmbul i els articles 23, 28, 37, 39 i 40 CDN es fa referència a la *dignitat* del nen inherent a la persona humana. La Convenció va ser signada per l'Estat espanyol el 26 de gener de 1990 i ratificada el 30 de novembre 1990 (BOE 31 desembre 1990)⁽¹⁵⁾.

- *Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat* (Nova York, 2006) (CP-DIS): "Article 28. *Nivell de vida adequat i protecció social*. 1. Els estats part reconeixen el dret de les persones amb discapacitat a un nivell de vida adequat per a elles i les seves famílies, la qual cosa inclou alimentació, vestit i *habitatge adequats*, i a la millora



continua de les seves condicions de vida, i han d'adoptar les mesures pertinents per salvaguardar i promoure l'exercici d'aquest dret sense discriminació per motius de discapacitat. 2..." (è.a.). En el preàmbul i en els articles 1, 3, 8, 16 24 i 25 CPDI es fa referència al respecte dels drets i a la dignitat inherent a totes les persones amb discapacitat. El CPDI va ser signat per l'Estat espanyol el 30 de març de 2007 i aprovat i ratificat el 23 de novembre de 2007 (BOE, 21 abril 2008).

- *Convenció relativa a l'Estatut dels Refugiats* (1951). Article 21: "Habitatge. En matèria d'habitatge, i en la mesura que estigui regit per lleis i reglaments o subjecte a la fiscalització de les autoritats oficials, els estats contractants concediran als refugiats que es trobin legalment en els seus territoris el tracte més favorable possible i en cap cas menys favorable que el concedit generalment en les mateixes circumstàncies als estrangers" (Instrum. d'adhesió de 22 juliol 1978, BOE 21 octubre 1978).

- *Conveni sobre pobles indígenes i tribals n. 169* (1989, OIT). L'article 16 preveu que, tret de les excepcions que procedeixin i amb les garanties i les compensacions i els drets que procedeixin, els pobles interessats no hauran de ser traslladats de les terres que ocupen, i l'article 21.2 preveu que hi ha d'haver una protecció eficaç en

matèria de contractació i de condicions d'ocupació en la mesura que no estiguin protegits de manera eficaç per la legislació aplicable als treballadors en general evitant discriminacions, entre elles, les que es refereixen "a totes les prestacions de seguretat social i altres prestacions derivades de l'ocupació, així com l'habitatge" (è.a.) (aprovat i ratificat el 28 gener 2007, BOE 8 març 2007).

- També hi ha altres convenis i nombroses declaracions i recomanacions internacionals sobre l'habitatge, el DAV i l'accés a aquest ⁽¹⁶⁾.

Entre els objectius ambiciosos de l'*Agenda 2030 per al Desenvolupament Sostenible* (Assemblea General ONU, 2015), entre els principis fonamentals dels quals hi ha el lema "no deixar a ningú enrere", l'objectiu de desenvolupament sostenible (ODS) n. 11 es titula "Aconseguir que les ciutats i els assentaments humans siguin inclusius, segurs, resilents i sostenibles" i el punt 11.1 estableix com a objectiu: "D'aquí a 2030, assegurar l'accés de totes les persones a habitatges i serveis bàsics adequats, segurs i assequibles i millorar els barris marginals" (è.a.). En el preàmbul i en la introducció de la declaració es fa referència a la igualtat i dignitat dels éssers humans i al caràcter fonamental de la dignitat humana ⁽¹⁷⁾.

- Les Conferències de les Nacions Unides sobre l'habitatge i el desenvolupament urbà sostenible (ONU-Hàbitat I, II i III, aquesta última celebrada a Quito, 2016) es refereixen al compromís polític dels Estats dirigits a assegurar la construcció de ciutats i assentaments humans equitatius, pròspers, sostenibles justos i segurs ⁽¹⁸⁾. Entre altres finalitats, a la *Declaració de Quito sobre ciutats i assentaments humans sostenibles per a tots* (20 octubre 2016, text referendat per l'Assemblea General de NN.UU en la seva seixanta vuitena sessió plenària del seu setantè primer període de sessions, el 23 de desembre de 2016), es preveu sobre l'objectiu progressiu del compromís d'aconseguir (è.a.): "la plena realització del dret a un habitatge adequat com a element integrant del dret a un nivell de vida adequat, sense discriminació,...", i facilitar "l'accés equitatiu per tots a la infraestructura física i social i els serveis bàsics, així com a un habitatge adequat i assequible".

La promoció pública estatal relativa a l'ús i l'accés a l'habitatge, es preveu a través del nou Pla d'Habitatge 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de març) que, comptant a partir del primer Pla de 1981-1983, és el número dotze, i l'Estratègia Nacional Integral per Persones Sense Llar 2015-2020, que estableix, per primera vegada, un marc de referència a nivell estatal per al seu suport

- Finalment, el document no vinculant (soft law document) denominat *Carta de Ginebra de Nacions Unides sobre Habitatge Sostenible* (CGIN) va ser aprovat per la Comissió Econòmica per Europa de les Nacions Unides (UNECE) ⁽¹⁹⁾, el 16 d'abril de 2015 (E/ECE/1478/Rev.1) i té per objecte assistir els Estats membres en els seus esforços per garantir un habitatge *digne, adequat, accessible i saludable* per a tots, posant èmfasi en la reducció de l'impacte del sector immobiliari en el medi ambient (ep. 9).

Per emfatitzar la significació normativa d'aquesta Carta, la Comissió esmentada utilitza com a referència històrica l'exemple de la *Carta Magna*, redactada originàriament per l'arquebisbe de Canterbury el

1216 i que fins la seva confirmació pel rei Eduard I, el 1297, no tenia força de llei ni imposava cap obligació al poder públic, però va tenir un paper rellevant en la definició dels drets civils, com el de ser jutjat per un jurat, i la seva contribució positiva sobre el reconeixement i la definició dels drets de les persones.

Segons la Comissió, els avantatges que en el moment actual ofereix un document convencional no vinculant, com la CGIN, es troben en els punts següents (2016: ep. 14)⁽²⁰⁾:

a) A vegades, els documents vinculants no incentiven l'adopció o la ratificació del Pacte pels Estats part perquè no seva no-aplicació pot comportar-los responsabilitats o que acordin el seu compliment en termes mínims;

b) La Carta conté principis generals, la qual cosa és rellevant des d'una perspectiva a llarg termini; i

c) La Carta ofereix uns fonaments duradors i permet que els Estats part adoptin les seves polítiques legislatives segons els seus interessos específics i en consideració al seu context i mitjans disponibles.

2.2. Espera regional i comunitària

Les referències a l'habitatge es troben presents en diverses normes i àmbits europeus de Dret primari i derivat, com les Directives, entre elles les relatives a la protecció dels consumidors i sobre clàusules abusives (totes dues en fase de revisió)⁽²¹⁾, i sobre eficiència energètica, així com en determinades resolucions del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) i el Parlament Europeu (PE).

Especialment cal referir-se a les normes següents:

- *Carta Social Europea* (CSE) (Consell d'Europa, Torí, 1961). "Artículo 16. *Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica*. Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a *fomentar* la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de vivien-



das adaptadas [è.a.] a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras *medidas adecuadas* [è.a.]". La CSE de 1961 és un tractat multilateral, obert a la signatura i ratificació dels Estats part membres del Consell d'Europa. La Carta va ser signada per l'Estat espanyol el 27 d'abril de 1978 i ratificada el 6 de maig de 1980, BOE 26 juny 1980 i el protocol adicional de 1988 també va ser signat i ratificat, BOE 25 abril 2000)⁽²²⁾.

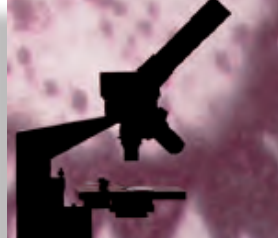
La carta preveu un sistema de ratificació, valgui la redundància, "a la carta". Aquesta particularitat permet que els Estats ratificants puguin adaptar els seus compromisos en funció del nivell de protecció jurídica dels drets socials segons el seu propi sistema i puguin progressar en l'ampliació de drets socials previstos a la carta a mesura que així ho decideixin. En el cas espanyol, cal observar que, amb la sola exclusió de la denúncia de l'article 8 (4) (b) d'aquesta Carta, amb efectes a partir del 5 de juny de 1991 (BOE 10 maig 1991), l'Estat espanyol va acceptar tot el contingut de la Carta⁽²³⁾.

- *Carta Social Europea revisada* (Estrasburg, 1996, STE n. 163). La Carta de 1961 feia referència a 19 drets socials. A l'any 1996 es va revisar i ampliar el seu contingut. El nou text afegia nous drets, modifi-

cava alguns dels ja existents i incorporava el protocol adicional de 1988, que ja havia introduït quatre drets nous a la Carta primitiva. La CSE revisada abasta un total de 31 drets socials i ofereix un nivell de protecció social molt més elevat⁽²⁴⁾. A mesura que les parts signants s'incorporen al nou text, la CSE de 1996 substitueix el text anterior. La Carta Social Europea evidencia la voluntat comunitària d'aconseguir un mercat interior amb dimensió social. L'Estat espanyol ha signat la carta i es troba pendent la ratificació⁽²⁵⁾. En el Dret espanyol la CSE ha merescut un reconeixement limitat, però molts drets previstos han inspirat i s'han incorporat a la CDFUE⁽²⁶⁾ i això comporta que, d'una manera o altra, nombroses normes promulgades prevegin aquests drets⁽²⁷⁾.

Entre altres referències, la CSE diu especialment sobre el dret a l'habitatge (è.a.):

- En relació amb els col·lectius següents: "Dret de les persones discapacitades" amb la finalitat de "garantizar a las personas minusválidas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía, el ejercicio efectivo del *derecho a la autonomía*, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: [...] "permitirles acceder a los transportes, a la *vivienda*, y a las actividades culturales



y de ocio" (art. 15.3); en referir-se a "Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica", amb previsió de "apoyo a la construcción de *viviendas adaptadas* a las necesidades de las familias" (art. 16); i al "Derecho de las personas de edad avanzada a protección social", amb previsió de "permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida [...] mediante: a) la disponibilidad de *viviendas adaptadas* a sus necesidades y a su estado de salud o de *ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda*;..." (art. 23).

- En referir-se al "Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social", amb el compromís "en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la *vivienda*, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, ..." (a.a.) (art. 30);

- Finalment, com a norma més rellevant pel seu abast general, l'article 31 ("Dret a l'habitatge") preveu el compromís de les parts signants d'"adoptar medidas" destinades a garantir l'exercici efectiu del DAV com segueix: "1. a favorecer el acceso a la *vivienda* de una calidad suficiente; 2. a prevenir y paliar la situación de *carencia de hogar* con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. a hacer asequible el pre-

cio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes" (è.a.).

En resum, la part I de la nova CSE estableix que (è.a.) "Las Partes reconocen como *objetivo de su política*, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que *puedan hacerse efectivos los derechos* y principios siguientes: ...". Entre aquests drets es troba la previsió següent: "31. Toda persona tiene derecho a la vivienda.". La part II de la CSE estableix que "Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes". En aquesta part es troba el text de l'article 31 esmentat.

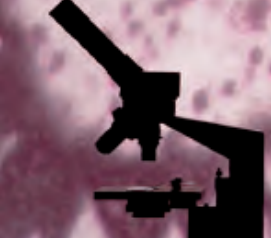
La part III comprèn els articles A i B. En el que aquí interessa ressaltar, l'article A.1, es refereix a les "obligacions" de cadascuna de les parts que es compromet: "a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados..."; a considerarse obligada a almenys sis dels nou articles de la part II (entre els quals no es troba l'article 31); i a "a considerarse obligada por el número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de

los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados"; i en qualsevol altre moment la part podrà addicionar qualsevol altre article o paràgraf numerat de la part II de la carta que no hagués acceptat anteriorment. L'article B disposa sobre els vincles amb la Carta Social Europea i el Protocol Adicional de 1988, en el sentit que continua vigent la vinculació amb els textos anteriors, que l'Estat part s'hagués obligat i hagi acceptat de les obligacions de qualsevol disposició d'aquesta Carta tindrà com a conseqüència que, a partir de la data d'entrada en vigor d'aquestes obligacions, queda sense efecte la vinculació esmentada.

En resum, la part I de la nova CSE estableix que (è.a.) "Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes:..."

- Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE⁽²⁸⁾). "Artículo 34 *Seguridad social y ayuda social*. 1. [...]. 2. [...]. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una *ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna* a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales" (è.a.). La norma fa referència als drets socials programàtics⁽²⁹⁾. El Dret de la UE pot incidir en qüestions relacionades amb el mercat comú (art. 114.1 TFUE) i relatives a la protecció dels consumidors que s'ha de basar en "un nivell de protecció elevat" (art. 114.3, i art. 169.1 TFUE). Tot això, a més del que es preveu especialment a l'article 34 CDFUE que possibilita l'actuació en aquest àmbit (art. 4.2, lletres a i f TFU) i en altres concurrents (p. ex., eficiència energètica i accessibilitat en edificis).

Des d'una visió de conjunt, en general, sens perjudici de les seves diferents regulacions i previsions, amb ESPEJO JACKIK



(2009: 219), cal posar de relleu que, en el dret a l'habitatge (DAV), importa “el respeto, garantía y satisfacción de niveles adecuados de habitabilidad, acceso a servicios, asequibilidad y seguridad de la tenencia”, tot això orientat a afavorir:

a) Grups humans i famílies vulnerables o necessitats de prestacions socials per accedir a l'habitatge en les seves diverses modalitats;

b) “Grupos humanos que ameritan una protección especial, como sucede, con las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, refugiados políticos y otros”; i

c) Un entorn adequat sostenible i lliure de contaminació, amb serveis públics (p. ex., recintes educatius o serveis sanitaris propers) que permetin “humanizar las relaciones familiares, vecinales y comunitarias”.

D'altra banda, els tractats i pactes esmentats evidencien la necessitat que l'habitatge sigui adequat o apropiat i pugui garantir una existència digna a totes les persones, especialment, respecte aquells col·lectius més necessitats de protecció o que es puguin trobar en situació d'exclusió social o residencial.

- *Parlament Europeu*. Entre els pronunciaments recents, la Resolució del Parlament Europeu, de 10 d'octubre de 2019, sobre ocupació i polítiques socials a la zona euro (2019/2111(INI)), afirma que, “el acceso universal a una asistencia sanitaria y a una vivienda asequible y de calidad es una necesidad básica para la sociedad” (Cnt. T) (è.a.); “la escasez de viviendas adecuadas y asequibles sigue siendo un problema cada vez mayor en muchos Estados miembros; [...] (è.a.) en 2017 uno de cada diez europeos destinó el 40 % o más de la renta familiar a gastos de viviendas” (AH); i es demana a la Comissió “que proponga un marco europeo para la vivienda social y asequible a fin de coordinar con eficacia las políticas de los Estados miembros” (apt. 33) (è.a.)⁽³⁰⁾.

3. EL DRET A GAUDIR D'UN HABITATGE EN EL MARC CONSTITUCIONAL

Els articles 47, 50 i 148.1.3a CE fan referència expressament a l'habitatge. Per



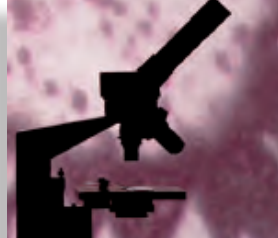
fer memòria, el primer d'aquests articles diu que: “Tots els espanyols tenen dret a un *habitatge digne i adequat*. Els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les *normes pertinents per tal de fer efectiu aquest dret*, i regularan la *utilització del sòl d'acord amb l'interès general* per tal d'impedir l'especulació. La *comunitat participarà en les plusvàlues* que generi l'acció urbanística dels ens públics.” (è.a.). Aquest article atorga dimensió pública i social a la qüestió de l'habitatge⁽³¹⁾. Al seu torn, en relació amb l'atenció dels “ciutadans durant la tercera edat”, l'article 50 estableix que els poders públics “promouran el benestar mitjançant un sistema de serveis socials que atendran els problemes específics de salut, habitatge, cultura i lleure” (è.a.); d'altra banda, respecte els “disminuïts físics, sensorials i psíquics”, la referència indirecta a l'habitatge es dedueix de l'article 49 CE.

Finalment, en matèria d'atribució de competència legislativa, estatal o autonòmica, l'article 148 CE, preveu que “1. Les comunitats autònomes podran assumir competències en les matèries següents: 3a. Ordenació del territori, urbanisme i habitatge”⁽³²⁾. La referència conjunta a les tres matèries esmentades evidencia que difícilment es pot legislar sobre la problemàtica general de l'habitatge si, al mateix temps,

no es produeixen actuacions coordinades suficients, eficients i adequades relatives a l'ordenació del territori i l'urbanisme i la política del sòl. Les competències legislatives es preveuen en les previsions estatutàries corresponents i es desenvolupen en nombroses normes legals i reglamentàries, tant de rang estatal com autonòmic, relatives al dret a l'habitatge i altres matèries vinculades.

En relació amb l'element objectiu del dret, l'article 47 CE supera el concepte d'habitatge considerat únicament com a objecte de la propietat privada per passar a ser considerat un dels elements bàsics per a l'existència humana: Això no només té a veure amb la regulació del sòl i el seu afegit, l'edificació o l'habitatge, sinó també amb el conjunt de circumstàncies que han de concórrer perquè l'ús i el gaudi del bé es refereixi a un habitatge que sigui “digne i adequat”.

Com afirmen A. GARCÍA MARTÍNEZ ET AL (2017), el gaudi com a objecte del dret “incluye la regulación del conjunto de elementos que, junto al inmueble, permiten hacer efectiva la consideración de la vivienda como digna y adecuada (urbanización, servicios, seguridad, condiciones higiénicas, etc.), siendo éste el elemento clave del derecho, con independencia del título en virtud del cual se disfrute la vivi-



enda (propiedad, arrendamiento u otro). La consecuencia es doble. Por una parte, el tratamiento de la vivienda como función pública y no como objeto exclusivo del Derecho privado; por otra, la consideración de que del art. 47 se deriva la necesidad de abordar una política social en materia de vivienda como fórmula para que importantes sectores de la población, con recursos económicos limitados, puedan acceder a una vivienda digna". D'altra banda, com L. MARTÍN-RETORTILLO (2017) observa "la fórmula [prevista en el artículo 47 CE] no puede ser más expresiva y, diríamos, generosa", ja que "implica ya unas exigencias de cierta calidad, de modo que no valdrá cualquier cosa, sino que se auspician unos contenidos mínimos para entender que se trata de lugar adecuado en que organizar la vida"; així mateix, el precepte "ofrece una cierta elasticidad y no hay una fórmula única", cosa que deixa oberta la porta a "las diversas soluciones posibles".

Per a M. BASSOLS COMA (1984: 326), aquests conceptes són "indeterminados y elásticos, destinados a legitimar una serie de intervenciones del poder público en aras a la consecución de estas dos capitales aspiraciones", i les nombroses disposicions i exigències creixents en tot ordre previstes en el Dret positiu en són una bona prova (p. ex. conjunt de normes le-

gals que es troben en els anomenats "Codi de..."; que es refereixen a normes de Dret Urbanístic Estatal i de les diferents CC.AA.; de l'Habitatge de l'Estat i de les diferents comunitats autònomes; de Propietat Horitzontal; d'Habitatges de Protecció oficial –normativa estatal i autonòmica–; de Medi Ambient; de Mercat Bancari; Codi Tècnic de l'Edificació; etc.).

L'article 47 CE fa referència a "un" habitatge, generalment, l'habitatge familiar, residència o domicili habitual o llar principal de la persona i la seva família que, en la legislació de Dret civil familiar, successori, concursal, tributari, d'habitatges de protecció oficial, etc., és el que és objecte d'una tutela especial i protecció jurídica en relació amb els actes relatius a la seva adquisició, tinença, alienació, disposició i gravamen. En funció dels diferents "Codis" i normes legals aplicables a l'habitatge, és a dir, en consideració a la diversa legislació constructiva, civil, urbanística, administrativa, etc., els possibles tipus d'habitatge i la naturalesa del dret possessori, poden ser múltiples i diversos (p. ex. (habitatge urbà, rústic; col·lectiu, en règim de propietat horitzontal o comunitari, unifamiliar, bifamiliar o plurifamiliar: de mercat lliure o de protecció pública; en propietat, arrendament, o en virtut de qualsevol altre títol –real o obligacional– que atorgui al seu

titular legítim el dret possessori del seu ús o gaudi;...).

Pel que fa als *elements subjectius* esmentats en l'article 47 CE, la norma té en compte dos tipus de destinataris ⁽³³⁾:

a) En el *costat actiu*, el dret es reconeix a "tots els espanyols". *Quid* respecte dels ciutadans estrangers? Sobre això, la CE distingeix entre la dignitat de les persones que tenen caràcter universal i els drets dels estrangers que "gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el títol present en els termes que estableixin els tractats i la llei" (art. 13.1. CE). D'acord amb abundant doctrina constitucional, en resum, cal afirmar el següent: la titularitat i l'exercici dels drets fonamentals dels estrangers a Espanya s'ha de deduir dels preceptes que integren el títol I, interpretats sistemàticament; "depende del derecho afectado" (STC 107/1984, de 23 de novembre, FJ 4); i, de les regles de l'article 13 CE (STC 236/2007, de 7 novembre, FJ 3).

En conseqüència: a) hi ha drets que corresponen de la mateixa manera als espanyols i estrangers sense que en aquests casos sigui admissible un tractament desigual entre espanyols i estrangers (entre altres, SSTC 107/1984, de 23 novembre; 236/2007, de 7 de novembre; 137/2000, de 29 de maig, 259/2007, de 19 desembre); b) hi ha certs drets polítics que es refereixen exclusivament a ciutadans espanyols, amb l'excepció que contenen; finalment, c) hi ha certs drets que poden ser modulats en consideració a la situació administrativa dels estrangers en territori espanyol. En aquest cas, el legislador pot tenir en compte el requisit d'estada o de residència legal de l'estranger per a l'exercici del dret que procedeixi

En conseqüència: a) hi ha drets que corresponen de la mateixa manera als espanyols i estrangers (dret a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat, a la llibertat ideològica, a la tutela judicial efectiva, a

l'educació dels menors d'edat, a la no-discriminació, a la vaga, a la llibertat personal i la seguretat, etc.) sense que en aquests casos sigui admissible un tractament desigual entre espanyols i estrangers (entre altres, SSTC 107/1984, de 23 novembre; 236/2007, de 7 de novembre; 137/2000, de 29 de maig, 259/2007, de 19 desembre); b) hi ha certs drets polítics que es refereixen exclusivament a ciutadans espanyols, amb l'excepció que contenen (arts. 23 i 13.2 CE); finalment, c) hi ha certs drets que poden ser modulats en consideració a la situació administrativa dels estrangers en territori espanyol. En aquest cas, el legislador pot tenir en compte el requisit d'estada o de residència legal de l'estranger per a l'exercici del dret que procedeixi (STC 265/2007, de 20 de desembre, que reitera la doctrina de sentències anteriors).

D'acord amb aquesta doctrina constitucional, cal fer referència a les lleis següents:

- L'article 13 de la L. O. 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, estableix que els *estrangers residents* tenen dret a accedir als sistemes públics d'ajudes en matèria d'habitatge en els termes que estableixin les lleis i les Administracions competents; d'altra banda, els estrangers *residents de llarga durada* tenen dret a aquestes ajudes en les *mateixes condicions que els espanyols* ⁽³⁴⁾. També hi ha previsions especials, entre aquestes, en relació amb la reagrupació familiar i la disposició d'un habitatge adequat (art. 17.1.a) i la prohibició de discriminacions que afectin els estrangers que es trobin regularment a Espanya (art. 23.2.c) ⁽³⁵⁾.

- La Llei del sòl i rehabilitació urbana (RD. Leg. 7/2015, de 30 d'octubre), fa referència a l'estatut bàsic dels drets i deures dels ciutadans en matèria d'habitatge i d'ordenació territorial i urbanística, però no estableix previsions específiques en matèria d'estrangeria.

- Finalment, en les condicions previstes en la L. 14/2013, de 27 de setembre, de suport als emprenedors i la seva internacionalització, entre altres supòsits possibles, l'article 63 habilita els ciutadans estrangers a residir a Espanya (visat de residència per a inversors), a causa d'una inversió en l'adquisició de béns immobles, d'un valor igual o superior a 500.000 euros lliures de càrregues per cada sol·licitant ⁽³⁶⁾.



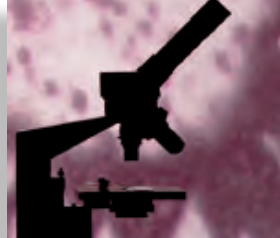
b) En el *costat passiu*, la càrrega del principi rector o directriu constitucional per fer efectiu aquest dret, rau en els "poders públics", és a dir, en les diferents administracions públiques competents en la matèria (Estat central, CC.AA, entitats locals i altres ens i institucions públiques) ⁽³⁷⁾. Com diu L. MARTÍN-RETORTILLO (2017) la referència als "poders públics" significa que "nos encontramos, en concreto con una pretensión objetiva, tutelada, y que fuerza a las Administraciones Públicas a tomar las medidas adecuadas para que resulte efectiva".

En l'ordre constitucional, el DAV no està configurat com un dret fonamental (STC 32/2019, Ple, de 28 de febrer, FJ 6), sinó que forma part dels anomenats "principis rectors de política social i econòmica" ⁽³⁸⁾. La configuració del DAV com a principi rector significa que, *prima facie*, manca d'efectivitat directa i immediata i "está diferida e intermediada por lo que disponga el legislador respetando la configuración realizada por el constituyente" (F. BALAGUER CALLEJÓN, 2013: 324) ⁽³⁹⁾; i tampoc no li és aplicable el que preveu l'article 53.1 CE en relació amb els drets i les llibertats reconeguts en el Capítol segon del Títol I CE (arts. 14 a 29).

No obstant això, malgrat el que s'ha exposat, cal relacionar o vincular el DAV amb

els drets fonamentals i principis rectors següents:

Amb el dret a la vida i a la integritat física i moral (art. 15 CE); la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge i la inviolabilitat del domicili, el secret de les comunicacions i l'ús de mitjans informàtics (art. 18 CE); la llibertat d'elecció de residència (art. 19 CE); l'educació (art. 27 CE); la salut (art. 43 CE); el gaudi d'un medi ambient adequat amb el desenvolupament de la persona (art. 45 CE); el dret al treball (art. 35 CE); la dignitat humana (art. 10.1 CE); la igualtat formal (art. 14 CE) i material (art. 9.2 CE); amb l'Estat social de Dret (art. 1.1 CE); amb la "protecció social, econòmica i jurídica de la família" (art. 39.1 CE); de les persones dependents i les persones majors (arts. 49 i 50 CE, respectivament); amb les ajudes a la reinserció a causa del retorn dels emigrants espanyols a l'estranger (art. 42 CE); amb el reconeixement del dret a la propietat privada i a la herència, sense que ningú pugui ser privat dels seus béns i drets, sinó per causa justificada d'utilitat pública o interès social i amb la corresponent indemnització i procediment legal (art. 33 CE); amb la defensa dels consumidors (art. 51 CE); la conservació del patrimoni històric-artístic (art. 46 CE); i també, amb la participació en la vida política (art. 9 CE) ⁽⁴⁰⁾.



L'acció dels poders públics en aquesta matèria també té un suport constitucional en relació amb: la "funció social" de la propietat (art. 33 CE); la possibilitat de sotmetre la llibertat d'empresa a les exigències de la planificació (art. 38 CE); la de reservar al sector públic recursos o serveis essencials (art. 128.2 CE); planificar l'activitat econòmica general per atendre necessitats col·lectives i el foment del desenvolupament regional (art. 131.1 CE); les polítiques redistributives (art. 40.1 CE); i amb el principi de la subordinació de tota la riquesa del país, en totes les seves formes i sigui quina sigui la seva titularitat, a l'interès general (art. 128.1 CE) ⁽⁴¹⁾.

Un sector de la doctrina propugna la modificació de l'article 53 CE amb la finalitat d'equiparar els drets econòmics, socials i culturals als drets civils i polítics i suprimir el que la doctrina alemanya anomena "la clàusula de la por", que busca prevenir el risc que els jutges entrin en criteris propis en les matèries de política social, emparant demandes que es basen exclusivament en el reconeixement constitucional d'aquests drets ⁽⁴²⁾.

L'avantatge que cal deduir d'aquesta equiparació és que, en termes polítics, econòmics i judicials, es produiria una major vinculació dels poders públics en

aquest àmbit, ja que, sens perjudici de la consideració de la ponderació d'interessos i l'aplicació del principi de proporcionalitat, s'hauria de garantir el contingut essencial del dret. En aquest sentit, el TC ha establert que "la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y, por tanto, también de los derechos fundamentales de las personas— viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Determinación que, desde otro ángulo metodológico no contradictorio ni incompatible con aquél, puede ser expresada como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo des-

pojan de la necesaria protección. (Sentència 11/1981, de 8 d'abril, fonament jurídic 10.)" (STC 37/1987, 26 març, FJ 2).

L'objecció principal que se sol oposar a aquest plantejament universalista es basa en l'inconvenient material o cost pressupostari derivat del contingut prestacional del dret. No obstant això, per referència a altres drets prestacionals del capítol II (p. ex., art. 25.2 CE), cal dir que l'exigibilitat directa d'aquests drets també ha estat garantida per la doctrina constitucional que els ha qualificat "d'aplicació progressiva", és a dir, es tracta de drets subjectes a la disponibilitat pressupostària corresponent, sense que puguin ser exigits totalment de manera immediata en el cas que realment hi hagi impossibilitat material de satisfer-los (a.e., STC 17/1993, de 18 de gener).

D'altra banda, davant els efectes dramàtics de la crisi immobiliària producte dels anys del boom (*real estate bubble*; *subprime mortgage crisis*), s'argumenta que cal considerar igualment aplicable en tots els supòsits d'afeccions sistèmiques greus de l'economia nacional, com afirma R. TENA (2016), convé tenir present que "garantir" el dret a l'habitatge no només planteja problemes "d'accés", sinó fonamentalment de "conservació", d'aquí que la seva inclusió com a dret fonamental no es pot fer sense la seva adequada configuració de manera que es fixin pautes clares d'interpretació del seu àmbit protegit. "Estas pautas —adverteix l'autor esmentat— deberían ir dirigidas a evitar su efecto disruptivo y sin compensación en las relaciones jurídico-privadas".

Encara que en la CE el dret a l'habitatge s'empari en un "principi rector", cal afirmar que la seva rellevància normativa, vinculant i pràctica no és, ni molt menys, menor ⁽⁴³⁾. Referent a això, cal exposar el següent:

1. En primer lloc, el mandat o directriu constitucional previst en l'article 47 CE ha d'informar de l'actuació dels poders públics, els quals estan "obligados a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (STC 32/2019, Ple, de 28 de febrer, FJ 6) (è.a.) i la jurisprudència constitucional és reiterada en el sentit que els principis rectors no són merament programàtics (a.e., STC 139/2016, 21 juliol) ⁽⁴⁴⁾. Com disposa l'article 53.3 CE, el reconeixement, el respecte

i la protecció dels principis reconeguts en el Capítol tercer “informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l’actuació dels poders públics”, la qual cosa impedeix “considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes” (STC 19/1982, de 5 maig, FJ 6; “o en otros términos, ‘al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 CE’ (STC 14/1992, de 10 de febrer, FJ 11)” (STC 233/2015, de 5 novembre, FJ 2).

La doctrina ha proposat una interpretació progressista del dret a l’habitatge a partir del mateix article 53.3 CE. Com diu F. LÓPEZ RAMÓN (2014:58), la norma esmentada només descarta el reconeixement dels “principis” establerts en el cap. III, tit. I CE com a drets subjectius, sense afectar els “drets” recollits, dins el capítol esmentat (dret a la salut ex art. 43; dret a la cultura ex art. 44; dret al medi ambient ex art. 45, i dret a l’habitatge ex art. 47). Certament, l’article 53.3 esmentat no permet la consideració directa com a drets subjectius dels principis economicosocials esmentats, però no és possible considerar que “no hay ninguna razón concluyente para entender que en esa ubicación constitucional sólo se contienen principios”. Aquesta tesi permet conciliar, “la negación de la acción judicial, que vendría limitada a los principios rectores (art. 53.3) y la afirmación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de ‘derechos e intereses legítimos’ (art. 24.1), pues en otro caso habría que justificar por qué razón podría haber situaciones jurídicas definidas como ‘derechos’ en la Constitución, pero excluidas de la tutela judicial concedida a todos los ‘derechos’ en la misma Constitución (arts. 53.2, 81.1 y 168.1)” (*ibdm.*: 62). La consideració d’aquesta tesi, que el TC no segueix en les seves decisions, conduiria a admetre que el “dret” proclamat té caràcter de dret subjectiu, que està garantit pel l’ordenament jurídic, i que és accionable.

En el Dret comparat, el iuspublicista alemany ERNST FORSTHOF (1938, 1959) va proposar el concepte de “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*), per referir-se a l’activitat creixent prestadora de béns i serveis per part de les Administracions públiques en la satisfacció de les neces-

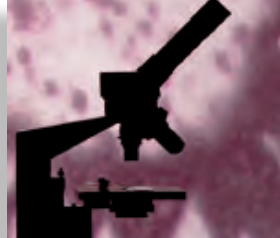


sitats primeries dels ciutadans ⁽⁴⁵⁾; i altres propostes doctrinals (L. FERRAJOLI, 1999; R. ALEX, 2007; G. H. J. VAN HOOFF, 1984; J. S. KURLAT AIMAR, 2018...), es refereixen a l’activitat dels Estats en matèria de la promoció i desenvolupament dels drets humans socials pel progrés social i el benestar col·lectiu.

En el nostre Dret, d’acord amb la STC 45/1989, de 20 de febrer, la naturalesa dels principis rectores “hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género [...], ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida. La necesidad de actuar siempre *toto systemate perspecto*, que el Abogado del Estado preconiza [...] y que llevada a su extremo privaría en gran parte, si no en todo, de fuerza al manda-

to constitucional, entendida en sus justos términos, no puede ser óbice para que se examine desde la perspectiva de éste una norma o un conjunto de normas que por sí solas determinan, en aspectos importantes, el régimen jurídico de la entidad protegida” (FJ 4).

D’altra banda, en reiterades ocasions, el TC ha afirmat que els *principis rectores* “constituyen elementos hermenéuticos de primer orden para delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (SSTC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5; 192/2003, de 27 de octubre, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 3, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 5)” (è.a.) [...]. “Por tanto, en la medida en que el art. 47 CE no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos, la regulación controvertida [Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la LEC, en relación con la ocupación ilegal de viviendas] no puede en ningún caso contravenir el mandato del art. 10.2 CE de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (esto es, los contenidos en los arts. 14 a 29, más la objeción de conciencia del art. 30.2) de conformidad con la Declaración universal de de-



rechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (STC 32/2019, Ple, de 28 de febrer, FJ 6).

2. En segon lloc, el significat del dret humà a l'habitatge segons el que es desprèn dels pactes, convencions i declaracions internacionals dels quals l'Estat espanyol forma part.

En relació amb el control de constitucionalitat dels textos internacionals, la STC 32/2019, Ple, de 28 de febrer, afirma que "Este Tribunal tiene reiteradamente declarado, y procede recordarlo una vez más, que la *utilidad hermenéutica de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España* (è.a.) para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, no convierte a tales instrumentos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. De suerte que una eventual contradicción por una ley de esos tratados no puede fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de esa ley por oposición a un derecho fundamental (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 236/2007, de 7 de noviembre,

FJ 5, y 140/2018, de 28 de diciembre, FJ 5, por todas)" (FJ 6).

Quan els articles 25.1 DUDH i 11 PIDESC "reconocen el derecho de las personas a un nivel de vida suficiente que les asegure, entre otros beneficios, una *vivienda adecuada*, es claro que *tales preceptos no reconocen un derecho subjetivo exigible*, sino que *configuran un mandato* para los Estados parte de adoptar medidas apropiadas para *promover políticas públicas* encaminadas a facilitar el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna." (è.a.) (STC. 32/2019, Ple, de 28 de febrer, FJ 6).

A la vista de la doctrina constitucional esmentada sobre l'article 47 CE (principi rector orientador; directriu constitucional; mandat als poders públics), es desprèn que "El principio se separa así del derecho, cuyo alcance en la práctica resulta remitido a la libre decisión del legislador" (F. LÓPEZ RAMÓN, 2014: 55). La justiciabilitat i l'exigibilitat del DAV com a dret fonamental oposable no està prevista, per la qual cosa en el Dret espanyol, d'acord amb la doctrina científica majoritària, es considera que sense la previsió legal corresponent i sense garanties de protecció, el DAV no és justiciable per ell mateix, ni hi ha un dret constitucional prestacional, la qual cosa implica que, en principi, a manca d'una norma que ho empari expressament, no

sigui possible interposar una acció exercida pels particulars per a l'obtenció directa de l'ús i el gaudi d'un habitatge digne i adequat.

No obstant això, això no significa que alguns aspectes del Dret puguin ser accionables per la seva connexió amb altres drets fonamentals ⁽⁴⁶⁾, o que determinades normes, de rang legal o autonòmic, estableixin sobre l'exigibilitat del dret. En aquests casos, un cop complerts els requisits legals previstos a aquest efecte, generalment vinculats a situacions d'emergència o de necessitat social, discapacitat, pobresa, o exclusió social o residencial, n'és possible el reconeixement directe (obligació de resultat) o indirecte (obligació de mitjans) ⁽⁴⁷⁾. Per exemple, la Llei [País Basc] 3/2015, de 18 de juny, d'habitatge, regula el dret subjectiu d'accés a l'ocupació legal d'un habitatge o l'allotjament protegit per totes les persones amb veïnatge administratiu en aquesta comunitat que, quan es trobin en supòsits determinats, puguin reclamar-ne el compliment davant l'Administració basca competent, i les resolucions que aquesta dicti es podran recórrer davant la jurisdicció contenciosa administrativa ⁽⁴⁸⁾.

D'altra banda, sens perjudici de la legislació estatal o autonòmica, en virtut de les competències pròpies en cada àmbit, sobre urbanisme, habitatge i altres matèries relatives a l'habitatge, a més de les previsions legals sobre protecció de l'habitatge habitual de la família en l'àmbit del Dret civil comú (de competència estatal), especialment en relació amb els actes d'ús, d'atribució i de disposició sobre els drets relatius a l'habitatge familiar o habitual, les comunitats autònomes amb Drets civils o especials propis, també poden legislar sobre l'habitatge d'acord amb les competències assumides en els àmbits del Dret familiar i successori i en la resta del seu Dret privat (149.1.8a CE).

3. En tercer lloc, cal tenir en compte el contingut i els efectes jurídics de les declaracions i les resolucions dels organismes i dels tribunals internacionals en els quals l'Estat espanyol es troba igualment integrat, en els termes, els efectes i la vinculació que resulten de la normativa específica o pacte aplicable en cada cas (art. 26 Convenció de Viena, art. 2.1 PIDESC).

En relació amb el DAV ex article 11 PIDESC l'Estat espanyol ha estat condemnat tres vegades pel Comitè de Drets

Econòmics, Socials i Culturals (CEDESC) per incompliment del seu contingut ⁽⁴⁹⁾; l'any 2015, per la manca d'accés efectiu als tribunals per protegir el dret a un habitatge adequat (I.D.G., assumpte E/C.12/55/D/2/2014, de 13.10.2015 ⁽⁵⁰⁾); l'any 2017, pel desallotjament d'una família arrendatària de resultes d'un procediment judicial iniciat per l'arrendadora propietària d'un habitatge privat (assumpte M.B.D. i N.B., E/C.12/61/D/5/2015, de 21.07.2017 ⁽⁵¹⁾); i l'any 2019, pel desallotjament de l'autora i els seus fills sense un judici de proporcionalitat per part de les autoritats i per haver denegat la sol·licitud de l'autora d'un habitatge públic sense tenir en compte la seva situació de necessitat i únicament per trobar-se ocupant un habitatge sense títol legal assumpte (assumpte E/C.12/66/D/37/2018, d'11.10.2019) ⁽⁵²⁾.

Malgrat que en el CEDH no hi ha una previsió explícita del DAH, en el Dret convencional europeu, per via indirecta, a l'empara de l'article 8 CEDH (Dret al respecte a la vida privada i familiar) ⁽⁵³⁾ i també per la seva vinculació amb altres drets com el dret a la vida (art. 2 CEDH), el dret a no ser sotmès a tractes inhumans o degradants (art. 3), el dret a un procés equitable (art. 6), el dret al respecte a la vida privada i familiar (art. 8), el dret a un recurs efectiu (art. 13), i la prohibició de discriminació (art. 14), i la protecció de la propietat (protocol addicional 1, art. 1), hi ha nombroses resolucions del TEDH que es refereixen a la protecció del dret a l'habitatge contra les ingerències públiques i privades arbitràries, les obligacions positives dels Estats, i la protecció, segons els casos, de propietaris, llogaters, usuaris de l'habitatge, minories i persones vulnerables (p. ex.: destrucció deliberada de l'habitatge, trasllats forçosos de domicili; registres domiciliaris no autoritzats; ordres d'expulsió del domicili; ocupació i depredació del domicili; expropiacions il·legítimes; problemes de l'entorn social i afeccions medi ambientals greus; etc.) ⁽⁵⁴⁾.

4. Finalment, en l'àmbit de la Unió Europea, cal tenir present la rellevància singular i l'eficàcia que es deriva a l'ordenament intern de l'aplicació del Dret europeu comunitari, que es basa en el principi de primacia del Dret de la Unió Europea ⁽⁵⁵⁾; i de la interpretació del Dret comunitari per les resolucions del TJUE que tenen caràcter vinculant per tots els òrgans judicials, la qual cosa és anterior, sens perjudici de



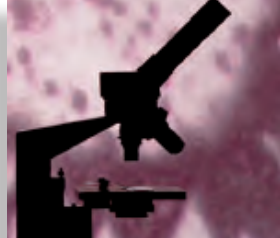
la possibilitat d'obrir un procediment d'infracció a l'Estat membre que incompleixi les obligacions que derivin de l'aplicació del Dret de la UE (arts. 258 i sg. TFUE) ⁽⁵⁶⁾.

Amb caràcter general, seguint R. PUNSET BLANCO (2017: 208): "el ordenamiento europeo vincula con idéntico grado de intensidad a todos los Estados de la Unión, de manera que ninguno de ellos puede fijar, aunque sólo sea para su exclusivo ámbito territorial, el sentido y alcance de las normas europeas". En este sentido, el ATS (S. 3ª), de 9 julio 2019, afirma que "la primacía del derecho comunitario abarca no solo el tenor literal de la norma comunitaria sino la interpretación que de la misma haya realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues dicha interpretación prevalece sobre cualquiera otra que pueda reconocerse a las normas nacionales destinadas a desarrollar una directiva" (FD 3.6). La no-aplicació de la interpretació imposada i establerta pel TJUE incorre en una interpretació desproporcionada i arbitrària de la norma aplicada en el procediment i, conseqüentment, vulnera el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) (v. STC 31/2019, de 28 febrer i Declaració TC 1/2004, de 13 desembre) ⁽⁵⁷⁾.

No obstant això, en relació amb l'article 34.3 DCFUE, segons el qual "la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda so-

cial y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales" (è.a.), com ja havia posat de manifest la doctrina ⁽⁵⁸⁾, cal dir que el TJUE reconeix que "En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13" (STJUE, S. 3a, de 10 setembre 2014, *Kušionová*, C34/13, ap. 65) (protecció dels consumidor en un procediment de desnonament d'un habitatge que és la seva residència principal en relació amb la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules abusives), però això no implica que hi hagi un dret "a l'habitatge".

Com ha dit el TC: "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha corroborado en su auto de 16 de julio de 2015, asunto C-539/14, § 49 ⁽⁵⁹⁾, que esta disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda, sino el 'derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda', en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea." (STC 32/2019, Ple, de 28 de febrer, FJ 6) (è.a.). Aquesta afirmació concorda amb la de les "Explicacions sobre la Car-



ta de Drets Fonamentals (2007/C 303/02)"⁽⁶⁰⁾, quan s'exposa minsament que aquest apartat "se inspira en el artículo 13 de la Carta Social Europea y en los artículos 30 y 31 de la Carta Social revisada, así como en el punto 10 de la Carta Comunitaria. La Unión debe respetar tal derecho en el marco de las políticas basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

En tot cas, malgrat el seu caràcter de principi rector, com que la satisfacció de les necessitats socials depèn de les decisions adoptades en matèria de política legislativa sempre que la voluntat política necessària per a tal fi es manifesti amb la intensitat requerida, el reconeixement efectiu del dret també es podrà aconseguir, sense comptar amb aquesta equiparació. D'altra banda, en el pla de la realitat econòmica financera, cal tenir en compte que els ingressos públics s'obtenen dels contribuents i són limitats, fet que comporta que les despeses públiques es trobin subjectes a les lògiques limitacions pressupostàries i que s'assignin segons les prioritats acordades pels òrgans legislatius competents.

El que s'ha exposat anteriorment evidencia la rellevància del disseny correcte de les *polítiques públiques* en matèria de la protecció dels usuaris, accés, finançament

i conservació de l'habitatge, i redistribució de rendes. Aquestes polítiques han de comptar amb els ajustos legals i controls financers adequats per prevenir i, al seu torn, pal·liar el sobreendeutament familiar i l'aparició de bombolles especulatives i crisis immobiliàries generadores de tot tipus de costos socioeconòmics i de situacions de conflicte i d'exclusió social⁽⁶¹⁾.

En matèria de provisió d'habitatges, en un sistema econòmic, social i polític (art. 1 CE), incardinat en una economia de mercat (art. 38 CE) que, juntament amb l'acció pública necessària, apel·la i compta amb la destacada funció proveïdora del sector privat, no es pot obviar que la seguretat jurídica i la interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE), el just equilibri de les contraprestacions pactades, el respecte exquisit de les regles del joc per tots els usuaris i operadors jurídics (Administracions públiques, propietaris, usuaris, arrendadors i arrendataris...), la protecció general de la propietat privada, la protecció i la indemnitat dels drets legítimament constituïts davant tota privació de béns i drets, usurpacions i abusos de dret (art. 33 CE), la celeritat de l'Administració de justícia (arts. 1, 121⁽⁶²⁾ i concordants CE); la protecció general dels usuaris i consumidors (art. 51 CE) i dels col·lectius dependents o vulnerables (arts. 49 i 50 CE) i un règim legal adequat d'accés

a habitatges socials, ajudes i subsidis (arts. 47, 49 i 50 CE), constitueixen aspectes fonamentals d'inexcusable consideració per part dels poders públics i sense els quals, en un "Estat social i democràtic de Dret" (art. 1.1. CE), les polítiques sobre l'accés i el foment del DAV poden quedar en entredit.

4. L'HABITATGE DIGNE

Les referències al valor o principi de la "dignitat humana" es troben en nombrosos pactes i convencions internacionals, en el text constitucional i en diversos Estatuts d'Autonomia⁽⁶³⁾. Segons el que s'ha exposat, l'article 34.3 CDFUE reconeix i respecta el dret a "una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes..."; i l'expressió "habitatge digne" es troba prevista en nombrosos textos convencionals. Per determinar el contingut doctrinal d'aquesta expressió, en primer lloc sembla convenient dedicar especial atenció al significat de la dignitat humana i, en segon lloc, fer referència a les causes subjectives i objectives que, en relació amb l'habitatge, poden incidir en el valor de la dignitat humana.

4.1. La dignitat humana

El concepte de dignitat no és fàcil de concretar i hi ha grans divergències al voltant de la seva definició, significat i implicacions ètiques i jurídiques. En la doctrina, G. FIGUEROA YÁÑEZ (2009: 134) adverteix que "el concepto de 'dignidad' es ambiguo, impreciso, etéreo, indefinido" i J. GOMÁ LANZÓN (2019: 17), afirma que "Lo que la dignidad sea se aprehende, no en la definición lógica ni en tratados discursivos, sino en la intuición directa de su esencia revelada en un ejemplo concreto de dignidad".

Etimològicament, *dignitat* deriva del llatí *dignitas* (perrogativa de la noblesa romana, autodeterminació, decòrum, respecte, mèrits, "dignitats" i atribucions socials). El DRAE es mostra lacònic, ofereix poques pistes sobre el seu sentit ontològic i preveu els significats indicats; "dignitat" fa referència a la qualitat de digne (mereixedor d'alguna cosa; dit d'una cosa, l'adjectiu *digne* significa: "Que es pot acceptar o usar sense descrèdit" (descrèdit = deteriorament de la reputació o el prestigi"; que és: "de qualitat acceptable"). Entre els significats que apareixen en el Diccionari

Moliner es troba el següent: “2. Qualitat de les persones que són sensibles a les ofenses, menyspreus, humiliacions o faltes de consideració”. Entre les accepcions i observacions recollides en el Diccionari Littré, hi ha: “Respecte que un es deu a ell mateix”; “Gravetat de les formes”; “Perdre l’honor, no el descrèdit”.

Seguint M. PYRRHO ET. AL (2009: 68), l’etimologia i l’ús antic de la paraula dignitat, no presenten aquest concepte com alguna cosa innata, sinó com el resultat d’una atribució social que constitueix el mínim innegociable. Dins una determinada cultura, “la dignidad corresponderia a un estatus, con su poder, derechos, privilegios, exigencias y obligaciones propias de un papel social”⁽⁶⁴⁾. [...] De forma más significativa, la dignidad es algo que se construye en el interior del tejido cultural de las relaciones materiales y simbólicas⁽⁶⁵⁾. En el pla dogmàtic, els fonaments i concepcions filosòfiques sobre la dignitat són múltiples i fins i tot contradictoris⁽⁶⁶⁾; per exemple, es proclama –la tesi majoritària– i se’n nega la universalitat; se la qualifica de paraula buida i exclouent; i se la qüestiona quan el concepte es postula únicament en defensa dels éssers humans (*a.e.*, especisme –*speciesism*– de P. SINGER)⁽⁶⁷⁾. D’altra banda, M. E. MEJÍA-ESCALANTE (2016: 168-176), proposa distingir entre “dignitat intrínseca”, “dignitat atribuïda”; “dignitat de l’experiència”.

Aquesta disparitat conceptual també s’observa en la doctrina de Dret comparat en relació amb el concepte d’habitatge digne. Como diu M. E. MEJÍA-ESCALANTE (2014: 20 i sg.)⁽⁶⁸⁾ es dona per fet que hi ha un enteniment general del significat de l’expressió “dignitat”, però després d’examinar prop de vuit-cents referències doctrinals de l’expressió “habitatge digne” o altres d’equivalents, en les llengües espanyola, portuguesa i anglesa⁽⁶⁹⁾, l’autora esmentada posa de manifest que, segons l’idioma, els llocs geogràfics preponderants dels repositoris i l’àrea de coneixement en què es troba ubicat cada estudi, es contenen referències culturals i polítiques diverses i es descobreix que els conceptes “habitatge digne” i “habitatge adequat” s’utilitzen indistintament; i que, sovint, en la traducció d’aquestes expressions a la llengua anglesa s’utilitza l’expressió “adequate housing” i, de resultes de tot això, es poden proposar punts de vista, significats i objectius diferents. Mentre que la dignitat premoderna plena estava



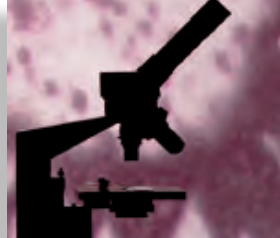
reservada als qui la mereixien, J. GOMA LANZÓN (2019: 33 i sg.) observa que el reconeixement de la dignitat democràtica per naixement implica la universalització de l’antiga distinció aristocràtica a tots els membres que pertanyen a l’espècie humana; es tracta d’una dignitat igualitària, cosmopolita, plena a tot home i dona, sense distinció pel fet de ser-ho, amb absoluta abstracció de les seves circumstàncies personals; “se recibe por nacimiento y otorga a su titular derechos sin mérito moral alguno por su parte, válidos incluso aunque desmienta esa dignidad de origen con una odiosa indignidad de vida” (*ibídm.*: 34). Per a aquest autor, la dignitat es pot definir com “aquello inexpropiable que hace al individuo resistente a todo, interés general o bien común incluidos”.

Segons la concepció més moderna, la noció de “dignitat humana” es vincula amb el “respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer” (K. BAYERTZ, 1999)⁽⁷⁰⁾; per a LACALLE NORIEGA (2013: 48) dignitat de la persona vol dir “que ésta tiene valor en sí misma, independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa, Por tanto inde-

pendientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc.; también independientemente de su conducta, buena o mala, heroica o delictiva”.

Des de la doctrina social de l’església, es postula que “Una sociedad justa puede ser realizada solamente en el respeto de la dignidad trascendente de la persona humana. Ésta representa el fin último de la sociedad, que está a ella ordenada”; “El respeto de la dignidad humana no puede absolutamente prescindir de la obediencia al principio de considerar al prójimo como otro yo, cuidando en primer lugar de su vida y de los medios necesarios para vivirla dignamente”⁽⁷¹⁾.

En la filosofia moderna, la concepció de la dignitat proposada per M. KANT (1785: 47 i sg.) gaudeix d’especial reputació, però no està exempta de crítiques: “En el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. [...] La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. [...] La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en



el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad". El principi fonamental de tota moralitat, la regla de les regles, es troba en el següent imperatiu pràctic "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio" ⁽⁷²⁾.

En el Dret internacional, R. ANDORNO (c. 10.02.2020), conclou que amb l'expressió "dignitat humana" "se quiere enfatizar el valor incondicional que posee todo individuo en razón de su mera condición humana, independientemente de su edad, sexo, aptitudes intelectuales, estado de salud, condición socio-económica, religión, nacionalidad, etc., y que este valor exige, a modo de consecuencia, un respeto incondicional". Per a VICTORIA CAMPS (2009: 147): "Autonomía y respeto son, pues, las dos notas que nos ayudan a entender en qué consiste la dignidad humana. El desarrollo de ambas podemos decir que ha nutrido el conjunto de los derechos humanos, pues efectivamente todos ellos pueden ser entendidos como formas de expresar la autonomía de la persona y el respeto que merece".

Seguint G. PECES-BARBA (2003: 73 i sg.), la dignitat igual dels éssers humans per-

met abordar des d'altres perspectives els conceptes de desigualtat, discriminació i diferència. La desigualtat és incompatible amb el sentit de la dignitat i per interrompre-la es necessiten comportaments d'igualtat, de diferenciació, favorables als col·lectius que es troben en aquesta situació. També és contrària a la dignitat la discriminació derivada d'una situació normativa, no fàctica, sinó basada en mandats jurídics que l'estableixen sense un motiu justificat. Finalment, la diferència provocada per desigualtats naturals (sexe, raça...) o culturals (cultura, llengua, opció sexual...) s'han de tractar, les primeres, des de la igualtat com a equiparació o igualtat davant la llei; i les segones, des del principi de no-discriminació i la igualtat i la tolerància negativa o positiva, de reconeixement de l'altre i, fins i tot, a partir d'una protecció específica dels drets de les minories.

La incorporació moderna de la dignitat en les declaracions de drets humans, textos constitucionals i normes legals, atribueix una dimensió especial o càrrega jurídica a aquest concepte i, subsegüentment, compromet l'actuació dels poders públics en un sentit favorable a la universalitat i el reconeixement, el respecte, la tutela i la protecció de la dignitat. En l'àmbit internacional l'apel·lació a la dignitat apareix,

per primer cop, en la DUDH o Carta Magna mundial, i posteriorment, el concepte està previst en altres convencions, tractats i textos constitucionals ⁽⁷³⁾.

Entre els valors que fonamenten la Unió Europea (UE) el Tractat de la UE, esmenta la "dignitat" i assenyalava que es tracta d'un dels valors comuns als Estats membres. Al seu torn, el títol I de la CDFUE porta per títol "Dignitat". Els cinc articles que componen aquest títol es refereixen, respectivament, a la dignitat humana ("La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida." ⁽⁷⁴⁾); el dret a la vida; el dret a la integritat de la persona; la prohibició de la tortura i de les penes o tractes inhumans o degradants; i, la prohibició de l'esclavitud i del treball forçat ⁽⁷⁵⁾. En conseqüència, tant els òrgans i les institucions comunitàries com els Estats membres que desenvolupin el Dret de la UE han de respectar la dignitat de les persones i els drets humans. En l'àmbit del Dret de la UE la dignitat es concep com el fonament dels drets humans en el seu conjunt i, al mateix temps, com un dret humà autònom ⁽⁷⁶⁾.

En les "Explicacions sobre la Carta dels Drets Fonamentals" (2007/c303/02), s'afirma que la dignitat de la persona humana "no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. [...] En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo*, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión.- Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho." ⁽⁷⁷⁾.

En la CE "La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social" (art. 10.1 CE). Els tres primers principis esmentats fonamenten la llibertat individual en un sentit positiu, i els dos últims constitueixen límits a la llibertat de

caràcter negatiu ⁽⁷⁸⁾. La norma objecte de cita no afirma que la dignitat de la persona sigui un dret fonamental i encara que es projecta en els drets reconeguts constitucionalment, per si mateixa, la dignitat no és susceptible de recurs d'empara per violació de l'article 10.1 CE (AATC 95/1982, 17 febrer i 371/1982, de 24 novembre; STC 57/1994, 28 febrer, FJ 3).

La incorporació al text constitucional de la dignitat humana ha positivitzat en valor jurídic un valor moral iusnaturalista i també la necessitat de la seva interpretació contextual d'acord amb el caràcter ideològicament neutre, no confessional, de manera que el seu significat sigui acceptable pel major nombre possible de destinataris, la qual cosa condueix a un concepte elemental i abstracte amb un contingut obligatori que exclou determinades conductes atemptatòries del concepte i sens perjudici de la seva possible adequació històrica o temporal ⁽⁷⁹⁾.

En l'àmbit del Dret, la idea de dignitat humana adquireix sentit des dels drets, és a dir, els drets es configuren com els instruments principals per l'assoliment de la dignitat, per la qual cosa aquesta es reconeix des de l'examen dels béns que els drets protegeixen i els referents constitucionals de la seva construcció conceptual són l'autonomia individual i els drets fonamentals. L'autonomia individual, s'entén, generalment, integrada en el lliure desenvolupament de la personalitat (STC 93/92, FJ 8) encara que també és una constant del discurs sobre els drets. El referent al lliure desenvolupament de la personalitat es troba en connexió amb tots els drets i, de manera molt directa, amb els anomenats drets de la personalitat, però també amb altres drets com el dret a l'educació (R. DE ASÍS, 2002: 156-157).

En l'àmbit públic, seguint a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1995: 2489-2491), l'atribució per la CE a la dignitat una posició fonamentadora de l'ordre jurídic i polític, suposa un triple significat:

a) El reconeixement del "*carácter instrumental o servicial del Estado* [...] como una organización o disposición cuyo único objetivo es asegurar un tipo de convivencia política congruente con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona". Com diu L. M. Díez-PICAZO (2000: 68), "se trata de una afirmación de la prioridad de la persona –esto es, de todos y cada uno



de los individuos— sobre el Estado. Ello implica que los poderes públicos son un instrumento al servicio de los seres humanos y no al revés. Los seres humanos no deben ser jamás tratados instrumentalmente respecto de los fines y políticas estatales". Aquesta visió es reforça en funció del principi de "lliure desenvolupament de la personalitat" que, dit breument, "se trata de la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses" (*ibídm.*: 69) o "cláusula general de libertad" (*ibídm.*: 70).

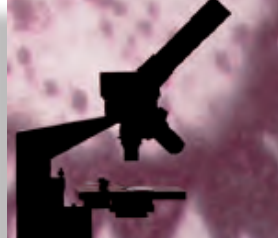
b) L'acceptació per la CE del que cal denominar "idea material de l'Estat de Dret", que implica l'adopció de decisions pels poders públics ajustades a determinades exigències materials vinculades amb la dignitat de la persona.

c) La dignitat no es predica d'un ser aïllat o mónada social, sinó que la comprensió constitucional de la dignitat de les persones és que es basa en "una idea social de l'ordre polític", que permeti compatibilitzar "la imposició de límits a la llibertat individual i deures que es dedueixen de les exigències de la vida en comú".

D'acord amb SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, el valor normatiu del precepte comprèn un doble pla: en primer lloc, hi ha un "efec-

te impeditiu", que es concreta en el mandat constitucional de respecte, la qual cosa implica la prohibició de normes o d'actes que tinguin efectes degradants, envilidors, odiosos, siguin compatibles amb les seves exigències òbvies o que comportin el tractament de l'ésser humà com a mer objecte; en segon lloc, cal parlar de "l'efecte positiu" o finalista de la norma per a orientar els objectius o tasques dels poders públics en relació amb la persona i la seva consideració com a ésser lliure i igual i en conjunció amb els drets fonamentals, el seu desenvolupament i interpretació.

La doctrina del TC no utilitza aquest precepte en la seva funció de la *ratio decidendi*, sinó més aviat per argumentar teòricament i amb més profunditat ⁽⁸⁰⁾. Amb tot, el TC considera la dignitat com un "bé constitucionalment protegit" (STC 2/1982, de 29 de gener, FJ 5); una peça angular de tot el sistema de drets i llibertats reconeguts en el Títol I CE i dins el sistema constitucional, és considerada com un punt de partida, el *prius* lògic i ontològic, per a l'existència i reconeixement dels altres drets, "valor jurídic fundamental" i "valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (v. STC 53/1985, Ple,



11 abril). La dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la seva personalitat (art. 10.1 CE) "suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales" (STC 297/2013, de 5 desembre, FJ 5). Aquesta vinculació està reconeguda en moltes sentències del TC (a.e., SSTC 64/1988, de 12 abril, FJ 1 i 171/2013, de 7 octubre, FJ 2).

El TC omet definir la dignitat i s'hi refereix amb enunciats vagues ⁽⁸¹⁾, però a partir de les seves afirmacions de les SSTC 53/1985, 120/1990, 57/1994, J. E. MORA (2000: 258) dedueix la definició següent: "valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable e inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"; i com a notes característiques afirmades pel TC, esmenta les següents: a) és un valor espiritual i moral inherent a la persona; b) és un valor jurídic fonamental, substancialment relacionat amb la dimensió moral de la vida humana; c) es manifesta singularment en l'autodeterminació conscient i responsable de la pròpia vida, i, d) és un mínim invulnerable, ha de continuar inalterada, tret de les limitacions que s'imposin en el gaudi de drets fonamentals.

En relació amb aquesta última característica, la determinació del contingut

essencial dels "drets fonamentals" ha de considerar la dignitat de les persones i reclama un component constant o mínim necessari en qualsevol circumstància "que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona" (SSTC 120/1990, de 27 juny, FJ 4), d'aquí que el reconeixement i una tutela eficaç dels drets fonamentals constitueixi una garantia elemental de la dignitat de la persona ⁽⁸²⁾.

A més, mentre que els drets constitucionals civils i polítics estan més desenvolupats i concretats i són garantistes, no passa el mateix amb els drets socials que fins i tot, en determinats supòsits, ni tan sols assoleixen l'estatus de dret fonamental, d'aquí que sigui especialment en aquest àmbit "donde debiera entrar el recurso al valor-principio de dignidad de la persona, mediante parámetros materiales del derecho a una vida digna, perfectamente definibles y con criterios internos a la propia dinámica constitucional" (M. A. APARICIO PÉREZ, 2013: 28).

D'altra banda, en un sistema liberal d'economia de mercat basat majoritàriament en l'intercanvi econòmic de béns

i serveis, no es pot desconèixer el vincle existent entre la dignitat i el dret de tota persona a un nivell de vida adequat. La necessitat d'un mínim econòmic o renda mínima personal es converteix en un requisit essencial o imperatiu necessari per poder viure amb dignitat i evitar situacions de dependència i exclusió social. Quan els recursos econòmics no són suficients per atendre les necessitats bàsiques de la vida diària, inclosa la necessitat habitacional, o el que és el mateix, quan els costos bàsics per atendre aquestes necessitats superen aquest mínim vital econòmic, no hi ha dubte que es produeix una afecció de la dignitat de la persona (v. STC 113/1989, de 22 juny, FJ 3).

4.2. L'habitatge digne

En paraules de GASTON BACHELARD (1961: 33) "Todo espacio realmente habitado encarna la noción de casa". L'espai -afirma VELA ROSERO (2003: 105)-, "es un significativo, sólo está para ser aceptado y significar otra cosa diferente al espacio como ocupación de algo, es decir, espacio para el hombre que es el significado de todos los lenguajes, el espacio interior es el fin último por el que se construye el edificio (casa) para el hombre y la familia".

En relació amb l'ús i el gaudi de l'habitatge, és a dir, l'estança material en què, ordinàriament, la persona desenvolupa la seva vida diària i les seves activitats personals més íntimes i privades, la casa o estança ha de reunir les condicions, intrínseques i extrínseques necessàries perquè, especialment en aquest àmbit, la dignitat de la persona i els seus drets fonamentals siguin preservats degudament, respectats i protegits. Per F. VIVIESCAS (2001), un habitatge digne és "aquella [morada] donde la especialidad contribuye a que la gente dignifique su existencia" ⁽⁸³⁾.

En sentit subjectiu, l'expressió "habitatge digne" pretén que les persones que habiten l'habitatge visquin dignament, sense "descrèdit", és a dir, "sense menyscapte en la reputació o el prestigi" (DRAE). No obstant això, tret de millor criteri i encara que la seva delimitació pugui ser difusa, s'ha de partir d'un criteri més objectiu que subjectiu de la dignitat, ja que en el cas de la dignitat de la persona que habita l'habitatge, es vincularà fonamentalment amb un sentiment subjectiu i, per tant, mutable, de dignitat, podria succeir que un habitatge

que objectivament es consideri digne no satisfaci, per a una determinada persona, grup o estrat social de persones, aquest requisit.

D'altra banda, sens perjudici de la seva rellevància singular en l'àmbit de l'espai-habitatge, d'acord amb la universalitat del concepte, el requisit de dignitat no es pot limitar exclusivament a aquest espai o objecte físic habitable, sinó que també és exigible i predicable en els altres àmbits especials i socials: per una banda, respecte de l'entorn satèl·lit proper o circumdant de la vida o nucli espacial o urbà, amb els seus espais adjacents, equipaments, serveis i medi ambient; i per altra banda, en tot l'entorn social i relacional de les persones, és a dir, en tot temps, lloc i circumstàncies, ja que, com preveu l'article 10.1 CE, juntament amb altres valors, la dignitat humana s'ha de fonamentar en l'ordre públic i la pau social.

Des d'una perspectiva subjectiva, J. S. BOUCEK (1957: 83-84) diu que "prestigi" és "sobre todo el resultado de las valoraciones humanas acerca de aquellas situaciones en las que nos encontramos en todo momento; es una valoración más elevada de un individuo o de un fenómeno colectivo, en comparación con otros individuos o con valores colectivos; de esta valoración procede la tendencia a apreciar ciertos factores como prestigiosos o poseedores de autoridad". El prestigi no és una finalitat en ella mateixa, però constitueix un element intrínsec de les relacions socials; pot tenir un component irracional i patir fluxos i refluxos. A les ciutats, la residència en un districte o zona urbana en concret es considera un dels possibles mitjans de valoració del prestigi personal i social, acostuma a implicar una determinada estratificació social, ser objecte de valoració en termes d'estatus social i dignitat i pot afectar, en sentit positiu o negatiu, la reputació, l'estatus o el prestigi d'una persona o grup humà. Aquest judici col·lectiu depèn de factors molt diversos (personals, estamentals, socioeconòmics, religiosos, polítics, urbanístics, etc.), que poden variar amb el temps en funció de diversos factors: la situació personal i l'activitat de la mateixa persona; les característiques de l'habitatge; la seva situació espacial i mediambiental; l'entorn social; les polítiques urbanístiques; de rehabilitació, desenvolupament i ordenació del sòl, i la normativa general de policia administrativa. No



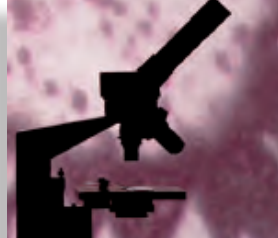
obstant això, des d'una altra perspectiva, davant aquesta subjectivitat de naturalesa personal i sociològica, de causalitat múltiple, juntament amb situacions intermèdies, cal contraposar el valor universal i ontològic de la dignitat humana i dels drets humans favorables a la igualtat i contraris a qualsevol tipus de discriminació.

En el cas de la provisió i l'ús i gaudi d'un habitatge, l'accés es fonamenta bàsicament en la lliure autonomia de la voluntat de les persones. La possibilitat d'accedir a habitatges considerats subjectivament dignes pels mateixos interessats, dependrà de les tries personals efectuades pels interessats en funció de les seves necessitats i de les vies, privades o públiques, mitjans, opcions i recursos que tinguin al seu abast (o dels que projecten tenir). En termes de mercat immobiliari les opcions disponibles depenen de l'oferta i la demanda de béns residencials. Les possibilitats d'accés residencial i espacial es poden veure condicionades per múltiples factors: els recursos econòmics disponibles, els costos d'accés i ús de l'habitatge (situació del bé, comoditat d'accés, disponibilitat d'instal·lacions i serveis privats i públics, habitabilitat i condicions mediambientals); habitatges en règim de lliure mercat o en règim d'accés reglamentat per normes de Dret administratiu.

En l'àmbit públic, l'article 47 CE esmentat preveu l'actuació positiva dels "poders públics" perquè promoguin les condicions necessàries per fer efectiu el dret a un habitatge digne. Aquesta finalitat –habitatge objectivament digne–, es pot implementar pels poders públics per mitjà de diversos fronts, aplicant criteris d'objectivitat i de proporcionalitat en funció de les necessitats generals i les de determinades famílies o col·lectius; en consideració amb la funció social de la propietat i de les polítiques legislatives adoptades en matèria urbana i habitacional i social (polítiques sobre el sòl i plans d'ordenació i rehabilitació urbanística; actuacions de caràcter general –habitatge públic o protegit–; normativa sobre habitatges lliures; policia administrativa de l'habitatge); regulacions de caràcter especial (supòsits d'emergència o necessitat), i habitatges socials públics.

En relació amb l'habitatge i en funció de la presència de diferents paràmetres, subjectius i objectius, i de l'afectació que poden produir en la dignitat i els drets fonamentals de la persona, cal distingir entre els supòsits següents:

a) Un habitatge pot ser objectivament "digne i adequat". Es tracta d'un supòsit ideal previst en el text constitucional (art. 47 CE).



b) Un habitatge materialment adequat a les necessitats generals tipus d'una persona o grup de persones, també es pot considerar que és un habitatge digne, però pot no tenir el caràcter d'habitatge digne si no es respecta la dignitat o els drets fonamentals de la persona o persones que l'habiten. La dignitat és un valor inherent a la persona.

c) Un habitatge considerat objectivament digne pot no ser adequat en funció del supòsit de fet (p. ex. habitatge situat en un país estranger, o molt allunyat del centre d'activitat de la persona, o immers en un procediment d'expropiació).

d) Un habitatge considerat digne i adequat pot deixar de ser-ho en alguna de les seves característiques, per causes o circumstàncies personals o materials sobrevingudes, i viceversa.

e) Hi pot haver supòsits de manca d'ús i gaudi d'un habitatge adequat (habitatge buit o desocupat apte pel seu ús), amb o sense disposició en un lloc residencial adequat, i amb vida digna o indigna de la persona o persones afectades (sensellarisme).

La relació entre habitatge digne i determinades circumstàncies o qualitats personals apareix exposada en la STC 154/2015, Ple, de 9 de juliol, quan diu que "las políti-

cas de vivienda tratan de facilitar el acceso a una vivienda digna a personas necesitadas, que es un objetivo constitucional primordial (arts. 9.2 y 47 CE) que guarda relación con la protección social y económica de la familia (art. 39.1 CE), la juventud (art. 48 CE), la tercera edad (art. 50 CE), las personas con discapacidad (art. 49 CE) y los emigrantes retornados (art. 42 CE) así como con la construcción como factor de desarrollo económico y generador de empleo (art. 40.1 CE)" (FJ 7) (è.a.). D'altra banda, en la STC 16/2018, de 22 febrer, el TC ha afirmat que s'integren en la competència autonòmica les "regulaciones orientadas a atender los intereses generales relacionados con la garantía a los ciudadanos del disfrute de una vivienda digna" (FJ 7).

Donant per descomptat que, en un sistema d'economia de mercat que reconeix el dret a la propietat privada i a l'herència (arts. 38 i 33 CE), els que disposen de mitjans o recursos econòmics suficients amb aquest fi poden accedir per ells mateixos a l'ús i gaudi digne d'un habitatge, de les sentències citades es desprèn que la satisfacció pública de l'accés a un habitatge digne, s'ha d'orientar especialment a favor de determinades persones o grups familiars que manquen de mitjans, econòmics o d'un altre tipus, per accedir-hi o que es troben en situació d'especial vulnerabilitat

o exclusió social, tot això, sens perjudici de l'existència de mecanismes de caràcter universal i general, destinats a prevenir, tutelar i facilitar l'exercici del dret a l'adquisició, ús i gaudi d'un habitatge digne.

D'altra banda, com que la dignitat substancial de la persona està associada als seus drets bàsics, qualsevol que sigui el mitjà d'accés a l'ús i gaudi d'un habitatge (privat o públic, a títol oneros o gratuït, permanent o temporal), l'habitatge no serà digne si els que l'habiten pateixen afectacions personals directament vinculades amb la casa que pot incidir en algun dels drets següents ⁽⁸⁴⁾:

a) La integritat física i moral de la persona o la seva subjecció a tortures, penes o tractes inhumans o degradants (art. 15 CE). El dret a la integritat física i moral de la persona "protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular" (STC 120/1990, Ple, de 27 juny, FJ 8).

b) La llibertat ideològica, religiosa i de culte (art. 16 CE). Segons la STC 214/1991, d'11 novembre, "de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social." (FJ 8).

c) La llibertat personal, en especial, la imposició de servituds personals absolutes, treballs forçats o obligatoris o qualsevol altra forma d'esclavitud (esclavitud de penyora, domèstica, explotació sexual, prostitució forçosa, explotació sexual infantil, treball infantil, i altres formes d'explotació contemporània dels éssers humans) (arts. 1, 9.2, 10.2, 13.1, 15, 17.1, 20.1, 27, 35, 39... CE). Com afirma VANESSA VILLALIBRE FERNÁNDEZ (2009: 8), "si bien algunas formas de esclavitud han cambiado, la mayoría, como la explotación sexual, los matrimonios forzados o la

venta de niños y mujeres, se mantienen en el siglo XXI”.

d) Les afectacions al *dret d'igualtat* d'accés i ocupació d'un habitatge, o les discriminacions directes o indirectes (art. 14 CE) i l'assetjament immobiliari (*mobbing*), entès “como toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objetivo de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para ocupar la vivienda. A efectos de la presente ley, el acoso inmobiliario constituye discriminación. La negativa injustificada de los propietarios de la vivienda a cobrar la renta arrendaticia es indicio de acoso inmobiliario” (art. 45.c Llei [Gencat] 8/2007, de 28 desembre).

e) En l'honor, la *intimitat* personal i familiar i al dret a la pròpia imatge (art. 18 CE). Concretament, “El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 C.E. tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad” (STC 134/1999, de 15 juliol, FJ 5).

f) A la *llibertat d'expressió* de pensaments, idees i opinions (art. 20 CE).

g) Afectacions a la *llibertat de consciència* (art. 30.2 CE).

h) Situacions atemptatòries a la *dignitat personal* (malaltia no atesa, fam, violència infantil o domèstica, etc.) (arts. 15, 39, 43.1 CE).

i) En general, l'afectació de qualssevol *altres drets inviolables* que siguin “inherents a la dignitat de la persona” (art. 10.1 CE). En la CE la menció expressa a un dret inviolable únicament es preveu en l'article 18 CE que disposa que el *domicili és inviolable* sense que s'hi pugui fer cap entrada o registre sense el consentiment del titular o resolució judicial, excepte en cas de delictes flagrant (art. 18.2 CE). Aquesta previsió és singularment rellevant en relació amb el DAV.

Segons reiterada jurisprudència constitucional, la protecció del domicili té caràcter instrumental perquè es defineix l'àmbit en el qual es desenvolupa la vida privada de la persona, exclòs del coneixement aliè i de les intromissions de tercers i existeix



un nexa d'unió indissoluble entre la prohibició d'entrada i el registre d'un domicili sense el consentiment del titular o autorització titular (art. 18.2 CE) i la que imposa la defensa i garantia de l'àmbit de privacitat (art. 18.1 CE).

La STC 32/2019, Ple, 28 febrer, diu que “El domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima; por ello, a través de este derecho *no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella* (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 2 y 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FJ 6; 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y 188/2013, de 4 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).” (FJ 5) (è.a.).

També, amb suport de: l'article 10.1 CE, que és el llindar del Títol I; en la funció promocional i garantista de l'article 9 CE; la protecció jurisdiccional que preceptua l'article 53 CE, i en el que sigui procedent en el supòsit en qüestió, també es pot situar en l'esmentada previsió constitucional tots els altres drets i llibertats fonamentals,

deures dels ciutadans i principis rectors de política social i econòmica, dels Capítols II i III, Títol I CE, ja que com afirma J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS (1984: 119-122), la seva violació afecta els deures i les responsabilitats fonamentals que graviten en la persona en el si de la vida social. Es tracta de drets de la persona i deures que, en garantia dels mateixos drets, del benestar general, de l'ordre polític i de la pau social, no poden ser infringits i que, en cas que siguin violats, han de ser tutelats pels poders públics competents i les organitzacions internacionals corresponents (Consell d'Europa, Nacions Unides, TJUE).

Per mandat constitucional, la interpretació dels drets fonamentals i de les altres llibertats constitucionals s'ha de fer “de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els tractats i acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya” (art. 10.2 CE). En conclusió, en general l'obligació de complir els drets humans reconeguts internacionalment imposa als Estats ratificants els deures de: *respectar, protegir, promoure i complir* els drets humans i els altres compromisos internacionals assumits en aquesta matèria.

Pel que fa als *límits* dels drets fonamentals, d'acord amb els termes que s'expressa la jurisprudència del TC, cal destacar que “sólo ante los límites que la propia Cons-



titución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y [...], en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho 'más allá de lo razonable' (STC 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean 'necesarias para conseguir el fin perseguido' (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) y ha de atender a la 'proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone' (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8)." (STC 37/2011, de 28 març, FJ 4).

5. CONTINGUT DEL CONCEPTE "D'HABITATGE DIGNE"

Com es posa de manifest en els paràgrafs següents, la configuració doctrinal i convencional del concepte "d'habitatge adequat" generalment se sol formular en sentit ampli, sense limitar-lo als aspectes estrictament materials i es vincula tant amb les condicions físicomaterials i mediambientals de l'habitatge com amb la dignitat i els drets humans i socials de les persones.

5.1. Perspectiva doctrinal

Seguint a SCOTT LECKIE (1992: 4-5), *prima facie*, en el pla ideal, el concepte d'habitatge adequat (adequate housing) engloba els sis elements bàsics o de contingut mínim següents:

1) *L'estructura física*. Un habitatge adequat ha de protegir contra els elements, no ha de ser insalubre o impropï per ser habitat, i ser culturalment acceptable. La participació dels poders públics en la concreció de cadascun d'aquests àmbits requereix, segons els supòsits, l'adopció

de les mesures legals adequades, especialment en matèria de normes sobre planejament, gestió urbanística, edificació i de control i policia administrativa, per evitar deficiències i omissions i corregir les eventuais desviacions que es puguin produir.

2) El lloc on estigui construït. L'habitatge ha de garantir la seguretat física dels qui l'habiten. Ha de ser un lloc segur per habitar-hi i poder-hi viure i criar els fills.

3) La facilitat d'*infraestructures*. És necessari que l'habitatge disposi de certs elements adequats relatius a la salut, el confort i l'alimentació, com el proveïment de subministraments bàsics i l'eliminació de residus, i la provisió de serveis bàsics davant supòsits d'emergència mèdica o sinistres.

4) *Cost accessible*. S'ha de disposar d'un habitatge adequat a un cost que no perjudiqui l'accés a les altres necessitats bàsiques dels seus usuaris.

5) *Localització*. L'habitatge ha d'estar ubicat en un lloc que permeti l'accés a llocs de treball, subministraments, centres assistencials, escoles i altres serveis. Aquest requisit és vàlid tant en zones urbanes com rurals perquè els costos en temps i dels serveis de transport als centres de treball poden ser elevats per les persones que disposen de menys recursos econòmics.

6) *Seguretat jurídica de la tinença*. Qualsevol quina sigui la fórmula jurídica per a l'accés a l'ús i gaudi d'un habitatge s'ha de garantir la seguretat jurídica del títol

possessor. Aquest requisit es refereix a les diverses formes d'adquisició i possessió legítima tant dels qui adquireixen i són propietaris de l'habitatge com dels qui, per mitjà de qualsevol altre títol legítim gaudeixen del dret d'ús i gaudi, i dels drets d'intimitat, privacitat, etc. ⁽⁸⁵⁾.

Aquests requisits se centren en el concepte "d'habitatge adequat", però no engloben el contingut del "dret a l'habitatge". En aquest sentit, l'autor citat es refereix als requisits addicionals següents:

1) *No discriminació*. Cal protegir l'accés al dret a l'habitatge (DAV), evitant totes les formes possibles de discriminació.

2) *Dret de participació*. Cal respectar el dret de participació en les matèries públiques que afectin el dret i la llibertat de residència.

3) *Llibertat d'elecció*. Cal respectar les preferències en les opcions d'allotjament.

4) *Sensellarisme*. Cal preveure solucions per a les persones sense sostre i determinades situacions socials de vulnerabilitat residencial.

En el seu treball sobre l'habitatge M. E. MEJÍA-ESCALANTE (2016: 68 i sg), distingeix entre diferents indicadors de dèficits quantitatius i dèficits qualitatius de l'habitatge que són utilitzats com a indicadors estadístics respecte l'estat dels habitatges en els països llatinoamericans i que, en resum, s'especifiquen en el quadre sinòptic adjunt.

VARIABLES DE DÈFICIT QUANTITATIU HABITACIONAL	
CATEGORIA DELS BÉNS O SERVEIS	VARIABLES CARACTERÍSTIQUES
1. ESTAT DE L'HABITATGE	- Habitatge ruïnós - Antiguitat del bé immoble
2. DENSITAT HABITACIONAL	- Habitatge abandonat, sense ús, en rehabilitació o destinat a altres finalitats - Famílies sense habitatge o amb allotjaments provisionals (dèficit absolut) - Nombre de persones per habitació - Habitatge sobreocupat (amuntegament) - Llar amb coresidents: independents econòmicament / amb economia en comunitat / amb cohabitació sense especificar / Amb intenció de constituir un domicili exclusiu

3. HABITATGE ECONÒMICAMENT ACCESSIBLE	- Costos elevats del lloguer, adquisició o ús en proporció als ingressos disponibles - Cessió d'habitació i subarrendaments
5. LOCALITZACIÓ EN ÀREES DE RISC	- Habitatge en estat ruïnós per catàstrofes naturals - Habitatges en risc: sòl no recuperable
VARIABLES DE DÈFICIT QUALITATIU HABITACIONAL	
6. ACCÉS A SERVEIS BÀSICS	- Accés a serveis bàsics (aigua, gas, electricitat, xarxes de sanejament...) - Mobiliari i utensilis domèstics - Combustible per cuinar
7. OCUPACIÓ MITIGABLE	- Sobreocupació excessiva de l'habitatge - Sobreocupació per habitació
8. PROPIETAT DE L'HABITATGE O DEL SÒL	- Superfície insuficient - Tipus de possessió

Font: M^a E. Escalante (2016: 68-69). Adaptació lliure.

En termes generals, cal afirmar que, en resum, un habitatge serà "adequat" s'assegurin o es compleixin, en el present i en el futur, els requisits següents:

a) La llibertat d'elecció, accés gaudi i ús pacífic de l'habitatge i la seguretat de la propietat, tinença o possessió de l'habitatge, tot això, en virtut de títols legítims habilitants, i d'acord amb els sistemes i garanties legals de convivència i ordenació socioeconòmica i jurídica vigents en cada moment històric.

b) La satisfacció de les necessitats bàsiques personals en matèria habitacional i residencial de la persona o persones que l'habituen, la manca de barreres arquitectòniques o altres limitacions d'accés o ús respecte persones dependents, i l'accés a infraestructures i serveis bàsics.

c) El compliment dels requisits materials d'habitabilitat (paràmetres de suficiència i qualitat), previstos per la normativa d'ordenació habitacional i urbanística, generalment acreditades per mitjà de les anomenades llicències o cèdules d'habitabilitat⁽⁸⁶⁾.

d) La preservació, protecció i tutela de la dignitat i dels drets fonamentals de la persona. Per últim,

e) La sostenibilitat i adequació econòmicofinancera, social, estructural, sa-

nitària, energètica, institucional i medi ambiental –activa i passiva–, personal i col·lectiva, de l'habitatge.

Si es distingeix entre l'habitatge en sentit estricte i el seu entorn o conjunt de característiques que defineixen el lloc on està situat, cal distingir els supòsits següents:

a) Habitatge adequat, en un entorn adequat.

b) Habitatge adequat, sense un entorn adequat.

c) Habitatge inadequat, en un entorn adequat.

d) Habitatge inadequat, en un entorn adequat.

D'aquesta quatre supòsits, com és obvi, el més desitjable és el primer i, amb l'exclusió del supòsit del sensellarisme, el menys desitjable és el quart. La situació d'habitatge adequat o inadequat pot variar amb el transcurs del temps, per exemple, en funció de la situació personal, les exigències i requeriments sociohabitacionals i culturals propis de cada moment històric, l'estat material de la llar, els seus costos d'ús, conservació i manteniment; i l'evolució de l'entorn social, i medi ambient on es troba situat.

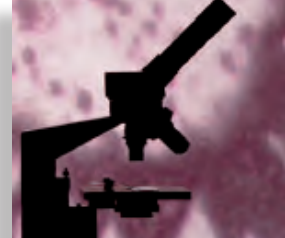
5.2. Perspectiva convencional i internacional

En l'àmbit institucional internacional, la primera declaració de Nacions Unides sobre "Habitatge i urbanisme" –en una Europa que estava arrasada pels conflictes bèl·lics de la II GM–, es troba en la Resolució 53/I, aprovada en la 65a reunió plenària de 14 de desembre de 1946. En aquesta Resolució es proposava un estudi ampli dels problemes de l'habitatge i l'urbanisme (principis d'urbanisme; tècnica de l'edificació; i, aspectes climàtics, econòmics, financers, jurídics i legals). Més tard, segons el que s'ha exposat, les expressions "habitatge adequat" i altres relatives a l'habitatge, es van introduir en diversos pactes, convencions, acords internacionals i també en nombrosos pronunciaments, resolucions i conferències internacionals sobre aquesta qüestió⁽⁸⁷⁾.

En l'observació General (o OG), n. 4 (1991, paràgraf 7) sobre el dret a un habitatge adequat, el Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals (CDESC) va rebutjar les definicions d'habitatge adequat que se centraven únicament en el recer físic i en el seu lloc va adoptar una definició vinculada directament amb el dret a la vida, opinió que també ha estat adoptada pel Comitè Europeu de Drets Socials quan diu que el dret a l'habitatge està estretament relacional amb el dret a la vida i amb el dret a respectar la dignitat de tota persona⁽⁸⁸⁾.

En l'Informe sobre el "Dret a un habitatge adequat" de Nacions Unides, (d'ara endavant, IDVAD, 2010)⁽⁸⁹⁾ s'afirma que "Una vivienda adecuada debe brindar más que cuatro paredes y un techo" (2010: 3 i sg.), o com diu GASTON BACHELARD (1961: 73), "La casa vivida no es sólo una caja inerte. El espacio habitado trasciende el espacio geométrico". Així mateix, el "Manual para Parlamentarios n. 26" de la Unión Interparlamentaria (UI) y las Naciones Unidas (en adelante, MPP, 2016)⁽⁹⁰⁾ assenyalava "El derecho a una vivienda adecuada no debe entenderse de forma estricta como el derecho a tener un techo sobre la cabeza, sino como el derecho a vivir en algún lugar con seguridad, paz y dignidad." (2016: 217).

D'aquesta doctrina cal inferir que, malgrat que en les societats modernes i fortament urbanitzades, amb caràcter general, l'habitatge es concep com una



construcció arquitectònica, material, estàtica, sòlida, edificada en un lloc fix, durador i apte per viure i habitar-hi, aquest supòsit no exclou l'existència d'altres possibilitats habitacionals, més flexibles, mòbils i dinàmiques, que en funció de les seves circumstàncies pròpies, han de ser igualment adequades i dignes i assegurar el dret a viure "con seguridad, paz y dignidad"⁽⁹¹⁾.

Des de la perspectiva europea, el citat article 31 del CSE ("Dret a la vida") fa referència al compromís de les parts signants d' "adoptar medidas" destinades a garantir l'exercici efectiu del DAV amb la finalitat de "1. [...] favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente"; 2. [...] prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. [...] hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes".

En referir-se a aquest article, l' "Informe explicatiu" del Consell d'Europa, afirma que la disposició esmentada "obliga a las Partes, en la medida de lo posible a tomar medidas en aras a eliminar progresivamente el sinhogarismo, promover el acceso a la vivienda de un nivel suficiente y procurar que el coste de acceso a la vivienda sea asequible para las personas que no

disponen de recursos suficientes. Vivienda 'suficiente' significa viviendas con un nivel sanitariamente aceptable. Para una definición de los términos 'que no disponen de recursos suficientes' cabe remitirse al artículo 13" (ep.118) ⁽⁹²⁾; "Corresponde a las autoridades competentes de cada Estado determinar, a nivel nacional, las normas nacionales aceptables en materia de vivienda." (ep. 119).

La interpretació del Consell Europeu de Drets Socials de l'apartat 1 de l'article 31 CSE, té el contingut literal següent (è.a.): "La noción de *vivienda adecuada* debe ser definida por una norma legal. Se entiende por 'vivienda de calidad suficiente', una vivienda salubre, con estructuras saludables, sin hacinamiento, y con garantías legales posesorias. Incumbe a los poderes públicos ofrecer los medios necesarios para que *la vivienda sea de un nivel adecuado* y que los plazos de espera para gozar de una vivienda no sean excesivos. Para que sea eficaz, el derecho a una *vivienda adecuada* debe estar jurídicamente protegido. Deben existir garantías procesales adecuadas. El residente o futuro residente debe poder acceder a procedimientos judiciales que sean imparciales y tengan un coste asumible" (2015: 340) ⁽⁹³⁾.

6. DOCTRINA DE NACIONS UNIDAS SOBRE EL CONCEPTO D' "HABITATGE ADEQUAT"

En l'àmbit de les Nacions Unides, la consideració de l'habitatge des de la perspectiva dels drets humans i el desenvolupament del concepte d'habitatge adequat ha merescut especial atenció en relació amb la interpretació dels Pactes i Tractats internacionals, en particular, el PIDESC. La doctrina establerta en aquest àmbit és especialment rellevant perquè, sense tenir caràcter vinculant, contribueix a fixar els criteris generals interpretatius i serveix de patró per perfilar i valorar l'abast dels compromisos internacionals assumits pels Estats signants, els avenços aconseguits i, si és el cas, les fites per aconseguir. Aquesta doctrina s'ha de complementar amb les previsions del Dret de la Unió Europea i les resolucions jurisdiccionals pronunciades pels tribunals internacionals que s'hagin de reconèixer o executar pels Estats part segons l'acord corresponent, pacte o conveni que els empara.

En resum, a la vista dels informes de Nacions Unides, els criteris o requisits que, en aquest àmbit, caracteritzen el concepte "d'habitatge adequat" se centren en els punts següents ⁽⁹⁴⁾:

1. Llibertats compreses en el dret a un habitatge adequat

En termes de drets humans el dret a un habitatge adequat comprèn les llibertats següents:

1.1. La protecció contra el desallotjament forçós i la destrucció i demolició arbitràries de la llar (*infra*, ep. 4).

1.2. El dret a ser lliure d'ingerències arbitràries en la llar, la privacitat i la família, i,

1.3. El dret a escollir la residència i determinar on viure i el dret a la lliure circulació.

En la nostra doctrina constitucional, el TC afirma que el dret a la lliure elecció del domicili "no puede entenderse como derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección por razones distintas a las derivadas de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 C.E.), del uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 C.E.) u otras que resulten

constitucionalmente admisibles. Por eso hemos declarado que –‘nada tiene que ver ese derecho con la validez o no de la adquisición de un inmueble’ (ATC 180/1984, fundamento jurídico 4º) o con las condiciones de la prórroga arrendaticia establecidas en la legislación de arrendamientos urbanos (AATC 227/1983 y 236/1985), pero también hemos afirmado que ‘la libertad de elección de residencia que atribuye a los españoles el art. 19 de la C.E. comporta la obligación correlativa de los poderes públicos de no adoptar medidas que restrinjan u obstaculicen ese derecho fundamental’ (STC 8/1986, fundamento jurídico 3º)” (STC, 28/1999, de 8 març, FJ 7).

2. *Altres drets vinculats al dret a un habitatge adequat*

Comprèn les matèries següents:

2.1. La seguretat de la tinença (*infra*, ep. 3.1).

2.2. La restitució de l’habitatge, la terra i el patrimoni en cas de persones refugiades o desplaçades i altres supòsits ⁽⁹⁵⁾.

2.3. L’accés no discriminatori i en igualtat de condicions en una vida adequada, i,

2.4. La participació en l’adopció de decisions vinculades amb la vida en el pla nacional i en la comunitat.

3. *Contingut positiu del dret a un habitatge adequat*

No és suficient que el dret a un habitatge adequat es limiti a l’ús i gaudi d’un espai materialment delimitat i destinat a habitatge, sinó que l’habitatge ha de ser tècnicament i sanitàriament “adequat” per pròpia aquest fi.

Els requisits “mínims” se centren en els punts següents (IDVAD, 2010: 4):

3.1. Seguretat jurídica de la tinença: “La vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas”.

En el Dret espanyol les persones i les famílies poden accedir a l’ús i gaudi d’un habitatge adequat acudint als sistemes de provisió d’habitatges procedents del sector privat o del sector públic. En general, en els negocis jurídics d’adquisició i trans-



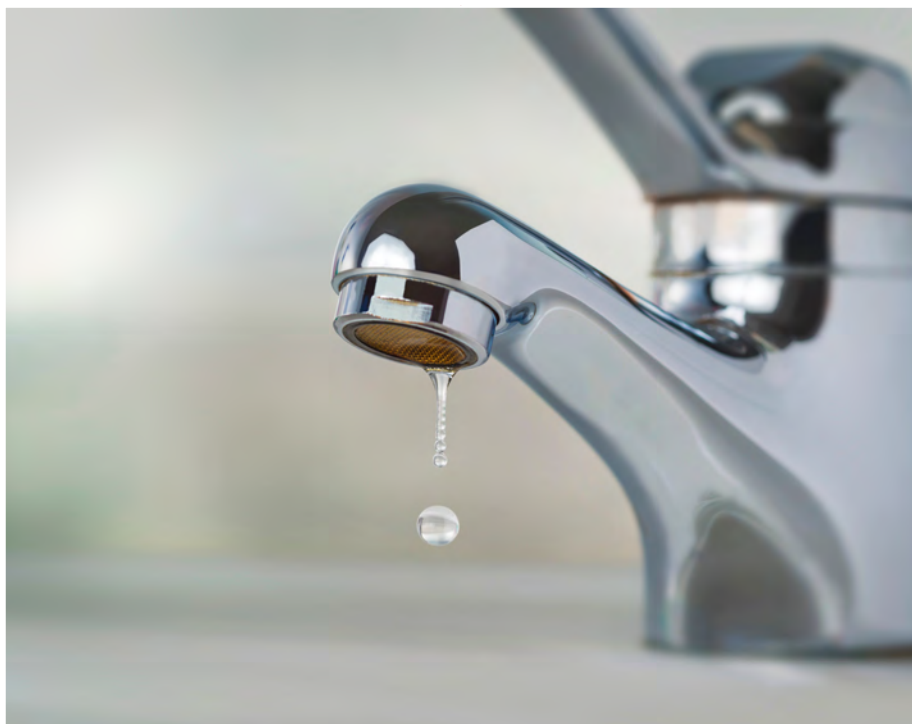
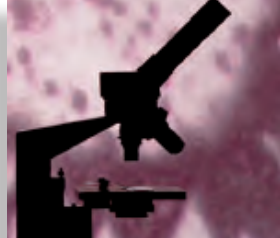
missió de béns immobles i drets reals, els requisits legals i les garanties de fons i de forma previstes en l’ordenament jurídic per mitjà del recurs a les institucions notarial i registral, tutelen, protegeixen i asseguren, amb eficàcia i eficiència, els interessos legítims que busquen les parts.

L’accés a l’habitatge pot derivar de qualsevol classe de negocis jurídics *inter vivos* o *mortis causa*, a títol onerós o gratuït, permesos per l’ordenament jurídic, es pot tractar d’un habitatge d’obra nova o procedent de segones o ulteriors transmissions, o per mitjà d’altres vies o canals; en plena propietat, limitada, compartida, condicionada, restringida o temporal; mitjançant drets reals d’ús, usdefruit o habitació, censos, dret de superfície, dret d’ús en supòsits de crisi familiar, reallotjament, comodati, precari, colonat, masoveria rural i urbana, cohabitatge (*co-housing*), cooperatives en cessió d’ús, habitatges d’inserció, allotjaments d’emergència i assentaments improvisats, o per mitjà de qualsevol altra forma legítima, de Dret privat o públic, que atribueixi l’ús o la tinença del bé ⁽⁹⁶⁾. En tots els casos, en nom de la seguretat jurídica, la convivència i la pau social, el títol habilitant per a l’ús i gaudi d’un habitatge ha de ser de procedència legítima i la seva possessió, immediata o

directa, també s’ha d’emparar en un títol possessori legítim.

En el supòsit de possessió o ocupació il·legítima del bé, l’ordenament jurídic ha de preveure els mitjans legals perquè el titular legítim desposseït pugui recuperar, aviat i amb total indemnitat, el ple i lliure exercici dels seus drets possessoris. L’ocupació d’habitatges sense títol legítim habilitant i una indiferència mal entesa o permissivitat pública que la toleri, incentivi o fomenti, no es pot considerar, de cap manera, com una solució a la problemàtica del DAV i més aviat l’agreuja, erosiona i soscava la pau i l’ordre social, jurídic i econòmic. Quan es produeixen ocupacions no legítimes es posa en qüestió la seguretat jurídica (art. 9.3 CE) i s’alteren l’estabilitat, la convivència, la pau social, l’ordre públic social, jurídic i econòmic, i els drets i valors vinculats amb aquests conceptes (v., *a.e.*, Preàmbul i art. 10.1 CE).

Sens perjudici, quan procedeixi, de la previsió de solucions habitacionals socials i legals adequades, és evident que, en aquests supòsits, la prioritat de l’ordenament jurídic ha de ser restablir i garantir, per descomptat, la seguretat jurídica de la tinença legítima, i fins i tot, oferir mitjans idonis de rescabament del dany econòmic cessant o emergent causat als qui han estat desposseïts il·legítimament



de la seva possessió, ús i gaudi. El dret a la llibertat circulatòria i deambulatòria; la protecció de l'ordre públic; i la prevenció i lluita contra l'abús de dret, les conductes antisocials o penalment il·lícites, constitueixen elements integrants del dret a viure en un lloc amb seguretat, pau i dignitat. D'altra banda, tampoc correspon als titulars de drets dominicals o possessoris l'ús i el gaudi legítim dels béns, carregar amb usurpacions temporals d'ús o amb l'assumpció forçosa i onerosa de funcions socials, imposades per pur atzar i oportunisme, quan cau pel seu pes, que en virtut de les previsions constitucionals i compromisos convencionals internacionals assumits, la seva satisfacció adequada correspon, fonamentalment, a l'acció positiva dels poders públics competents, que són els que realment tenen a la seva disposició la possibilitat d'adoptar un catàleg ample d'ajudes i mesures correctores, de política legislativa habitacional, social i econòmica.

Com diu la STC 32/2019, Ple, 28 febrer, "el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que, como el resto de los derechos, ha de ejercerse dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás, que, como expresa el art. 10.1 CE, son fundamento del orden

político y de la paz social' (STC 160/1991, FJ 11). De este modo, para habitar lícitamente en una vivienda es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse. Por ello, que la libre elección de domicilio forme parte del contenido de la libertad de residencia proclamada en el art. 19 CE, en modo alguno justifica conductas tales como 'invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles' (STC 28/1999, de 8 de març, FJ 7, i ATC 227/1983, de 25 de maig, FJ 2)" (FJ 5).

3.2. Disponibilitat de subministres bàsics i serveis. L'habitatge ha de disposar de serveis, materials, instal·lacions i infraestructures. L'habitatge no serà adequat si els seus ocupants no disposen d'aigua potable, energia i mitjans per a la cocció, la calefacció, l'enllumenat i la conservació d'aliments, instal·lacions adequades de sanejament i mitjans o serveis per a l'eliminació de residus.

3.3. Assequibilitat. L'habitatge no és adequat si la seva possessió i despeses de manteniment posen en perill o dificulten el gaudi d'altres drets humans i necessitats bàsiques de les persones residents a l'habitatge.

3.4. Habitabilitat. L'habitatge no és adequat si no es garanteix seguretat física o no proporciona espai suficient, així com protecció contra el fred, la humitat, la calor, la pluja, el vent o altres riscos i inclemències per la salut o hi ha perills estructurals. Per exemple, com adverteix la Comissió Europea (2019), "La población en riesgo de pobreza se encuentra más expuesta a sufrir deficiencias la vivienda tales como filtraciones de agua en tejados, humedades en las paredes o falta de instalaciones básicas sanitarias. Aunque se advierte una tendencia a la baja, esta problemática afectaba al 13,1 % de la población de la UE en 2017" (a Espanya, el 21,6 % de la població) ⁽⁹⁷⁾.

En relació amb el propi bé i amb graduació més o menys intensa en funció del supòsit de fet que procedeix i els seus efectes, també incidiran en aquesta matèria, els habitatges sobreocupats; amb defectes estructurals, o construïts amb materials no saludables, tòxics o perillosos (p. ex., síndrome de l'edifici malalt; elements constructius amb asbest o amiant; aluminosi; escomeses d'aigua potable de plom; ús de pintures o vernissos tòxics no aptes per a l'ús domèstic; estructures de fusta afectades per corc o termites; etc.) i totes aquelles circumstàncies externes de l'entorn que afecten el benestar, la salut i la qualitat de vida dels qui resideixin al lloc de la ubicació de l'habitatge.

D'acord amb la OMS (1990: v), "Además de su finalidad básica de guarecer al ser humano contra los elementos y darle un ámbito para la vida familiar, la vivienda debe protegerle contra los riesgos del entorno físico y social para la salud.- Lo ideal sería que la vivienda fomentara la salud física y mental y proporcionara a sus ocupantes seguridad psíquica, vínculos físicos con su comunidad y su cultura y un medio para expresar su individualidad". En resum, "Una vivienda será saludable cuando presente riesgos controlados y previsibles o carezca totalmente de ellos. La Vivienda Saludable incluye no solamente la casa, sino también el entorno físico y psicosocial, la familia misma o el hogar y la comunidad." (OPS/OMS, 2009: 8) ⁽⁹⁸⁾. Els principis fonamentals relatius a les característiques de l'habitatge i la salut humana són els següents (OMS, 1990:1) ⁽⁹⁹⁾: 1. Protecció contra les malalties transmissibles. 2. protecció contra els traumatismes, les intoxicacions i les malalties cròniques. 4. Millora de l'entorn habitacional. 5. Ús adequat de

l'habitatge. 6. Protecció de poblacions especialment exposades ⁽¹⁰⁰⁾.

3.5. *Accessibilitat*. "La vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados".

3.6. *Ubicació*. "La vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas". Per exemple, si l'habitatge està situat en zona inundable, pantanosa o insalubre; en zones d'elevada sismicitat o amb vibracions; amb defectes d'assentament, amenaça d'allaus; o qualsevol altre tipus de risc, amenaça o contaminació que sigui perillosa per a la salut (p. ex., contaminació acústica, atmosfèrica, lumínica, de les aigües, per gasos, radioelèctrica, radioactiva o nuclear, química, del sòl...).

3.7. *Adequació cultural*. "La vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural".

4. Protecció contra els desallotjaments forçosos

"La protección contra los desalojos forzosos es un elemento clave del derecho a una vivienda adecuada y está vinculada estrechamente a la seguridad de la tenencia." (IDVAD, 2010: 4-5). La OG n. 7 ⁽¹⁰¹⁾ defineix el desallotjament forçós de la manera següent: "el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos" (ep. 3), no obstant això, "la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos" (*ibdm.*). Aquesta doctrina es conté en la STC 32/2019, Ple, 28 febrer, FJ 6.

Quan el desallotjament o desnonament del llogater o ocupant està legalment justificat, els poders públics han d'assegurar que s'efectua de manera lícita, raonable i proporcionada, i d'acord amb el Dret internacional (ep. 14). L'esmentada OG diu que els desallotjaments "no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros



derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda" (ep. 16) ⁽¹⁰²⁾.

En aquest sentit cal evitar o minimitzar la necessitat d'utilitzar la força per procedir als desallotjaments i aquests s'han d'acordar amb les garanties processals adequades: oportunitat de consultar les persones afectades; notificacions prèvies, informació sobre el desallotjament previst; presència d'autoritats judicials o funcionaris *ad hoc*; identificació de les persones que l'efectuaran; prohibició d'efectuar desallotjaments quan faci mal temps, en hores intempestives o de nit; disponibilitat d'assistència legal i accés a recursos jurídics ⁽¹⁰³⁾.

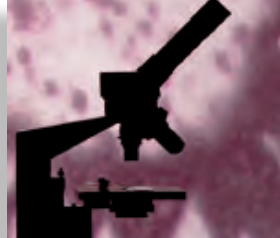
Les polítiques socials relatives a l'accés a l'habitatge, no són un impediment perquè, d'acord amb la STC 32/2019, Ple, 28 febrer, s'ha de partir de la premissa "de que la ocupación no consentida ni tolerada no es título de acceso a la posesión de una vivienda, ni encuentra tampoco amparo en el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE)" (FJ 3) i que segons el TEDH (assumpte

Casa di Cura Valle Fiorita, S.R.L. c. Italia, 13 desembre 2018), "la demora prolongada de las autoridades públicas a la hora de ejecutar una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de planificar cuidadosamente el desalojo con el fin de preservar el orden público y garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo n. 1 CEDH)" (*ibidem.*).

D'altra banda, en un altre tipus de qüestions, el TC ha declarat constitucional la privació del dret a l'ús de l'habitatge (o local) per temps no superior a tres anys prevista com a sanció en funció de la gravetat de la infracció i dels perjudicis provocats a la comunitat per causa de l'incompliment de deures propis d'una relació juridicoprivada derivada del règim de propietat horitzontal.

7. CONTINGUT NEGATIU DEL DRET A UN HABITATGE ADEQUAT

En sentit negatiu, segons Nacions Unides (IDVAD, 2020: 6-9), en resum, cal evi-



tar els "errors" següents sobre el sentit i el significat del dret a un habitatge adequat:

a) "El dret a un habitatge adequat NO exigeix que l'Estat construeixi un parc d'habitatges per a tota la població".

L'informe diu que un dels errors més freqüents vinculats amb el dret a un habitatge és entendre que "requiere que el Estado construya viviendas para toda la población, y que las personas que carecen de vivienda puedan pedirla automáticamente al gobierno. Si bien la mayoría de los gobiernos participan en cierta medida en la construcción de viviendas, el derecho a una vivienda adecuada evidentemente no obliga al gobierno a construir el parque de viviendas para toda la nación.". Entre les conclusions de l'Informe de la relatora especial sobre un habitatge adequat (Consell de Drets Humans de Nacions Unides, 40è període de sessions, 2019, A/HRC/40/61), s'afirma que "72. El acceso a la justicia no consiste en exigir una vivienda proporcionada por el Estado, sino en reconocer la dignidad inherente y los derechos iguales e inalienables de aquellos cuyo derecho a la vivienda se ha visto vulnerado. Entraña establecer un espacio de derechos humanos en el que se exponga claramente y se valore la reivindicación del derecho a vivir con dignidad y seguridad y

se responda a ello.". D'altra banda, fins i tot en les economies liberals, la intervenció de les Administracions públiques pot ser especialment necessària quan es tracta de persones i famílies afectades per determinats esdeveniments o circumstàncies que afecten col·lectius o grups de persones amb necessitats o en situacions especials (p. ex. catàstrofes naturals, conflictes armats, accidents nuclears, col·lectius socials especialment vulnerables...).

En relació amb l'article 47 CE, BASSOLS COMA 81984: 336), diu que l'objectiu tutelat "no es directamente asegurar universalmente [...] la titularidad [...] de un inmueble *in natura*, destinado a vivienda. El inmueble o bien vivienda, es un medio instrumental respecto a la necesidad social o colectiva que la norma constitucional protege: que no es otro que asegurar a todos los españoles la satisfacción de la necesidad de alojamiento o habitabilidad"; amb aquesta finalitat, els poders públics, per mitjà de diverses prestacions administratives, han d'assegurar "la posibilidad de acceder al disfrute del bien vivienda en función de sus rentas y de su derecho a la libertad de residencia y domicilio".

En general, en un sistema econòmic basat en la llibertat personal i d'empresa, en l'esforç i treball de les persones com a mitjà bàsic per a l'obtenció de rendes, en

el reconeixement del dret a la propietat i a l'herència, i en l'intercanvi de béns i serveis mitjançant el preu adequat amb les lleis del mercat, l'accés a l'habitatge s'ha configurat tradicionalment com una qüestió de naturalesa privada, personal i patrimonial. En aquest sentit, a Espanya (dades de 2011), el 78,94% dels habitatges principals es posseeix en propietat (Eurostat-28, el 70,5%), i el 21,06% es troba en lloguer o cessió gratuïta⁽¹⁰⁴⁾. D'altra banda, en principi, amb abstracció plena de la relació jurídica que reguli el dret a l'ús i gaudi d'un habitatge, en l'àmbit familiar, el dret a l'ús i gaudi d'un habitatge s'ha d'assumir i forma part del contingut propi dels deures, drets i obligacions familiars, i determinats aspectes relatius a la satisfacció d'aquesta necessitat estan protegits i regulats en l'àmbit de les relacions de parella, la família i el parentiu (contribució econòmica o prestacional com a dret d'aliments tant en sentit estricte com ampli).

Malgrat una intervenció pública activa i destacada en matèria d'habitatge, a la pràctica cal observar que, a l'atzar de les polítiques neoliberals en les últimes dècades s'ha produït un canvi notable en les polítiques mundials sobre l'habitatge, perquè s'ha acceptat l'opinió que els governs havien de renunciar al seu paper de proveïdors d'habitatges assequibles i convertir-se en facilitadors, donant suport a la demanda del mercat en lloc d'oferir productes directament. Aquestes polítiques han comportat que la majoria de països hagin optat per la promoció dels mercats immobiliaris i la propietat individual, per la privatització dels programes d'habitatge social i la desregulació dels mercats de finançament d'habitatge.

Aquest procés ha afavorit una nova visió dels concepte d'habitatge adequat que, de considerar-se un bé social ha passat en molts casos a considerar-se un producte comercial, susceptible d'especulació, reconeixent el sector immobiliar com una de les forces impulsores del creixement econòmic continuat i sostenible. Els excessos d'aquestes polítiques legislatives són ben coneguts: van comportar una crisi immobiliària profunda i financera mundial; han evidenciat la ineficàcia de les polítiques desreguladores; han causat enormes costos socials i econòmics que encara no estan resolts, i s'han mostrat ineficients per facilitar l'accés a l'habitatge de les famílies amb menys ingressos⁽¹⁰⁵⁾. Encara que des

del punt de vista teòric cal afirmar que en les economies capitalistes de mercat no és necessari que els poders públics es converteixin en proveïdors o facilitadors d'habitatges, la realitat economicosocial desmenteix aquesta asserció ⁽¹⁰⁶⁾. En paraules que encara tenen plena actualitat, segons J. K. GALBRAITH (1992), “no hay ningún país económicamente avanzado [...] en el que el sistema de mercado produzca casas que puedan permitirse los pobres” ⁽¹⁰⁷⁾. En l'Informe “Agenda Urbana Espanyola 2019” (Ministeri de Foment, 2019: 31), es posa de relleu que “la vivienda digna y adecuada, a precios asequibles y la garantía de su acceso para todos los ciudadanos constituye uno de los grandes retos que afronta España”.

Malgrat una intervenció pública activa i destacada en matèria d'habitatge, a la pràctica cal observar que, a l'atzar de les polítiques neoliberals en les últimes dècades s'ha produït un canvi notable en les polítiques mundials sobre l'habitatge, perquè s'ha acceptat l'opinió que els governs havien de renunciar al seu paper de proveïdors d'habitatges assequibles i convertir-se en facilitadors, donant suport a la demanda del mercat en lloc d'oferir productes directament

A diferència del que s'observa en altres països europeus, l'Informe esmentat adverteix sobre la gairebé inexistència de parcs públics d'habitatge social, sobretot en règim de lloguer públic, la qual cosa dificulta l'accés a un habitatge a preu assequible als qui més el necessiten, i la incidència que han tingut unes polítiques públiques que van apostar, sistemàticament, per la construcció d'habitatges sotmesos a algun règim de protecció pública (el 36,8% dels habitatges construïts entre 1951 i 2015), amb la seva transmissió mitjançant compra, amb incentius importants per als promotors i les mateixes famílies adquirents, però sense afavorir prou l'existència de parcs públics i privats d'habitatges socials en lloguer. Aquestes polítiques van ser útils per afavorir l'accés a l'habitatge en propietat de les classes mitjanes, però no han estat suficients per crear un parc



públic d'habitatges socials i facilitar l'accés a habitatges socials en règim de lloguer a les classes socials amb menys recursos econòmics.

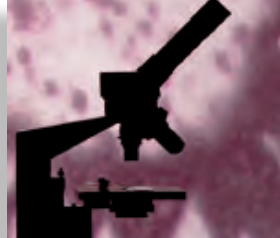
Tot això evidencia la persistència en el temps del problema a l'habitatge assequible que cal atribuir a múltiples causes i la necessitat d'una política sostinguda, eficient, sostenible, activa, eficaç i vigilant dels poders públics en matèria d'habitatge familiar en el marc d'una economia social de mercat i d'un Estat de benestar ⁽¹⁰⁸⁾. Com diu la relatora especial de les Nacions Unides, RAQUEL ROLNIK (2012: 9), en una admonició no sempre atesa pels poders públics, “Los Estados deben vigilar constantemente las políticas de vivienda y evaluar su compatibilidad con la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada. Cuando se demuestre que una política perjudica el disfrute de ese derecho (por ejemplo, cuando las políticas de vivienda provoquen especulación de terrenos, un aumento del número de personas sin hogar, discriminación o crisis de asequibilidad) ⁽¹⁰⁹⁾, los Estados deberán ajustar y rectificar sus políticas y programas en consecuencia ⁽¹¹⁰⁾”.

En resum, cal prestar especial atenció a les persones i grups familiars que, a cau-

ses, manquen de recursos i es troben en situació d'especial necessitat habitacional i no poden accedir-hi pels seus propis mitjans (v. arts. 15.3, 16, 23, 30 i 31 CSE i STC 154/2015, Ple, de 9 de juliol, FJ 7). En aquest sentit, les mesures de política legislativa dirigides a promoure l'accés al dret poden comprendre diverses vies, entre elles, el règim d'habitatges socials, protegits, de protecció oficial o pública, subvencions destinades al lloguer, beneficis tributaris especials, etc. (v. objectius del Pla Estatal 2018-2021, segons el RD 106/2018, de 9 de març, i les previsions en aquest àmbit de les comunitats autònomes respectives i de les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla) ⁽¹¹¹⁾.

b) “El dret a un habitatge adequat NO és només és una fita programàtica que s'ha d'assolir a llarg termini”.

És errònia la creença que el dret a un habitatge adequat no imposa obligacions immediates a l'Estat. Els poders públics han de fer tots els esforços i adoptar totes les mesures possibles dins els recursos que disposen per dur a terme a la pràctica el dret a un habitatge adequat. Malgrat l'existència de limitacions pressupostàries, determinades mesures s'han de considerar d'efecte immediat; p. ex., garantir el dret a un habitatge adequat en condicions no discriminatòries i d'igualtat; elaborar



lleis i plans d'acció específics, prevenir els desallotjaments forçosos, i garantir la seguretat jurídica de la tinença.

c) “El dret a un habitatge adequat NO prohibeix els projectes de desenvolupament que podrien desplaçar les persones”.

Per exemple, projectes de desenvolupament, rehabilitació o modernització de certes àrees o territoris, millora o creació d'infraestructures, etc., però cal consultar els col·lectius afectats i buscar solucions que minimitzin l'escala dels desallotjaments, les pertorbacions, els desplaçaments de població i altres possibles perjudicis. D'acord amb l'Informe DVAD (2010: 7-8), “El derecho a una vivienda adecuada no impide que tenga lugar el desarrollo, pero le impone condiciones y límites de procedimiento. Lo importante es la forma en que dichos proyectos son concebidos, formulados y aplicados. Muy a menudo se los lleva a cabo sin efectuar consultas con las personas afectadas, con escasa consideración de sus necesidades y con poco esfuerzo para elaborar soluciones que minimicen la escala de los desalojos y las perturbaciones que causan.”.

d) “El dret a un habitatge adequat NO és el mateix que dret a la propietat”.

El reconeixement del DAV no equival a un dret a la propietat ni el dret de propietat, però tampoc no ha de comportar una amenaça al dret a la propietat. El dret a la propietat està reconegut en les declaracions i convencions següents: DUDH (art. 17); CEDH (protocol 1, art. 1); CDFUE (art. 17); DADH (art. XXIII); CADH (art. 21) i CA-DFH ⁽¹¹²⁾ (arts. 14 i 13.3) i en altres tractats com la Convenció internacional sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació racial (art. 5, lletres d, i v) i la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona (art. 16, lletra h).

No obstant això, com diu l'Informe DVAD (2010: 8), el dret a un habitatge adequat té un contingut més ampli que el dret a la propietat perquè preveu altres drets no vinculats amb la propietat i té com a finalitat assegurar que totes les persones, incloses les que no són propietàries, tinguin un lloc segur per viure en pau i dignitat. En la CE (arts. 33 i 129.2) es reconeix el dret a la propietat i a l'herència, es fa referència a la funció social d'aquests drets i a la delimitació del seu contingut d'acord amb les lleis ⁽¹¹³⁾. En tot cas, segons el que s'ha exposat, la seguretat jurídica en l'accés, tinença i gaudi de l'habitatge a través del dret de propietat o un altre títol jurídic legítim, constitueix una de les facetes o pedres an-

gulars del dret a un habitatge adequat i ha de ser protegit, respectat i tutelat per l'ordenament jurídic contra qualsevol classe o forma de pertorbació il·lícita.

e) “El dret a un habitatge adequat NO és el mateix que el dret a la terra”.

Són aplicables, *mutatis mutandis*, les reflexions exposades en l'apartat anterior. El dret a un habitatge adequat no és equivalent a un dret a la terra. Les normes internacionals de drets humans no reconeixen un dret autònom a la terra i l'ús d'un espai físic idoni, però especialment a les àrees rurals, l'accés a la terra i el seu control pot constituir un element necessari per a l'exercici del dret a un habitatge adequat. En tot cas, la satisfacció de la necessitat d'habitatge es pot fer per mitjans i mecanismes jurídics molt diversos, privats i públics, sense que això faci necessari que hi hagi un dret a la terra.

f) “El dret a un habitatge adequat inclou tenir accés a serveis adequats”.

El dret a un habitatge adequat no només es refereix a l'estructura material de la casa. És necessari que tingui un accés sostenible i no discriminatori als serveis fonamentals en matèria de salut, seguretat, comoditat i alimentació i accés al subministrament d'aigua potable, energia, enllumenat, instal·lacions sanitàries i de lavabo, als mitjans d'emmagatzemar aliments i d'eliminar residus, al desguàs dels terrenys i als serveis d'emergència.

8. SUPÒSITS D'HABITATGE NO ADEQUAT

En concordança amb el IDVAD, l'habitatge deixarà de ser, més o menys “adequat” quan no es compleixin les condicions “mínimes”, qualitatives i quantitatives, institucionals, personals o reals –internes o externes–, abans exposades. En règim de mercat, la resposta als supòsits d'habitatge inadequat o d'habitatge insegur que es puguin resoldre pels mateixos interessats o obligats, generalment comportaran que aquests, lliurement i en el marc de les seves possibilitats, a càrrec seu i pel seu compte i risc, procedeixin a les actuacions de reparació, rehabilitació, reforma, adequació o substitució del bé afectat, que considerin més convenients per als seus interessos. Quan per manca o insuficiència de recursos econòmics o per altres causes

legalment previstes, aquestes determinacions no siguin possibles, en matèria que excedeix del seu tractament detallat en aquest estudi, en síntesi, en la normativa estatal i autonòmica es preveuen ajudes i subsidis, per a la millora, la rehabilitació o l'adquisició o l'accés a habitatges; rendes mínimes d'inserció de diversos tipus; i es regulen els supòsits i requisits que s'han de complir per a la concessió d'ajudes destinades a accedir en propietat als habitatges protegits de nova construcció i als usats i a l'ús o gaudi d'habitatges de protecció oficial (VPO) o habitatges socials⁽¹¹⁴⁾.

A títol d'exemple, segons la LDAV/Cat., entre altres requisits, els beneficiaris de VPO han de complir els requisits de nivells màxims i mínims d'ingressos que en cada moment determinin els plans d'habitatge i no disposar d'altres habitatges alternatius en propietat amb les excepcions i les condicions excepcionals que estableixin els plans d'habitatge per als col·lectius de persones que necessiten una protecció especial (art. 81). En resum, davant un supòsit de necessitat d'habitatge, les situacions i requisits que les persones o unitats de convivència han de satisfer per accedir a una VPO i inscriure's en el Registre de Sol·licitants d'Habitatge de Protecció Oficial de Catalunya, són els següents⁽¹¹⁵⁾:

1. Supòsits en què s'entén que no es disposa d'habitatge

- Si no es disposa d'un habitatge en propietat, amb dret de superfície o usufruct⁽¹¹⁶⁾.

- Si es disposa d'habitatge en propietat, amb dret de superfície o usufruct, i el seu valor no supera el 40% del preu de l'habitatge que es vol adquirir. Aquest valor es determinarà d'acord amb la normativa de l'impost sobre transmissions patrimonials. Aquest valor s'eleva fins al 60% en els supòsits següents: persones de més de 65 anys, dones víctimes de violència de gènere, víctimes de terrorisme, famílies nombroses, famílies monoparentals amb fills, persones dependents o amb discapacitat oficialment reconeguda, i les famílies que les mantinguin al seu càrrec i persones separades o divorciades al corrent de pagament de les pensions d'aliments i compensatòries, si fos el cas.

2. Supòsits en què es considera que no es disposa d'habitatge adequat o quan aquest es troba a disposició del sol·licitant



- Habitatge fora d'ordenació urbanística o declarat en estat de ruïna i amb acord per la seva demolició (v. art. 31 Llei [Gencat] 18/2007, de 28 desembre).

- Habitatge inclòs en una relació definitiva de béns i drets afectats per un expedient expropiatori.

- Immoble declarat infrahabitatge (a.e., "l'immoble que, tot i que no té cèdula d'habitabilitat ni compleix les condicions per a obtenir-la, es destina a habitatge"; v. arts. 3.f i 44 Llei [Gencat] 18/2007, de 28 desembre).

- Si l'habitatge ha estat designat judicialment com a domicili de l'altre cònjuge, en un procediment de nul·litat, separació o divorci, sempre que el sol·licitant no disposi d'un altre habitatge adequat a la seva disposició.

- Si l'habitatge està a disposició dels sol·licitants en els casos d'abandonament del domicili familiar, com a conseqüència de maltractaments produïts en l'àmbit familiar formalment denunciats davant les autoritats competents.

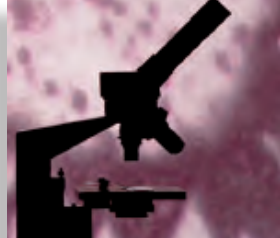
- La disponibilitat d'un habitatge en lloguer o la disponibilitat d'ús d'un habitatge conjugal per part de persones separades o divorciades no és un obstacle per a la ins-

cripció en el Registre sempre que es compleixin els altres requisits legals exigits.

- Si l'habitatge està situat en un edifici que no compleix les determinacions relatives a accessos i aparells elevadors contingudes en la normativa d'accessibilitat i supressió de barreres arquitectòniques⁽¹¹⁷⁾, sempre que no sigui possible un ajust raonable i que algun membre de la unitat de convivència acrediti la condició de discapacitat amb mobilitat reduïda permanent. En aquest supòsit i els següents, les persones sol·licitants que hagin resultat adjudicatàries d'un habitatge protegit hauran d'acreditar la transmissió de l'habitatge anterior per poder obtenir el visat corresponent.

- Si l'habitatge està ocupat per unitats de convivència amb ràtios de superfície per persona inferiors als establerts per la normativa de condicions d'habitabilitat⁽¹¹⁸⁾.

- Si l'habitatge que ha estat o és domicili habitual d'algun membre de la unitat de convivència no està situat en l'àmbit comarcal de demanda en el qual se sol·licita l'habitatge, quan el sol·licitant acrediti motius de mobilitat laboral, de dependència física o qualsevol altre tipus que justifiquin de forma suficient el canvi de domicili.



9. L'HABITATGE SOSTENIBLE

El significat de l'adjectiu "sostenible" és doble, i respecte de l'expressió "habitatge sostenible", de la mateixa manera que pot succeir en altres supòsits, és aplicable a tots dos casos. Segons el DRAE, els possibles significats són els següents: 1. *Adj.* Que es pot sostenir. 2. *Adj.* Especialment en ecologia i economia, que es pot mantenir durant molt de temps sense esgotar els recursos o causar un dany greu". Al seu torn, entre els significats del verb "sostenir", es troben "sustentar" i "mantenir".

En resum, el primer significat convé especialment en relació amb l'accés i la sostenibilitat economicofinancera dels habitatges i la qüestió social de l'habitatge. En aquest supòsit, la problemàtica del DAV se centra en els aspectes següents: les despeses d'adquisició o del lloguer i les despeses relacionades amb l'habitatge (fins i tot el cost dels serveis) que implica la destinació a l'habitatge d'una part significativa de les disponibilitats econòmiques dels qui l'habiten; la satisfacció de la demanda creixent d'habitatges socials o de protecció oficial i altres opcions possibles relatives a habitatges assequibles; la superació de les dificultats en l'accés i el manteniment d'habitatges adequats, i l'augment del nombre de persones endeutades per lloguers i hipoteques,

d'ocupacions possessòries sense títol legítim i de persones sense llar⁽¹¹⁹⁾.

El segon significat, encara que també pot cabre en la primera accepció, té en compte la problemàtica derivada dels costos socials i mediambientals i és possible vincular el concepte amb el desenvolupament sostenible, entès originàriament com "aquel que permite satisfacer las necesidades de las actuales generaciones, sin poner en peligro las oportunidades de las generaciones futuras de satisfacer las suyas. (Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo -Comisión Brundtland-: Nuestro Futuro Común ONU 11/12/1987)"⁽¹²⁰⁾. Com posa de relleu el *Llibre Blanc* de la Sostenibilitat Urbanística (2010: 11 i sg.)⁽¹²¹⁾, la qüestió de la sostenibilitat està de moda davant el reconeixement general de l'existència de disfuncions mediambientals i socials que, lluny de reduir-se amb el creixement i el desenvolupament econòmic, van en augment, la qual cosa ha conduït a la defensa de la "sostenibilitat" com a element de necessària i ineludible consideració en el desenvolupament de les activitats humanes i, en concret, en l'àmbit que s'examina, afecta a l'urbanisme, les àrees rurals i urbanes, i l'habitatge. Malgrat que l'anomenada arquitectura passiva que es defineix com aquella que s'adapta a les condicions

climàtiques es coneix des de l'antiguitat (M. LOZANO REINA, 2015), fins a dates recents les societats modernes s'han despreocupat de la seva aplicació pràctica.

En termes constructius i mediambientals, un habitatge és sostenible quan "es eficiente y a la vez respetuosa con el medio ambiente, ahorra energía, agua y recursos y reduce la contaminación. Este tipo de arquitectura minimiza el impacto medioambiental que tienen los edificios sobre el entorno geográfico, podríamos decir que es una vivienda que se encuentra en consonancia con la naturaleza. Para que sea sostenible debe ser una vivienda bioclimática⁽¹²²⁾, es decir, que intenta aprovechar al máximo las condiciones de la naturaleza para reducir todo lo posible las necesidades energéticas" (B. SANTA-CRUZ HELLÍN, 2014: 12). En aquest sentit, la LDAV/Cat., defineix la *sostenibilitat* com "el conjunt de condicions que faciliten l'ús eficient de materials en l'edificació; l'estalvi; l'ús eficient de les energies i els recursos; la minimització i la gestió dels residus domèstics i de les emissions, i, en general, totes les mesures orientades a l'ecoeficiència dels habitatges, els edificis d'habitatges, les estances i els espais comuns que els integren i les seves instal·lacions" (art. 3.o). En nom de la finalitat indicada, els edificis passius es dissenyen perquè siguin al més eficients i neutres possible en termes de consum energètic (edificios NZEB, *Nearly –o Net– Zero Energy Buildings*)⁽¹²³⁾.

A títol d'exemple, segons la LDAV/Cat., entre altres requisits, els beneficiaris de VPO han de complir els requisits de nivells màxims i mínims d'ingressos que en cada moment determinin els plans d'habitatge i no disposar d'altres habitatges alternatius en propietat amb les excepcions i les condicions excepcionals que estableixin els plans d'habitatge per als col·lectius de persones que necessiten una protecció especial (art. 81)

D'altra banda, la problemàtica de la sostenibilitat mediambiental no es limita a l'adopció de mesures d'abast local, regional o nacional, sinó que, a causa de la

interdependència planetària i la crisi climàtica, requereix l'adopció multisectorial de polítiques internacionals coordinades i solidàries globals. Davant una situació mundial generalitzada d'emergència climàtica i medi ambiental, el tractament del gaudi de propietats privades o públiques, avui dia, el dret a la propietat i les pautes de producció, ús i consum de béns i serveis i de reproducció social, no es pot concebre en absolut com una cosa aliena a aquesta problemàtica.

En l'àmbit convencional internacional, hi ha diversos instruments sobre el desenvolupament sostenible i l'urbanisme ⁽¹²⁴⁾ i l'expressió "habitatge sostenible" s'utilitza de manera explícita i adquireix especial significació en relació amb l'aprovació de la citada *Carta de Ginebra de Nacions sobre Habitatge Sostenible* (CGIN, 2015). En resum, l'apartat 1 de la CGIN posa de relleu que l'habitatge sostenible "desempeña un papel fundamental en la calidad de la vida humana. El impacto positivo de la vivienda puede aumentar con la aplicación de principios de: protección medioambiental, eficacia económica, inclusión y participación social y adecuación cultural. El desarrollo de un hábitat sostenible en la región de la CEPE se enfrenta a numerosos retos que son principalmente consecuencia de la globalización, el cambio climático y la crisis económica."

D'acord amb la CGIN (apartats 17 i sg.), els quatre eixos de treball i àmbits d'actuació que configuren el concepte d'habitatge sostenible es centren en les matèries i àmbits d'actuació següents:

a) *Protecció del medi ambient*: "Limitar el impacto negativo de la vivienda en el medio ambiente y mejorar la eficiencia energética en el sector de la vivienda".

b) *Eficàcia econòmica*: "Promover el acceso a la vivienda en un marco de desarrollo económico sostenible".

c) *Inclusió social i participació*: "Promover viviendas dignas, adecuadas, salubres, accesibles y seguras".

d) *Adequació cultural*: "Promover la aplicación continuada de los principios de vivienda sostenible".

Tanmateix, l'objectiu 11 de l'esmentada *Agenda 2030 per al Desenvolupament Sostenible* (Assemblea General de l'ONU,



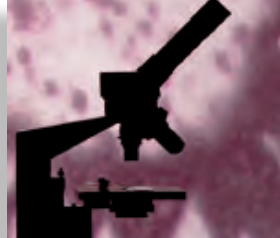
2015), relativa a l'objectiu (è.a.): "Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles", es fixa entre altres objectius "1. De aquí a 2030, *asegurar el acceso* de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales"; "3. ... aumentar la *urbanización* inclusiva y sostenible..."; "4. ...proteger y salvaguardar el patrimonio cultural y natural del mundo"; "6. ...reducir el *impacto ambiental* negativo per cápita de las ciudades, incluso prestando especial atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo"; "7. ... proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos seguros, inclusivos y accesibles, ". Adoptar "b. ... políticas y planes integrados para promover la inclusión, el uso eficiente de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación a él y la resiliencia ante los desastres".

En aplicació d'aquesta Agenda, la UNECE i el *Real Estate Market Advisory Group* (REM) (2019), han formulat, actualitzat i afegit dos altres principis als Principis Polítics Marc per un Mercat Immobiliari Sostenible (en total 12). Aquests principis emfatitzen la rellevància del sector immobiliari i l'economia urbana en relació amb: l'ecologia, l'eficiència i l'economia verda,

les ciutats intel·ligents, la contribució a la qualitat de vida i la salut, i la inclusió i la promoció social del dret a l'habitatge, com a elements clau d'un creixement econòmic sostenible ⁽¹²⁵⁾.

A la Unió Europea, des d'una perspectiva sectorial, en la Tercera Conferència de Ministres europeus sobre l'habitatge sostenible (2002) ja es posava de relleu que les construccions existents s'havien de fer més sostenibles modernitzant-les o assegurant que en ser renovades es tinguin en compte de manera prioritària la seva sostenibilitat. Davant la constatació que el sector de l'habitatge i dels serveis, format majoritàriament per edificis, absorbia més del 40% del consum final d'energia de la CE i es trobava en fase d'expansió, tendència que previsiblement farà augmentar el consum d'energia i, per tant, les emissions de diòxid de carboni, es van aprovar les Directives, 93/76/CEE; 2006/32/CE i la 2002/91/CE.

Actualment, aquesta matèria està regulada per les Directives següents: Directiva 2010/31/UE, relativa a l'eficiència energètica dels edificis; Directiva 2012/27/UE, relativa a l'eficiència energètica, i Directiva (UE) 2018/844, del Parlament Europeu i del Consell de 30 de maig de 2018, que modifica les Directives anteriors. Aquesta



última Directiva respon al compromís de la UE d'establir un sistema energètic, sostenible, competitiu i descarbonitzat que ha de culminar l'any 2050 (v. considerant 9). Finalment, l'11 de desembre 2019, la Comissió Europea va presentar el *Pacte Verd Europeu per a la Unió Europea (UE) i els seus ciutadans*, que "Reanuda el compromís de la Comisión de responder a los desafíos del clima y el medio ambiente, que constituye la tarea definitoria de esta generación." (Brussel·les, 11.12.2019, COM(2019) 640 final). En el Pacte es preveu un full de ruta i les accions a desenvolupar en aquesta matèria ⁽¹²⁶⁾.

10. EXCLUSIÓ SOCIAL I SENSELLARISME

D'acord amb l'Informe DVAD (2010: 24), "la pobresa es el denominador común en la carencia de hogar. Otras causas o factores que hacen que las personas sean más vulnerables a la falta de hogar son el desempleo, la falta de sistemas de seguridad social, la falta de vivienda asequible, los desalojos forzados, la no disponibilidad de vivienda social, los conflictos y los desastres naturales, así como la falta de atención a las necesidades de los más vulnerables" ⁽¹²⁷⁾. En general, la manca d'habitatge digne i adequat i l'exclusió social o residencial provoquen perjudicis personals i socials en

matèria de salut, dèficits alimentaris, afectacions en el desenvolupament educatiu dels menors, en el nivell d'estudis màxim assolit i, per extensió, en la incorporació al mercat laboral, i en casos extrems, pot implicar la pèrdua de l'habitatge i la manca de sostre ⁽¹²⁸⁾.

D'altra banda, la problemàtica de la sostenibilitat mediambiental no es limita a l'adopció de mesures d'abast local, regional o nacional, sinó que, a causa de la interdependència planetària i la crisi climàtica, requereix l'adopció multisectorial de polítiques internacionals coordinades i solidàries globals

Segons la *Federació Europea d'Organitzacions Nacionals que treballin amb Persones sense Llar* (FEANTSA) i l'Observatori Europeu del Sensellarisme (EOH), una llar està format per tres àmbits o dominis (EDGAR Y MEERT, 2005) que implica: el domini físic en el qual es puguin satisfer les necessitats humanes i la privacitat, així com el gaudi de les relacions socials (àmbit social) i un títol legal que atribueixi la possessió i

seguretat a l'ocupació d'aquest espai (àmbit jurídic). Si manca, en major o menor grau, algun d'aquests elements s'arriba a l'exclusió residencial o sensellarisme ⁽¹²⁹⁾. A aquest efecte, la classificació ETHOS (*European Typology of Homelessness and Housing Exclusion*), de la FEANTSA, ofereix una tipificació especial que qualifica i emfatitza els supòsits de persones que es troben en situacions habitacions o residencials precàries, habiten en infrahabitatges, o no tenen una llar o un sostre. En resum, de més a menys, els diferents punts o situacions crítiques bàsiques relatives a categories habitacionals, residencials o situacions personals, susceptibles de noves classificacions, són les següents ⁽¹³⁰⁾:

A. Situació d'exclusió de l'habitatge

A.1. *Habitatge inadequat*: Persones que viuen en allotjaments que incompleixen la normativa sobre habitabilitat, en situació d'amuntegament o en barraques en assentaments informals ⁽¹³¹⁾.

A.2. *Habitatge insegur*: Persones que viuen sota amenaça de desnonament, en situacions precàries o de violència domèstica.

B. Situació de sensellarisme

B.1. *Persones sense llar*: Persones que viuen en un allotjament temporal, en institucions o albergs en situació d'amuntegament.

B.2. *Persones sense sostre*: Persones que viuen sense allotjament de cap tipus, generalment en espais públics.

En matèria que excedeix de l'objecte d'aquest treball, la LDAV/Cat defineix el concepte "sense llar" de la manera següent: "la persona o la unitat de convivència amb mancança manifesta d'un habitatge digne i adequat, ja que no disposa d'un domicili, viu al carrer o viu en un espai no apte com a habitatge, d'acord amb el que estableix aquesta llei, i pateix l'exclusió social efectiva a causa de barreres socials o de dificultats personals per a viure de manera autònoma. També tenen la condició de sense llar les persones que han estat objecte d'un procés de desnonament motivat per la impossibilitat acreditada de satisfer el lloguer." (art. 3.). A Espanya s'estima que existeixen entre 25-30.000 persones sense llar ⁽¹³²⁾.

El sensellarisme és especialment problemàtic perquè la situació de les persones i famílies que es troben en aquesta tessitura per causes d'exclusió social o residencial, sol ser angoixosa i precària i estan necessitades de major suport social ⁽¹³³⁾; paradoxalment, la prevenció dels poders públics dirigida a que les persones o famílies no perdin el seu habitatge, "se muestra en todos los análisis realizados en Europa mucho más efectiva cuando se trata de detener los itinerarios vitales hacia situaciones de exclusión severa que en el momento de asistir a estas personas una vez se quedan sin hogar" (A. SALES I CAMPOS, 2013: 50). La superació d'aquestes situacions requereix destinar mitjans humans i materials de suport que, en la mesura que sigui possible, previnguin el supòsit, i quan aquest es presenti, que restaurin el projecte de vida, facilitin la resiliència, l'autoafirmació personal, la reinserció i integració social d'aquestes persones a la vida col·lectiva. La proposta elaborada per l'Administració General, juntament amb les CC.AA, els Ens Locals i el Tercer Sector d'Acció Social i les mateixes persones sense llar, està plasmada en l'Estratègia Nacional Integral per les persones sense llar 2015-2020 (ENI-PSH) (Madrid, 2016), que proposa els objectius i les mesures que cal adoptar per donar resposta a la situació d'aquestes persones i la creació d'un marc integral d'actuació amb aquest col·lectiu.

11. FOMENT I PROTECCIÓ DEL DRET A L'HABITATGE

Les polítiques sobre el dret a l'ús i accés a un habitatge digne, adequat, accessible i sostenible, i la prevenció i tractament del sensellarisme, són qüestions que requereixen especial atenció en el marc d'un Estat del benestar. D'acord amb C. TRILLA i BOSCH MEDA (2018) aquests objectius es justifiquen per tres motius:

1. Perquè l'habitatge és un bé de primera necessitat que té un gran impacte en la qualitat de vida i el benestar de les persones i en els pressupostos familiars;
2. Per la manifesta incapacitat o manca de voluntat del mercat lliure per proveir habitatges en condicions residencials adequades per a tota la població; i
3. Perquè, a mesura que l'exclusió residencial augmenta, les altres polítiques pú-



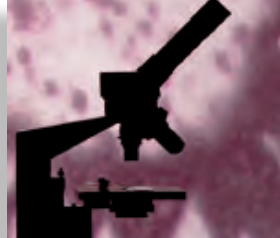
bliques progressivament perden eficàcia i eficiència.

El sensellarisme és especialment problemàtic perquè la situació de les persones i famílies que es troben en aquesta tessitura per causes d'exclusió social o residencial, sol ser angoixosa i precària i estan necessitades de major suport social

Malgrat que, en comparació amb les dades vigent l'any 2007 i la crisi immobiliària dels anys següents, els poders públics han adoptat mesures pal·liatives i estructurals favorables al DAV i han aprovat reformes legals importants —en alguns casos, a rebufl del dret i la jurisprudència internacional i comunitària— com afirma la doctrina i reconeix el poder executiu (Informe, AUE, 2019), encara que aquesta qüestió també es constata en l'àmbit internacional ⁽¹³⁴⁾, la situació del DAV a Espanya ofereix notables deficiències i una problemàtica àmplia i heterogènia ⁽¹³⁵⁾.

A títol d'exemple, Espanya és, juntament amb Xile i Malta (dades de 2017), el país de la OCDE amb un menor percentatge de despesa pública destinat a subvencions

en matèria d'habitatge, amb un 0,01% del PIB; aquest percentatge contrasta amb els dels altres països del nostre entorn, com el Regne Unit (1,41% del PIB); França (0,83%); Alemanya (0,59%); o Suècia (0,45%) ⁽¹³⁶⁾; malgrat que la despesa en protecció social representa el 39,9% la despesa pública total, en els pressupostos, la despesa en habitatge social representa només un 0,1% de la despesa pública total ⁽¹³⁷⁾; Espanya està a la cua d'Europa en lloguer públic i el marc normatiu que s'ha articulat al voltant de l'habitatge protegit no ha vetllat per preservar la seva funció social al llarg de tota la vida útil de l'immoble ⁽¹³⁸⁾; també és el país on més costa pagar el lloguer del mercat: el 43% de les llars fan un esforç per aconseguir-ho ⁽¹³⁹⁾ i les possibilitats per accedir a un primer habitatge per part de les persones joves són molt limitades ⁽¹⁴⁰⁾; el 2011 hi havia 3,4 milions d'habitatges amb quatre plantes o més i sense ascensor i 1,8 milions d'habitatges l' estat de conservació dels quals era ruïnós, dolent o deficient, cosa que suposa el 13,5% i el 7% del parc familiar, respectivament; els habitatges amb superfície inferior a 30 m² representaven el 0,3% del parc (50.450 habitatges). La seva concentració era més alta com més grans eren les mides del municipi. Destaquen els habitatges anteriors a 1940 de municipis de més de 50 mil habitants, on hi havia l'1,8% del parc ⁽¹⁴¹⁾.



A la Comunitat Autònoma de Catalunya, la Inspecció Tècnica d'Edificis (ITE) a la qual s'han de sotmetre els edificis de més de 45 anys d'antiguitat, informa que el 86% dels que ho han fet requereixen mesures correctores (el 32% dels casos necessiten intervencions importants i el 14,3% dels desperfectes poden representar un risc imminent per a l'estabilitat de l'edifici o la seguretat de les persones)⁽¹⁴²⁾; en un fenomen que també es presenta en altres latituds, la llista de sol·licitants d'un habitatge protegit de l'Agència de l'Habitatge, era de 134.655 (30.09.2019) amb un increment de 9.390 peticions respecte de l'any anterior i la demanda augmenta a un ritme superior al de l'oferta⁽¹⁴³⁾.

En resum, en relació amb determinats col·lectius i supòsits, hi ha mancances acusades en l'accés a l'ús i gaudi d'un habitatge digne, adequat, sostenible i assequible, la qual cosa implica que les accions que cal dur a terme en matèria de foment, millora i rehabilitació d'habitatges i els recursos economicofinancers que s'haurien de destinar a aquestes finalitats, en particular en relació amb els habitatges socials i protegits, han de rebre un impuls notable. En un altre mena de qüestions, tampoc no estan prou garantides amb l'eficiència, eficàcia i promptitud exigibles, la seguretat jurídica de la tinença i la indemnitat econòmica

per a les persones i les institucions que, a causa d'ocupacions no consentides, i a vegades realitzades per grups organitzats amb fins espuris, s'han vist privades il·legítimament de l'ús i gaudi, la qual cosa, entre altres efectes negatius, impedeix l'exercici del DAV dels qui desitgen accedir al seu ús gaudi legítimament i dificulta els incentius per incrementar el mercat de lloguer. Tot això exigeix: el disseny d'actuacions públiques coherents, imaginatives, eficients i eficaces, tant a nivell social, jurídic, econòmic, i de medi ambient; una administració prudent i acurada dels recursos públics, i la coordinació adequada i suport entre les persones i les institucions implicades en aquest àmbit.

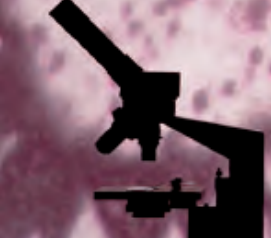
Pel que fa a l'actuació legislativa, en un resum dens, entre altres lleis i reformes de competència estatal exclusiva o d'aplicació subsidiària (p. ex., Llei 38/1999, de 5 novembre, d'ordenació de l'edificació; RD 31472006, de 17 de març, pel qual s'aprova el Codi Tècnic de l'Edificació; LAU; protecció de consumidors i usuaris i de deutors hipotecaris; Llei de segona oportunitat; Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari;...), les comunitats autònomes (i les entitats locals a l'empara de la legislació bàsica del règim local i de les previsions estatutàries), han desenvolupat les seves competències

legislatives exclusives, no exemptes de conflictivitat constitucional per al legislador estatal, de diverses maneres, especialment, en matèria d'urbanisme i habitatge.

La promoció pública estatal relativa a l'ús i l'accés a l'habitatge, es preveu a través del nou Pla d'Habitatge 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de març) que, comptant a partir del primer Pla de 1981-1983, és el número dotze, i l'Estratègia Nacional Integral per Persones Sense Llar 2015-2020, que estableix, per primera vegada, un marc de referència a nivell estatal per al seu suport⁽¹⁴⁴⁾. Entre els objectius estratègics de l'Agenda 2030, es preveu innovar el marc legislatiu estatal per regular, mitjançant una Llei d'habitatge, el dret constitucional a accedir a un habitatge digne i adequat⁽¹⁴⁵⁾ i és possible que l'inici d'una nova legislatura l'any 2020, de marcat perfil social, protegeixi més intensament l'exercici del DAV i aporti novetats rellevants en aquesta matèria. El nou Pla d'habitatge 2018-2021 insisteix en l'adopció del sistema d'ajudes a les necessitats socials actuals i promou, com ja ho feia el Pla anterior 2013-2017, la política de subvencions socials al lloguer i el foment del lloguer i disposa que la gestió de les ajudes previstes correspon a les comunitats autònomes i a les ciutats de Ceuta i Melilla. La col·laboració amb el Ministeri de Foment s'incrementa mitjançant els convenis corresponents, en els quals s'establirà la previsió de finançament a aportar anualment per l'Administració General de l'Estat, així com els compromisos de cofinançament de les actuacions que assumeixin les CCAA o aquestes ciutats.

La promoció pública estatal relativa a l'ús i l'accés a l'habitatge, es preveu a través del nou Pla d'Habitatge 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de març) que, comptant a partir del primer Pla de 1981-1983, és el número dotze, i l'Estratègia Nacional Integral per Persones Sense Llar 2015-2020, que estableix, per primera vegada, un marc de referència a nivell estatal per al seu suport

La col·laboració privada es fomenta per diverses vies: amb actuacions a través d'entitats col·laboradores, prèvia subscripció



ció del conveni corresponent d'encàrrec de gestió, en el qual es detallaran les funcions encomanades; per mitjà de l'execució de les actuacions de rehabilitació, regeneració i renovació, per qualsevol títol i, en particular, mitjançant els contractes de cessió, permuta o arrendament i els convenis d'explotació que se subscriuguin amb aquesta finalitat, amb l'atribució als subjectes privats que intervinguin en aquestes actuacions facultats àmplies i la condició d'entitats col·laborades.

En resum, el pla s'estructura en els programes següents:

1. Programa de subsidis de préstecs convinguts.
2. Programa d'ajuda al lloguer d'habitatge.
3. Programa d'ajuda a les persones en situació de desnonament o llançament del seu habitatge habitual.
4. Programa de foment del parc d'habitatge en lloguer.
5. Programa de foment de millora de l'eficiència energètica i sostenibilitat en habitatges.
6. Programa de foment de la conservació, de la millora de la seguretat de l'ús i accessibilitat en habitatges.
7. Programa de foment de la regeneració i renovació urbana i rural.
8. Programa d'ajuda dels joves.
9. Programa de foment d'habitatges per a persones grans i persones amb discapacitat.

En l'àmbit competencial de les comunitats autònomes, per exemple, a la CA de Catalunya, les polítiques recents adoptades prioritzen de manera clara els programes socials per fer front a l'exclusió residencial i facilitar l'increment del parc d'habitatges destinats a polítiques socials. La Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge (LDAV/Cat.)⁽¹⁴⁶⁾, reformada en diverses ocasions, té caràcter de llei troncal que, sobre la planificació i programació a llarg termini, s'organitza al voltant del "Pla territorial sectorial d'habitatge"⁽¹⁴⁷⁾.

Entre les normes més recents, cal esmentar les següents: Llei [Gencat] 4/2016,

de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió social (arts. 95 i 96 i concordants); D. 106/2009, de 19 de maig, pel qual es regulen el Registre de Sol·licitants d'Habitatges de Protecció Oficial de Catalunya i els procediments d'adjudicació dels habitatges de protecció oficial; D. 80/2009, de 19 de maig, pel qual s'estableix el règim jurídic dels habitatges destinats a fer efectiu el dret de real·lotjament; D. 7572014, de 27 de maig, del Pla per al dret a l'habitatge; Llei 14/2015, de 21 de juliol, de l'impost sobre els habitatges buits, i de modificació de normes tributàries i de la Llei 3/2012; (v. STC 4/2019, de 17 gener) i el qüestionat i criticat D. Llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge, que potencia les mesures per "incrementar de manera efectiva l'oferta general d'habitatges a preus moderats i, en especial, d'habitatges de protecció pública en règim de lloguer, així com facilitar-ne l'accés a la població amb recursos econòmics insuficients". (Exp. de M.) que, entre altres previsions, disposa que, abans d'interposar una demanda judicial, els grans tenidors d'habitatges han d'oferir un lloguer social obligatori a les famílies que acreditin vulnerabilitat⁽¹⁴⁸⁾.

BIBLIOGRAFIA

Abellán Muñoz, J. C.; Barragán Robles, V.; Sianes Castaño, A., 2019, *La vivienda desde perspectiva crítica de derechos humanos. la mercantilización de los derechos humanos*, pàg. 429-450, dins *Lex Social*, vol. 9, n. 1, 2019 < https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3993 >

Aláez Corral, Benito, 2011, *El derecho a una vivienda digna en el derecho internacional y constitucional comparado (notas para un proyecto de ley asturiana de garantía del derecho a la vivienda digna)*, pàg. 39-75, dins *Derechos Fundamentales & Justicia* N. 14, gener-març, 2011 < <https://www.uniovi.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/Derechoalaviviendadigna.pdf> >

Amore, Kate; Baker, Michael; Howden-Chapman, Philippa, 2011, *The ETHOS. Definition and Classification of Homelessness: An Analysis*, pàg. 19-37, dins *European Journal of Homelessness*, Vol. 5, N. 2, desembre, 2011 < <https://www.feantsa.org/download/article-1-33278065727831823087.pdf> >

Andorno, Roberto, s.f., voz: dignidad humana (*jurídico*), dins *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* < <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/120> >

Aparicio Pérez, Miguel A., 2013, *Ambigüedades normativas del concepto de "dignidad de la persona" en la Constitución española de 1978*, pàg. 9-29, dins *Chapco*, v. 14, n. 3, edició especial. < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546464> >

Arriba, Ana; Rodríguez Cabrero, Gregorio, 2018, *Housing Plan in Spain for 2018-2021*, ESPN Flash Report 2018/58, pàg. 1-2, Comissió Europea (rec. elect.)

Avezuela Cárcel, Jesús, 2018, *Comentario al artículo 148 CE*, dins *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., T. II, dir. L. M. Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Bachelard, Gaston, 1961, *La poétique de l'espace*, Les Presses Universitaires de France, 3a edició, París (r.e.) <, http://classiques.uqac.ca/classiques/bachelard_gaston/poetique_de_espace_3e_edition/poetique_de_espace_3e_edition.pdf >

Bassols Coma, Martín, 1984, *Artículo 47, derecho a la vivienda*, pàg. 307-341, dins *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Volum IV, AA.VV., dir. Ó. Alzaga Villaamil, Editoriales de Derecho Reunidas, pàg. 307-341.

Bosch, Jordi; Trilla, Carme, 2019, *Sistema de vivienda y estado del bienestar. El caso español en el marco europeo*, adaptació per X. Aguilar, Observatorio Social de "la Caixa", juliol, 2019, Barcelona < <https://observatoriosociallacaixa.org/-/sistema-de-vivienda-y-estado-del-bienestar-el-caso-espanol-en-el-marco-europeo> >

Boucek, Joseph S., 1957, "La sociología del prestigio", pàg. 81-98, *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, N. 94, 1957 < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129238> >

Camps, Victoria, 2009, *La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil*, pàg. 145-153, dins *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, AA.VV., María Casado (Coord.), Ed. CIVITAS, 2009. ISBN: 978-84-4703-261-7 < <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?i>



d=documentos/10221.1/53026/1/252153.pdf >

Capesciotti, Marta, 2015, *El acceso de los extranjeros a la vivienda en el ordenamiento jurídico español e italiano. Un análisis comparativo*, tesi doctoral, dir. Marco Benvenuti, codir. Francisco Balaguer Callejón, Universidad de Granada, Granada < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=57213> >

Carrasco Perera, Ángel; Cordero Lobato, Encarna, González Carrasco, Carmen, 2008, *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*, 6a edició, Editorial Dilex, Madrid.

Carretero del Barrio, Ignacio, 2018, *La Burbuja Inmobiliaria en España*, 69 pgs., treball final de grau, tut. J.M. Gómez García, FF.CC.EE i EE., Universidad de Valladolid, Valladolid < <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/34498/TFG-E-670.pdf?jsessionid=9D005FBE540F1224DAE10F11954BCB0?sequence=1> >

Cobrerros Mendazona, E., 2008, Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización, pàg. 31-69, *Revista de Administración Pública* ISSN: 0034-7639, núm. 177, Madrid, setembre-desembre (2008) < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2798278> >

Costes, L., 2011, *Del "derecho a la ciudad" de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna*, pàg. 1-12, dins *URBAN*, setembre 2011/febrer 2012, NS02. < <http://www2.aq.upm.es/Departamentos/Urbanismo/institucional/numero-ns/ns02-2011/> >

De Asís, R., 2002, *La apertura constitucional. La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social*, pàg. 153-176, dins *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, AA.VV., Dir. J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M. N. Moreno Vida, Edit. Comares, Granada.

Díez-Picazo, L. M^a, 2005, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2a edic., Edit. Civitas, Madrid.

Donat, Carles, 2018, *La gentrificació i el problema de l'habitatge a Barcelona*, pàg. 114-129, en *Papers n. 60*, juny 2018, Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Barcelona.

Espejo Jaksic, Nicolás, 2009, *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica*, amb la col. de L. Casas Becerra, M. Feddersen Martínez, A. Quesille Vera, Osfam Xile, Xile < https://www.academia.edu/15726967/Manual_Sobre_Justiciabilidad_de_Derechos_Sociales_para_Jueces_de_Ibeoram%C3%A9rica >

Espínola Orrego, Gilda, 2010, *El derecho a una vivienda digna y adecuada en el ordenamiento jurídico español*, tesi doctoral, 380 pàgs., dir. Dra. Encarnación Carmona Cuenca, Universidad de Alcalá, Facultat de Dret, Alcalá de Henares, Madrid < https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9143/TESIS_GildaEsp%C3%ADnolaOrrego.pdf?sequence=1&isAllowed=y >

Farha Leilani, 2016, *La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, setantè primer període de sessions, Asamblea General, Naciones Unidas, 8 agost 2016 < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/253/05/PDF/N1625305.pdf?OpenElement> >

Fernández Evangelista, Guillem, 2015, *El acceso a la vivienda social de las personas sin hogar. Estudios de casos: Alemania, España, Finlandia y Reino Unido*, vol. I, tesi doctoral, dir. J. Adelantado Gimeno, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona < <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/368566/gfe1de2.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >

Fernández Lara, F., 2014, *El derecho a una vivienda digna*, tesi doctoral, dir. Dra. M^a C. Gete-Alonso y Calera, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona < <https://tesisred.net/bitstream/handle/10803/285750/ffl1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >

Figuerola Yáñez, G., 2009, *La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)*, pàg. 131-144, dins *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, AA.VV., María Casado (Coord.), Ed. CIVITAS, 2009. ISBN: 978-84-4703-261-7 < <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/53026/1/252153.pdf> >

Fuentes-Lojo Rius, Alejandro, 2020, *Novedades legales en derecho de vivienda en Cataluña: primeras aproximaciones al De-*

creto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, Diario La Ley, 04.02.2020 < <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/02/13/novedades-legales-en-derecho-de-vivienda-en-cataluna-primeras-aproximaciones-al-decreto-ley-17-2019-de-23-de-diciembre-de-medidas-urgentes-para-mejorar-el-acceso-a-la-vivienda> >

Fugardo Estivill, Josep M^a, 2019, *El derecho a la vivienda en el derecho convencional internacional y comunitario*, pàg. 63-102, revista *La Notaria*, n. 2-3/2019, Col·legi Notarial de Catalunya, Barcelona < <https://www.notarisdecatalunya.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notaria-2-32019> >

Galiana Saura, Àngeles, 2017, *La vivienda como objeto de estudio desde el derecho: la vivienda como derecho humano y la cátedra UNESCO sobre vivienda*, pàg. 129-144, en *Hábitat y Sociedad* (ISSN 2173-125X), n. 10, novembre de 2017, Universidad de Sevilla (rec. elec.).

García Bernardos, Àngela, 2017, *El Sistema de Vivienda Español tras la crisis (2007.2016). Cambios y continuidades de un modelo*, tesi doctoral, dirs. M. Martí Costa, J. Subirats, M. A. Martínez López, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona < <https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/456305/agb1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >

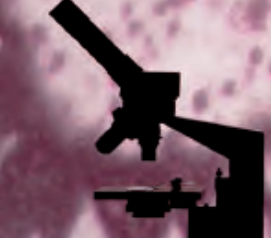
García Martínez, Asunción, 2017, *Síntesis artículo 47 CE*, versió original de 2003, actualitzada per Sara Sieira (2011) i Alejandro Rastrollo (2017). Congrés dels Diputats, Madrid < <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=47&tipo=2> >

Garrido Falla, F., 2001, *Comentarios a la Constitución*, 3^a edic., Civitas, Madrid.

Gomá Lanzón, Javier, 2019, *Dignidad*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

González Ordovás, M^a José, 2004, *El derecho a una vivienda digna y adecuada*, pàg. 971-986, dins *Constitución y derechos fundamentales*, AA.VV., Coords. J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

González Pérez, J., 1985, *La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constituci-*



onal, pàg. 133-148, dins Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, n. 62, ISSN 0210-4121, Madrid.

Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, 2012, *Tra-ducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional*, pàg. 91-108, en AFDUAM 16 (2012) < https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/662690/AFDUAM_16_5.pdf?sequence=1&isAllowed=y >

Kant, M., 1785, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. Manuel García Morente, Edició de Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan, Puerto Rico, 2007 < https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf >

Kurlat Aimar, J. S., 2018, *La posibilidad de toda persona de disponer de una vivienda digna: un objetivo de valor constitucional en el derecho francés*, pàg. 599-626, dins Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nova sèrie, any XLX, núm. 152, maig-agost de 2018 < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6865501> >

Lacalle Noriega, Ma., 2013, *La persona como sujeto del derecho*, Edit. Dykinson, Madrid.

Leal Maldonado, J.; Martínez del Olmo, A., 2017, *Tendencias recientes de la política de vivienda en España*, pàg. 15-41, en Cuad. relac. labor. 35 (1) 2017, Ediciones Complutense < <https://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/54982/50101> >

Leckie, Scott, 1992, *From Housing Needs to Housing Rights: an Analysis of the Right to Adequate Housing under International Human Rights Law*. The International Institute for Environment and Development (IIED), Londres < <https://pubs.iied.org/pdfs/7014IIED.pdf> >

Lefebvre, H., 1968, *El derecho a la ciudad*, Edicions 62, edic. de 1978, Barcelona.

Llanos Mansilla, Hugo, 2010, *Los derechos económicos, sociales y culturales, DESCs*, en Ars Boni et Aequi, ISSN 0718-2457, ISSN-e 0719-2568, Vol. 6, N. 1, 2010 < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257855> >

Lledó García, Víctor, 2013, *Neonómad as urbanos en territorios sedentarizantes. Un oxímoron de la era global*, en MPAA 2012/2013, Estudios oficiales de máster y

doctorado en proyectos arquitectónicos avanzados (rec. elect.)

López Escudero, M., 2008, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, AA.VV., dir. A. Mangas Martín, coord. L. N. González Alonso, Fundación BBVA, Bilbao < https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf >

López Ramón, Fernando, 2014, "El derecho subjetivo a la vivienda", pàg. 49-91, *Revista Española de Derecho Constitucional* ISSN: 0211-5743, núm. 102, setembre-deseembre (2014), < <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1332&IDA=37188> >

López-Rodríguez, David; Llanos Matea, María de los, 2019, *Evolución reciente del mercado del alquiler de vivienda en España*, en Artículos analíticos, Butlletí Econòmic, 3/2019, Banco de España, Madrid (rec. elec.).

Lozano Reina, Marta, 2015, *Passivhaus. Adaptación al clima mediterráneo*, trabajo fin de grado, ETSA de Madrid, Madrid < http://oa.upm.es/39278/1/TFG_Marta_Lozano_Reina.pdf >

Magaldi, Nuria, 2020, "El concepto de procura existencial (Daseinsvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública", pàg. 147-174, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1 | 2020 pàg. 147-174 Madrid, 2020 < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7311050> >

Mangas Martín, Araceli, 2013, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, por A. Mangas Martín, D. J. Liñán Noguera, 7a edic., Edit. Tecnos, Madrid.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, 2017, "El derecho constitucional a la vivienda", pàg. 1-7, *El Notario del Siglo XXI* – Revista, n. 74, Colegio Notarial de Madrid, Madrid < <http://www.elnotario.es/index.php/emeroteca/revista-74/academia-matritense-del-notariado/7764-el-derecho-constitucional-a-la-vivienda> >

Mejía-Escalante, M. E., 2014, *La dignidad en la vivienda*, pàg. 20-25, dins Derecho a la ciudad y el territorio. Una reflexión urgente, Desde la Región n. 55, abril 2014 < <https://core.ac.uk/download/pdf/77274129.pdf> >

Mejía-Escalante, Ma. E., 2016, *Moradia adequada e dignidade humana na experiencia espacial*, tesi doctoral, orient. prof. Dra. M. L. Refinetti R. Martins, FAUSSP, Universidad de São Paulo, Brasil < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16137/tde-16022017-101845/publico/monicaescalanterev.pdf> >

Mestre i Mestre, Ruth, 2016, *La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pàg. 113-132 dins Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), N. 33 (2016) < <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8249/8034> >

Mora, José Enrique, 2000, *La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española*, pàg. 257-272, dins Cuadernos de Bioética 2000/2 < <http://ae-bioetica.org/revistas/2000/2/42/257.pdf> >

Naredo, J. M., 1997, *Sobre el origen, el uso y el contenido del término sostenible* <<http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a004.html>>

Nino, Carlos Santiago, 1996, *Introducción al análisis del derecho*, 7ª edició, Ariel Derecho, Barcelona.

Olea Ferreras, Sonia, 2019, *Tercera condena al Estado Español dictada por el Comité DESC de Naciones Unidas por vulnerar el derecho humano a una vivienda adecuada*, dins Housing Rights Watch <<http://www.housingrightswatch.org/es/content/tercera-condena-al-estado-espaa%C3%B1ol-dictada-por-el-comit%C3%A9-desc-de-naciones-unidas-por-vulnerar>>

Ortega Fernández, Javier, 2017, *La defensa del derecho a la vivienda en movimiento (Re)significación de las subjetividades subalternas a través de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Alicante*, tesi doctoral, dir. Mercedes Jabardo Velasco, Facultat de Ciències Socials i Jurídiques, Universitat Miguel Hernández, Alacant < <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/4531/1/TD%20Ortega%20Fern%C3%A1ndez%2C%20Javier.pdf> >

Oubiña Barbolla, Sabela, 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., dir. L. M. Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.



Palomar Olmeda, Alberto, 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., dir. L. M. Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Palomar, Alberto, Vázquez, Javier, s.f., *Derechos de los extranjeros en materia de vivienda*, pàg. 1-7, VLex <https://practico-extranjeria.es/vid/derechos-materia-vivienda-447689234> (rec. elec.) (c. 28.11.2019).

Peces-Barba Martínez, Gregorio, 2003, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Edit. Dykinson, Madrid.

Pelé, Antonio, 2006, *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*, tesi doctoral, Director: F. J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III, Madrid < https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3052/Tesis_Pele.pdf?sequence=7&isAllowed=y >

Pérez Luño, Antonio Enrique, 2000, *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, pàg. 25-38, dins Boletín de la Facultad de Derecho, n. 15,2000, UNED, Madrid < <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:B-FD-2000-15-48A09575&dsID=PDF> >

Pisarello Prados, Gerardo, 2009, "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", pàg. 1-13, dins *Revista catalana de dret públic*, n. 38. Dret a l'habitatge, urbanisme i cohesió social < <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/139> >

Pittini, Alice, 2012, *Edilizia sociale nell'Unione Europea*, pàg. 12-34, TECHNE 04 2012: ISSN online: 2239-0243, Firenze University Press < <http://fupress.net/index.php/techne/article/viewFile/11486/10976> >

Pittini, Alice; Dara, Turnbull, 2019, *The State of Housing In The EU, 2019*, Housing Europe, the European Federation of Public, Cooperative and Social Housing, Brussels, 2019 < <http://www.housingeurope.eu/resource-1323/the-state-of-housing-in-the-eu-2019> >

Punset Blanco, R., 2017, *Derechos fundamentales y primacía del derecho europeo antes y después del caso Melloni*, pàg. 189-212, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n. 39, 2017, Madrid < <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326> >

Pyrrho, Monique; Cornelli, Gabriele; Garrafa, Volnei, 2009, *Dignidad humana. reconocimiento y operacionalización del concepto*, pàg. 65-69, dins Acta Bioethica 2009; 15 (1) < <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v15n1/art08.pdf> >

Rolnik, Raquel, 2012, *El derecho a una vivienda adecuada*, Informe presentat pel Secretari general de la Relatora Especial sobre un habitatge adequat com a element integrat pel dret a un nivell de vida adequat i sobre el dret a no ser discriminat en aquest sentit, Nacions Unides A/67/286, 10 agost 2012 < https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286_sp.pdf >

Ruiz-Giménez Cortés, J., 1984, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., Edersa, Madrid.

Sáinz Sodupe, Conchita, 2020, La cara B del Decreto Ley Catalán 17/2019, de 23 de diciembre < https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2020-02-10/derecho-mejora-acceso-vivienda_2447931/ >

Sala i Roca, Carles, 2019, *El règim jurídic de les mesures per a garantir el dret a l'habitatge en un context de crisi*, tesi doctoral, dir. J. R. Fuentes i Gasó, tut. M. Franch Saguier, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona < <https://www.tesisenred.net/handle/10803/668289#page=1> >

Salcedo Beltrán, Carmen, 2019, *La Constitución Social de Europa (Carta Social Europea): realidad y efectividad de la defensa de los derechos*, pàg. 1-7 < <http://www.housingrightswatch.org/sites/default/files/Art%C3%ADculo%20efecto%20directo%20Carta%20Social%20Carmen%20Salcedo.pdf> >

Sales i Campos, Albert, 2013, *Las personas sin hogar en la ciudad de Barcelona y la evolución de los recursos de la Red de Atención a Personas sin Hogar*, Xarxa d'Atenció a les Persones Sense Llar (XAPSLL)-Red de Atención a Personas sin Hogar (RAPSH), Barcelona < http://www.bcn.cat/barcelonainclusiva/ca/2013/7/xarxa2_diagnosi2013_es.pdf >

Santa-Cruz Hellín, Beatriz, 2014, *La vivienda sostenible*, treball final de grau, tut. Aurora María Martínez Corral, Escuela Técnica Superior de Ingeniería de la Edificación Universidad Politécnica de Valencia, Valencia (r.e.).

Simón Moreno, Héctor, 2019, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?*, RCDI n. 771, Madrid.

Sobrino Heredia, J. M., 2008, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, AA.VV., dir. A. Mangas Martín, coord. L. N. González Alonso, Fundación BBVA, Bilbao < https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_derechos_fundamentales.pdf >

Solozábal Echavarría, J. J., 1995, voz: *dignidad de la persona* (Dº Constitucional), dins EJB, Civitas, Madrid.

Starck, Christian, 2005, *Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán*, pàg. 489-497, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 9, SSN 1138-4824, Madrid (r.e.).

Sugranyes, Ana; Mathivet, Charlotte, 2011, *Ciudades para tod@s Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias*, AA.VV., Ana Sugranyes Charlotte Mathivet Editoras, 2a edició, Habitat International Coalition (HIC), Chile < <http://www.hic-gs.org/content/Ciudades%20para%20todos%20HIC-2011.pdf> >

Tena, Rodrigo, 2016, "La inclusión de nuevos derechos sociales en la Constitución (especialmente el 'derecho' a la vivienda): ventajas e inconvenientes", *Revista Notario del Siglo XXI*, n. 65, Colegio Notarial de Madrid, Madrid < <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-65/6088-la-inclusion-de-nuevos-derechos-sociales-en-la-constitucion-especialmente-el-derecho-a-la-vivienda-ventajas-e-inconvenientes> >

Terrádez Salom, Daria, 2014, *La carta social europea en el orden constitucional español*, tesi doctoral, dir. Luis Jimena Quesada, Facultat de Dret, Universitat de València, Valencia < <https://core.ac.uk/download/pdf/71024067.pdf> >

Trilla Bellart, Carme, 2009, "La Ley del derecho a la vivienda: aspectos más destacados", pàg. 1-12, *Revista catalana de dret públic*, n. 38, 2009, Barcelona < <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2176/n38-trilla-es.pdf> >

Trilla Bellart, C.; Bosch Meda, J., 2018, *El parque público y protegido de viviendas en España: un análisis desde el contexto europeo*, Document de treball 197/2018, Fundación Alternativas < http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/df921b0eb942d0ce4c114e5463934e1a.pdf >

Trilla Bellart, C.; Bosch Meda, J., 2018a, *L'habitatge, punt de fuga de l'Estat de Benestar*, en III Congreso d'Economia i Empresa de Catalunya, - Full paper, URL < https://www.scipedia.com/public/Bosch_Meda_Trilla_2018a >

Ubrich, Tomás, 2019, *La vivienda, clave para la salud*, < <https://www.documentacion-social.es/2/a-fondo/la-vivienda-clave-para-la-salud> >

Vázquez Garranzo, Javier, 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., dir. L. M^a Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Vela Rosero, M. Á., 2003, "Vivienda... Vivienda mínima", pàg. 103-111, *Revista Académica e institucional de la U.C.P.R.* < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4897912> >

Villalibre Fernández, Vanessa, 2009, *Esclavitud ¿moderna? Reflexiones desde el derecho internacional de los derechos humanos*, Generalitat de Catalunya, Barcelona < <http://www.gencat.cat/drep/ipau/sumaris/esclavitud.pdf> >

Villarroya, Anna, 2019, *Indicadores de vivienda*, pàg. 9-16, dins *Vivienda: ¿derecho o mercado?*, Observatori social de "la Caixa", dossier n. 7, juny 2019, Fundació Bancària "la Caixa", Barcelona < https://observatoriosociallacaixa.org/documents/22890/170258/Dossier7_CAS-T_27MG.pdf/efe13471-efdd-039b-697d-98ab57ee2ce5 >

NOTES

- (1) Treball acabat el 20.02.2020. FE D'ERRADES: Per error aliè a l'autor, a l'encapçalament del treball anterior on diu: "Notari de Terrassa" ha de dir "Notari honorífic".
- (2) En els significats que aquí interessin, segons la DRAE: "saludable" = "adj. Que serveix per a conservar o restablir la salut corporal; profitós per a una fi, particularment, pel

bé de l'ànima"; "salubre" = "adj. Bo per a la salut".

- (3) Veure informes varis d'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) de l'ONU; *Plenary of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* Sixth session Medellín, Colombia, 18-24 March 2018 (IPBES, Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services); *Plenario de la Plataforma Intergubernamental Científico-normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas*. Setè període de sessions París, 29 d'abril a 4 de maig 2019 (IPBES, /7/10/ Add.1, 29.05.2019); *Air quality in Europe — 2019 report* (European Environment Agency, 2019); *The Global Assessment. Report on biodiversity and ecosystem services. Summary for policymakers*, ISBN No: 978-3-947851-13-3, IPBES Secretariat, Bonn, 2019, Alemanya (r.e.).
- (4) V. Informe: *Smart sustainable cities: An analysis of definitions*, International Telecommunication Union (ITU), ONU, octubre 2014.
- (5) A. Sugranyes, Ch. Mathivet, edits. (2011); L. Costes (2011); H. Lefebvre (1968).
- (6) V. *Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local* (EESUL) (Madrid, 2011); *Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la era de la Información*, Ministeri de Medi Ambient, i Medi Rural i Mari – Ministeri de Foment (Madrid, 2012); *Informe Agenda Urbana Española*, (o AUE) (Madrid, 2019).
- (7) V. Informe: *Pla territorial sectorial d'habitatge de Catalunya*, diciembre 2018, Departament de Territori i Sostenibilitat, Generalitat de Catalunya, Barcelona (2018: 4).
- (8) M. E. Mejía-Escalante (2016: 59; 85).
- (9) Amb l'adhesió al Conveni per l'Estat espanyol el 2 de de maig de 1972 (BOE 13 junio 1980).
- (10) V., G. Espinola Orrego (2010: 43-88).
- (11) Èmfasi afegit (.a). L'article 11 de la Declaració Americana dels Drets i deures de l'Home (DDH) també fa referència a l'habitatge.
- (12) Adoptat i obert a la signatura, ratificació i adhesió per l'Assemblea General en la seva resolució 2200 A (XXI), de 16 de desembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de gener de 1976, d'acord amb l'article 27. El pacte ha estat ratificat per 170 països (lloc NN.UU, c. 05.12.2019).
- (13) Sobre la gènesi i significat de l'article 11 PIDESC, v. S. Leckie (1992: 24-33).
- (14) *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, ONU, Serie de Capacitación Profesional N. 12, Nova

York i Ginebra, 2004, en endavant, MDESC, n. 12 (2004). Sobre el PIDESC, v., a.e., H. Llanos Mansilla (2010: 149-197).

- (15) A més, l'article 16.I preveu que: Cap infant no pot ser subjecte d'interferències arbitràries o il·legals en la seva vida privada, la seva família, domicili o correspondència, ni d'atacs il·legals al seu honor i reputació".
- (16) Per exemple, Recomanació n. 115 de l'Organització Internacional del Treball (OIT), sobre l'habitatge dels treballadors (1961, sec. II, par. 2; sec. III, par. 8.2 b); sec. VI, par. 19; i suggeriments sobre l'accés als mètodes d'aplicació, sec.I, par.5); Declaració sobre el Progrés i el Desenvolupament Social (1969, part II, art. 10); Declaració dels Drets dels Impedits (1975, art. 9); Declaració de Vancouver sobre els assentaments humans (1976, sec. III.8 i cap. II.A3) i la Declaració de la UNESCO sobre la raça i els prejudicis racials (1978, art. 9.2); Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (1965) (art. 5.e.iii), Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (1966) (art. 17.1) (N. Espejo Jacsik, 2009: 217-219); *Social Housing in the UNECE Region*, (o SHUNECE, 2015) ECE/HBP/182, U.N., Ginebra (2015); G. Espinola Orrego (2010). (1978, art. 9.2): Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (1965) (art. 5.e.iii), Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (1966) (art. 17.1) (N. Espejo Jacsik, 2009: 217-219); *Social Housing in the UNECE Region*, (o SHUNECE, 2015) ECE/HBP/182, U.N., Ginebra (2015); G. Espinola Orrego (2010).
- (17) *Policy Framework for Sustainable Real Estate Markets*, ONU, Ginebra (2019).
- (18) V. asim. *The Vancouver Declaration on Human Settlements* (1976); *Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos y Programa de Hábitat* (Estambul, 1996); *Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos* (2002); *Informe Hábitat III 2014. España*, Direcció General d'Arquitectura, Habitatge i Sòl del Ministeri de Foment; Madrid: *Housing at the Centre of the New Urban Agenda*, Position paper, October 2015, United Nations Human Settlements Programme (2015); *New Urban Agenda*, ISBN: 978-92-1-132757-1, ONU (2017); M. E. Mejía-Escalante (2016: 51-53; 59; 85).
- (19) *United Nations Economic Commission for Europe* (UNECE). La Comissió Econòmica de les Nacions Unides per a Europa cobreix més de 47 milions de quilòmetres. Els seus Estats membres inclouen Estats de països d'Europa i països d'Amèrica del Nord (Canadà i Estats Units), Àsia central (Kazakhstan, Kirguizistan, Tadjikistan,



- Turkmenistan i Uzbekistan) i Àsia occidental (Israel).
- (20) *Guidance for the implementation of the Geneva UN Charter on Sustainable Housing*, UNECE, ECE/HBP/2016/2, 17.06.2016, Committee on Housing and Land Management, Ginebra.
- (21) <<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/03/29/eu-to-modernise-law-on-consumer-protection/>>; G. Espinola Orrego (2010: 88-121).
- (22) Per més detalls v. *Charte sociale européenne Recueil de textes*, Consejo de Europa, 7a edició actualitzada l'1 gener 2015 i lloc: <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/signatures-ratifications>.
- (23) V. <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/spain-and-the-european-social-charter>; <https://rm.coe.int/l-espagne-et-la-charte-sociale-europeenne/1680492a5d>
- (24) La Carta Social Europea (revisada) es va obrir a signatura el 3 de maig 1996 i va entrar en vigor l'1 de juliol de 1999. Des de llavors l'han ratificat 34 països. Espanya la va signar el 23 d'octubre de 2000, però la necessitat d'adaptar alguns aspectes de la legislació espanyola va conduir a posposar la seva ratificació.
- (25) En el Consell de Ministres (1 febrer 2019) es va aprovar un Acord de remissió a les Corts Generals de la CSE revisada i es va autoritzar la manifestació del consentiment d'Espanya per obligar-se. *Butlletí oficial de les Corts Generals*, Corts generals, Sèrie A, 15 febrer de 2019. Núm. 267, Autorització de Tractats i Convenis Internacionals, 110/000104 (CD). Mentrestant, Espanya ha d'aplicar la CSE de 1961 (signada el 27 d'abril de 1978 i ratificada el 6 de maig de 1980); els protocols addicionals de 1988 i 1991 també van ser signats i ratificats (v. *Charte sociale européenne Recueil de textes*, Consell d'Europa, 7a edició actualitzada l'1 de enero de 2015 i lloc: <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/signatures-ratifications>).
- (26) D. Terrádez Salom (2014; 2019).
- (27) V. 29e rapport sur la mise en œuvre de la Charte sociale européenne soumis par le Gouvernement de l'Espagne, RAP/Cha/ESP/29(2017) (rec. elec.); C. Salcedo Beltrán (2019: 498-540); D. Terrádez Salom (2019).
- (28) DOUE (2016/C 202/02.)
- (29) M. López Escudero (2008: 591-592).
- (30) V., també, P8_TA(2017)0010. *Un pilar europeo de derechos sociales*. Resolució del Parlament Europeu, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeu de drets socials (2016/2095(INI)); A. Pittini (2012).
- (31) Sobre el procés d'elaboració parlamentària d'aquest article, v. M. Bassols Coma (1984: 319-323).
- (32) Sobre la distribució competencial entre el legislador estatal i autonòmic, v. A. García Martínez (2017); J. Vázquez Garranzo (2019: 1436 i sg.); J. Avezuela Cárcel (2018, II: 1408-1410).
- (33) Al seu torn, el segon paràgraf de l'article 47 CE preveu la participació de "la comunitat" en les plusvàlues que generi l'acció urbanística dels ens públics.
- (34) M. Capesciotti (2015); A. Palomar, J. Vázquez (r.e.; c. 19.11.2019).
- (35) En un sentit contrari a la discriminació (ex art. 2.2. PIDESC), v. "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España" del CDESC (E/C.12/ESP/CO/6, 25-04.2018), i Observació General (uOG) N. 20, ONU, E/C.12/GC/20 (2009). D'altra banda, en relació amb el dret a l'habitatge, la progressiva jurisprudència del TEDH reconeix l'existència d'obligacions positives i negatives a càrrec dels poders públics i evidencia la creixent admissió de la tutela i l'enjudiciament de diferents aspectes relatius als drets socials (R. M. Mestre i Mestre, 2016: 113-132). La reserva del DAV pels estrangers que "resideixin legalment o treballin habitualment dins del territori de la part interessada" està prevista en la CSE (revisada, 1996, Annex I. Àmbit d'aplicació de la Carta.).
- (36) També anomenat en l'argot com a "Golden Visa" o "Visat d'or". En el supòsit que la inversió es dugui a terme per un matrimoni en règim de guanys o anàleg i la quantia no superi, almenys, el doble del llindar previst, es considerarà que ha estat efectuada per un dels cònjuges, i l'altre cònjuge pot sol·licitar un visat de residència familiar en els termes establerts en l'article 62.4 (art. 63.4).
- (37) J. Vázquez Garranzo (2019: 1436 i sg.); A. García Martínez (2017).
- (38) Amb el vot particular de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejon, que manifesta la seva conformitat amb la part dispositiva de la sentència i amb la major part de l'argumentari desenvolupat en els FFJJ, i considera que els raonaments del FJ 6 mereixen algunes apreciacions complementàries, que parteixen d'una concepció diversa de l'expressada en la sentència sobre l'abast i la rellevància dels principis rectors de la política social i econòmica. En el vot particular es propugna l'ús de "los principios rectores como criterio para valorar la constitucionalidad de una acción positiva del legislador. Es fundamental reforzar de nuevo esta doctrina, un tanto olvidada en los tiempos de la crisis, y volver a una concepción abierta de los derechos, también del derecho a la vivienda. Porque todos se vinculan a la garantía de la dignidad humana, todos -también los de primera generación- tienen un cierto contenido prestacional, y todos -también los principios rectores- tienen una incidencia clara en el derecho a libre desarrollo de la personalidad, y en los derechos de libertad conectados con este. Y, por supuesto, todos tienen un impacto innegable en la promoción de la igualdad real de las personas y de los grupos en que esas personas se integran (art. 9.2 CE). Estén estos grupos entre los que pueden obtener satisfacción de sus derechos sin asistencia del Estado o entre quienes, siendo particularmente vulnerables, necesitan del pleno desarrollo del Estado social para asegurarse el disfrute de sus derechos fundamentales." V., també J. Vázquez Garranzo (2019: 1430 i sg.).
- (39) M. Capesciotti (2015: 69).
- (40) Com diu l'informe DVAD (2010: 10): "Sin prueba de su residencia, las personas sin hogar no pueden ejercer su derecho al voto, disfrutar de los servicios sociales ni recibir atención sanitaria. Las escuelas pueden negarse a matricular a los niños de los tugurios porque sus asentamientos no tienen condición oficial.". En matèria sanitària v. Reial Decret Llei 7/2018, de 27 de juliol, sobre l'accés universal al Sistema Nacional de Salut.
- (41) G. Pisarello Prados (2009: 5); M. Bassols Coma (1984: 327-329).
- (42) V., a.e., F. López Ramón (2014); Rodrigo Tena (2016).
- (43) Sobre la possibilitat doctrinal, en el Dret comparat, que els drets fonamentals puguin ser reconeguts per operadors jurídics diversos i variats, no només pel constituent sinó també pel legislador, i fins i tot, pel jutge, v. J. S. Kurlat Aimar (2018: 599-626).
- (44) En relació amb el dret a la salut ex art. 43 CE, i sens perjudici de la llibertat de configuració del legislador ordinari.
- (45) És a dir, a mesura que les societats es transformen i augmenten, el patrimoni tecnològic, la interdependència social i econòmica, i la urbanització, es produeix una pèrdua d'autonomia i independència de les persones perquè es redueix l'espai vital denominat (*beherrscher Lebensraum*) sobre el qual l'individu pot exercir un veritable domini o control de la seva vida; la persona, per ella mateixa, no es pot proveir dels béns i serveis que necessita per a la seva vida diària (societat de masses), sinó que ha de comptar amb tercers i amb les

prestacions i serveis d'interès general que li ofereixen les Administracions públiques, la qual cosa, per altra banda, s'amplia en l'espai vital efectiu (*effektiver Lebensraum*) o espai en el qual la vida de les persones es compleix i realitza efectivament o l'espai de necessitat social (*soziale Bedürftigkeit*). Davant una Administració pública, pròpia de l'Estat liberal, que descansa en la llibertat individual (*Eingriffsverwaltung*), l'autor esmentat oposa una Administració proactiva, amb responsabilitat pública en la gestió i el desenvolupament de prestacions d'interès general (*Leistungsverwaltung*), tot això, amb la finalitat que les persones puguin dur a terme una existència adequada i digna. La proposta de Forsthof es troba en la seves obres: *Die Verwaltung als Leistungsträger* (L'Administració com a proveïdora de serveis, 1938), reeditada i ampliada en l'obra *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* (Qüestions jurídiques de l'Administració prestadora) (1959); N. Magaldi (2020: 147-174).

(46) J. Vázquez Garranzo (2018: 1437-1441); B. Aláez Corral (2011: 69-71).

(47) Á. Galiana Saura (2017: 138).

(48) L'esmentada Llei [País Basc] 3/2015, de 18 de juny, d'habitatge, desenvolupa el reconeixement explícit del dret subjectiu d'accés a la ocupació legal d'un habitatge o allotjament protegit per a totes les persones amb veïnatge administratiu en aquesta comunitat que no es trobin en possessió d'algun i no disposin de mitjans necessaris per aconseguir-lo o quan es tracti de persones en circumstàncies especials que, si es troben en procediments de desnonament per execució hipotecària, poden arribar a caure en situació d'exclusió social. Aquestes persones podran reclamar el seu compliment davant l'administració basca competent, i les resolucions d'aquesta administració seran recurribles davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

(49) S. Olea Ferreras (2019).

(50) Per no haver adoptat el jutjat totes les mesures raonables per a notificar adequadament a l'autora la demanda d'execució hipotecària presentada per l'entitat creditora amb la finalitat d'assegurar-se l'autora estigués informada sobre l'inici del procediment, i, en conseqüència, el jutjat va privar a l'autora de defensar adequadament el seu dret a un habitatge davant un tribunal.

(51) Per manca d'arguments raonables de l'Estat part en relació amb totes les mesures preses fins el màxim dels seus recursos disponibles, el desallotjament dels autors, sense que els fos garantida un habitatge alternatiu per les

autoritats de l'Estat part en el seu conjunt, incloses les autoritats regionals de Madrid.

(52) V., també, Dictamen CDESC adoptado en 8 de octubre de 2018 (E/C.12/64/D/19/2016, 14.11.2018).

En les "Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España" del CDESC (E/C.12/ESP/CO/6, 25-04.2018), el Comitè reconeixia els avenços interpretatius en la jurisdicció ordinària en relació amb l'aplicació dels drets del Pacte, però el preocupava que aquests continuessin sent considerats com a mers principis rectoris de la política social i econòmica i que, per tant, únicament puguin ser invocats quan hagin estat desenvolupats legislativament o en relació amb altres drets que tenen una protecció major, com el dret a la vida. El Comitè també lamentava que "el Estado parte aún no disponga de un mecanismo adecuado para aplicar los dictámenes y recomendaciones del Comité".

(53) V. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence* (actualitzada a 30.04. 2019), Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019.

(54) V., a.e., J. M. Fugardo Estivill (2019: 81-85).

(55) A. Mangas Martín (2013: 475 i sg.).

(56) V., a.e., J. M. Fugardo Estivill (2019: 85-88).

(57) Segons la DTC, "Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. [...] En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitara, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros" (FJ 4).

(58) M. López Escudero (2008: 591) que afirma que el caràcter programàtic i general d'aquest dret s'ha de fonamentar, gairebé

completament, en l'aplicació dels drets interns dels Estats.

(59) Petició de decisió prejudicial plantejada, de conformitat amb l'article 267 TFUE, per l'Audiència Provincial de Castelló, mitjançant interlocutòria de 21 de novembre de 2014, rebuda en el Tribunal de Justícia el 27 de novembre de 2014, en el procediment entre J. C. S. M., M. C. A. García i B.B.V.A.

(60) DOUE, C 303/17, 14.12.2007.

(61) "Una burbuja especulativa se puede definir como un fenómeno económico consistente en un aumento desproporcionado del precio de un activo, de forma que puede exceder el valor que justificarían sus determinantes fundamentales durante un período prolongado. En el caso de la vivienda, la noción de «valor fundamental» se correspondería con su valor como bien duradero que proporciona servicios de alojamiento a sus habitantes. La presencia de un elemento especulativo en los precios reflejaría la expectativa por algunos compradores de un rendimiento, obtenido mediante la venta posterior de sus inmuebles a un precio lo suficientemente elevado, superior al que alcanzarían como resultado del uso y disfrute propio de la vivienda o de su oferta en el mercado de alquiler" (*Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España*, 2008-2014, Banc d'Espanya, 2017: 32, nota a p.p., Madrid) (r.e.); v. també Ignacio. Carretero del Barrio (2018); H. Simón Moreno (2019); F. Fernández Lara (2014: 103-108); C. Sala i Roca (2019).

(62) A tenor de l'art. 121 CE els danys econòmics causats pel retard en l'Administració de justícia ("funcionament anormal") haurien de ser objecte d'indemnització (v. a.e., S. Oubiña Barbolla (2018, II: 632665), E. Cobreros Mendazona, 2008: 31-69).

(63) En l'EACat la paraula "dignitat" s'esmenta dotze vegades i el dret a un "habitatge digne" es preveu en l'article 26.

(64) Adler F. *Human dignity and social science*. Sociological inquiry 1963; 33(1):9-18 [Nota a p.p. dels autors esmentats].

(65) Oliveira Mendes JM. *Solidamente ancorados: a dignidade e o reconhecimento como recursos identitários*. In: IV Congresso Português de Sociologia: Passados Recentes, Futuros Próximos. Braga; 2004. Lloc web disponible a <http://www.aps.pt/desdobra.htm> [Nota a p.p. dels autors esmentats].

(66) A. Pelé (2006); J. Ruiz-Giménez Cortés (1984: 45-130).

(67) G. Peces-Barba Martínez (2003: 21 i sg.); Chr. Starck (2005: 489 i sg.); M. Lacalle Noriega (2013: 43-54).



(68) V., també de la mateixa autora (2016: 34 i sg.; 98-114; 167 i sg.), amb abundants referències.

(69) Respectivament: vivienda digna, vivienda adecuada, hábitat digno, habitación digna; moradia adequada, hábitat digno, habitação digna; i, right to housing, affordable, decent, worthy housing.

Diu l'autora esmentada que "Es una sorpresa, incluso preocupante, que en gran parte de los artículos escritos en español y portugués, las palabras clave 'vivienda digna' o 'moradia digna' sean traducidas al inglés como 'adequate housing'. Esta situación es considerada importante por lo que nuestra hipótesis es que 'vivienda adecuada', 'vivienda digna', y demás expresiones análogas, en los idiomas de búsqueda, no tienen el mismo significado; presentan enfoques y objetivos diferentes aun cuando sean términos equivalentes." (ibídem.: 22).

(70) R. Andorno (s.f.). c. 15/02/2020.

(71) Com 247 Concili vaticà II, Const. past. *Gaudium et spes*, 27: AAS 58 (1966) 1047; *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Vaticano, 2005, ep. 132.

(72) C. S. Nino (1996: 402-408); A. Pelé (2006: 881 i sg.). En sentit religiós, el mandat "Amarás al prójimo como a ti mismo" es troba a la Bíblia (Lev. 19.18).

(73) J. Ruiz-Giménez Cortés (1984: 56 i sg.). Encara que la paraula no es menciona expressament, la doctrina ubica les primeres aproximacions sobre el reconeixement de la dignitat en el marc del constitucionalisme, en la Declaració de Drets del Bon Poble de Virgínia (12 juny 1776, ep. I), la Declaració d'indpendència de les antigues colònies angleses d'Amèrica del Nord de 4 juliol 1776, i la Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà de 26 agost 1789 (preàmbul i art. 2). La reacció a la barbàrie nazi va portar el constituent alemany a proclamar que: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público." (art. 1.1., Llei Fonamental de la República Federal d'Alemanya, de 23 maig 1949).

El TC ha utilitzat el concepte en una doble direcció; com un dret fonamental autònom o dret de tota persona a no ser instrumentalitzada per un poder públic, en el vell sentit kantian, i utilitzat per enjudiciar la lesió de drets fonamentals concrets, la qual cosa implica que la lesió de la dignitat es pugui valorar, encara que no impliqui la lesió d'un altre dret fonamental, i que la lesió d'un dret fonamental no té per què incloure sempre la lesió de la dignitat de la persona (M. A. Aparicio Pérez, 2013: 24-25). L'article 1, primer paràgraf del *Conveni per*

a la protecció dels drets humans i la dignitat de l'ésser humà en relació a les aplicacions de la Biologia i la Medicina (Conveni relatiu als drets humans i la biomedicina), fet a Oviedo el 4 d'abril de 1997 (ratificat el 23 juliol 1999, BOE, 20 octubre 1999) preveu que "Les parts en el present Conveni protegiran la dignitat i identitat de tot ésser humà i garantiran a tota persona, sense discriminació, el respecte a la seva integritat i altres drets i llibertats fonamentals en relació a l'aplicació de la biologia i la medicina".

(74) Encara que l'abast de la dignitat aplicada a la biogenètica i a l'embrió humà és objecte de molta controvèrsia, un sector doctrinal entén que la forma de redacció d'aquesta norma permet aplicar aquest concepte a l'embrió humà ("dignitat humana" vs. dignitat de la persona humana") (J. M. Sobrino Heredia, 2008: 124-125, amb el suport de Mathieu, 2005).

(75) J. M. Sobrino Heredia (2008: 107 i sg.).

(76) J. M. Sobrino Heredia (2008: 123)

(77) En canvi, d'acord amb I. Gutiérrez Gutiérrez (2012: 99), "En el Convenio Europeo de los Derechos Humanos la dignidad de la persona ni siquiera se menciona, lo que no significa que no se protejan por el Convenio y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenidos concretos que otras jurisdicciones, específicamente algunas nacionales, han derivado de ese postulado; el propio Tribunal ha hecho referencia constante a dicho tópico (*). La Declaración Universal de Derechos Humanos la invoca, como queda dicho, tanto en el primer párrafo del Preámbulo como en el artículo 1, donde se vincula especialmente a un principio elemental de igualdad –un entendimiento de la dignidad que se ha denominado entre nosotros formal, frente a otros de los que parecen derivar exigencias más sustantivas (**). Pero la Declaración es un documento injusticiable, y la dignidad humana no ha sido relevante en las decisiones adoptadas por el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (***)".

(*) "Cfr. de nou Walter, Chr., «Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht», cit. en nota 12, pàg. 134 sg; Vernet i Llovet, J. «La dignidad en la jurisprudencia europea» cit., pàg. 428 sg." [Aquesta a nota a p.p. i les dues següents són de l'autor esmentat].

(**) "Jiménez Campo, J., «Artículo 10.1», en Casas Bahamonde, M. E., Rodríguez Piñero, M. (eds.): *Comentarios a la Constitución española*, La Ley, Madrid, 2009, pàg. 181 s."

(***) "Cfr. McCrudden, Chr., «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights», EJIL, t. 19, 2008, pàg. 682 s."

(78) F. Garrido Falla (2001: 96).

(79) J. J. Solozábal Echavarría (1995: 2490).

(80) M. A. Aparicio Pérez (2013: 26).

(81) Per exemple: "... dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de "autodeterminación consciente y responsable de la propia vida" (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)" (STC 102/2003, 27 octubre, FJ7).

(82) J. González Pérez (1985: 143).

(83) Cit. en M. Á. Vela Rosero (2003: 108).

(84) J. Ruiz-Giménez Cortes (1984: 116 i sg.).

(85) Per a l'autor esmentat, aquesta protecció també s'ha de preveure pels ocupants sense títol com a mitjà per evitar desallotjaments i garantir la restitució de la possessió als seus titulars.

Com diu A. E. Pérez Luño (2000: 28), "En el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los fundamentan el entero orden constitucional; y función del Derecho que asegura la realización de las libertades. Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales". En l'àmbit de la propietats i dels drets reals immobiliaris l'existència de l'anomenada "seguretat jurídica preventiva" es basa en la institució del Notariat i els efectes de la inscripció registral (arts. 9.3, 33.1, 103.1 i 149.1.8a CE).

(86) V., a.e, arts. 22 i ss. Ley [Gencat] 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge; Á. Carrasco Perera et al. (2008: 243-250).

(87) M. E. Mejía-Escalante (2016: 37 i sg.).

(88) *Comité Europeo de Derechos Sociales, European Roma and Travellers Forum v. France*, reclamació núm. 64/2011, decisió sobre el fons, 24 de gener de 2012, paràgraf 126, i *Conference of European Churches (CEC) v. Netherlands*, reclamació núm. 90/2013, 21 de gener de 2013 (L. Farha, 2016: 21); Informe del relator especial sobre l'habitatge adequat com a element integrant del dret a un nivell de vida adequat i sobre el dret de no discriminació. En aquest sentit, Sr. Miloon Kothari, ONU, A/HRC/7/16 13 de febrer de 2008, i la seva addició, missió a España (A/HRC/7/16/Add.2 7 de febrer de

2008); v., també, J. C. Abellán Muñoz et al. (2019: 420-450).

(89) *Manual para Parlamentarios n. 26*, Unió Interparlamentària (UI) i les Nacions Unides (Oficina de l'Alt Comissionat pels Drets Humans), UI, ISBN 978-92-9142-676-8 (UIP), Ginebra, 2016 o MPP, 2016.

(90) *Manual para Parlamentarios n. 26*, Unión Interparlamentaria (UI) y las Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), UI, ISBN 978-92-9142-676-8 (UIP), Ginebra, 2016 o MPP, 2016.

(91) V. Lledó García (2013).

(92) "Artículo 13. *Derecho a la asistencia social y médica*

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen:

1. a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado;
2. a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales;
3. a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar;
4. a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953."

(93) *Charte sociale européenne Recueil de textes*, Consell d'Europa (2015: 340): <https://rm.coe.int/168048b058>

(94) Informe DVAD (2020): MPP (2016); Informes realitzats pel relator especial de les Nacions Unides sobre un habitatge adequat i pel Programa de les Nacions Unides pels Assentaments Humans (Tribunal Penal Internacional-Hàbitat), lloc: *Annual Reports - Adequate housing*, Alt Comissionat de les Nacions Unides sobre Drets Humans. Sobre les línies mestres del reconeixement del dret social a l'habitatge adequat, v. *Guidelines for the implementation of the right to adequate housing Special Rapporteur*

on the right to adequate housing, Ms. Leilani Farha. Draft for Consultation. Deadline for written comments (18 novembre 2019) (NN. UU).

(95) V. Principis de les Nacions Unides a favor de persones d'edat; Principis sobre la restitució dels habitatges i el patrimoni dels refugiats i les persones desplaçades; Principis rectors dels desplaçaments interns; Recomanació de la OIT n. 115 sobre l'habitatge dels treballadors; i Declaració de les Nacions Unides sobre els Drets dels Pobles indígenes.

(96) Sobre les formes de tinença i la funció social de la propietat, v. *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Raquel Rolnik, Asamblea General, ONU, Consell de Drets Humans, 30 desembre 2013.

(97) *Reflection paper. Towards a sustainable Europe by 2030*, Comisión Europea, Bruselas (2019: 69) (r.e.).

"En España la tasa de Riesgo de Pobreza, a consecuencia fundamentalmente de la crisis, se situó en el año 2017 en el 21,6% de la población residente en España, frente al 22,3% del año anterior", Informe *Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible Agenda 2030*, (en adelante Informe EEDS 2030), Madrid (2018: 18-19).

(98) *Hacia una Vivienda Saludable – Guía para el facilitador*, Organizació Panamericana de la Salud - OMS, Lima (2009: 8).

(99) *Principios de higiene de la vivienda*, OMS, Ginebra (1990).

(100) A més de les referències esmentades, en matèria d'habitatge i la salut, v., a.e., Thomàs Ubrich (2019).

(101) OG N. 7. El dret a un habitatge adequat (paràgraf 1 de l'article 11 del Pacte): els desallotjaments forçosos (16º període de sessions, 1997), U.N. Doc. E/1999/22, annex IV (1997).

(102) En relació amb Espanya v. Dictamen aprovat pel CDESC en virtut del Protocol facultatiu del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals respecte de la comunicació n. 5/2015, de 21 de juliol 2017, que condemna a l'Estat espanyol en relació amb l'assumpte *Mohamed Ben Djazia i Naoel Bellili* (desallotjament d'arrendatari com a resultat d'un procediment judicial iniciat per l'arrendadora) per no haver adoptat les mesures necessàries per aconseguir la plena efectivitat del dret a un habitatge adequat segons el PIDESC i altres assumptes esmentats a l'apartat 3 d'aquest treball.

(103) V., *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo*, Annex I de l'Informe del relator especial sobre un habitatge adequat, com a part del dret a un nivell de vida adequat A/HRC/4/18, 5 febrer 2007, Consell de Drets Humans, ONU.

(104) *Observatorio de vivienda y suelo*. Butlletí anual 2018, Ministeri de Foment (Madrid, 2019: 4); À. García Bernardos (2017).

(105) En aquest sentit, R. Rolnik (2012: 23) afirma que "Los datos indican que las políticas de vivienda basadas exclusivamente en facilitar el acceso al crédito para comprar una vivienda son incompatibles con la plena realización del derecho a una vivienda adecuada de las personas que viven en la pobreza, pues no brindan soluciones que incluyan viviendas habitables, asequibles y bien ubicadas a las que los pobres tengan acceso". V., a.e., informe del *Observatorio de vivienda y suelo*, citado en la nota anterior e *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Consell de Drets Humans, A/HRC/34/51 (NN.UU, 18 gener 2017); C. Sala i Roca (2019).

(106) Sobre l'activisme social i les plataformes d'afectats per l'hipoteca (PHA), v. J. Ortega Fernández (2017).

(107) Esmentat a M. J. González Ordovás (2004: 978).

(108) El percentatge de població resident en habitatges de lloguer (22,9% el 2017) és molt inferior al de la mitjana de la UE (30,0%). El 2015, el percentatge d'habitatges acollits al sistema públic de lloguers a Espanya era del 2,5%, molt lluny del 16,8% de França o el 20,9% de Dinamarca (A. Villarroja, 2019: 12). V., també D. López-Rodríguez, M. de los Llanos Matea (2019); J. Leal Maldonado, A. Martínez del Olmo (2017: 15-41); C. Donat (2018: 114-129). Sobre la problemàtica de l'habitatge sostenible en l'àmbit europeu, v. A. Pittini et al. (2019: 9-16).

(109) "Vegeu les observacions finals sobre l'Argentina (E/C.12/ARG/CO/3)" [Nota a p.p. de l'autora esmentada].

(110) "Observació general núm. 4 (1991), paràgraf 11" [Nota a p.p. de l'autora esmentada].

(111) A. Arriba, G. Rodríguez Cabrero (2018).

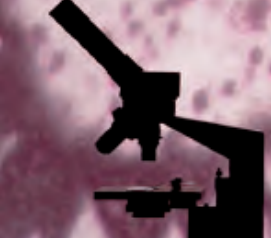
(112) Carta Africana sobre Drets Humans i dels Pobles.

(113) A. Palomar Olmeda (2018: 907-941).

(114) V. regulacions estatal i autonòmiques sobre VPO en Codis de l'Habitatge (BOE); v., a.e., G. Fernández Evangelista (2015).



- (115) S'omet l'examen detallat de tots els requisits necessaris i es té en compte la informació del lloc: Gencat: <http://www.registresolicitants.cat/registre/paginas/pagina.jsp?idPagina=11>. El lector interessat en aquesta qüestió ha de remetre's a la normativa legal i a la informació oficial prevista a aquest efecte.
- (116) La norma omet referir-se als drets reals d'ús i habitació (v. art. 8.2.a D. 106/2009, 19 maig).
- (117) V., a.e., Llei [Gencat] Llei 13/2014, de 30 d'octubre, d'accessibilitat.
- (118) V., a.e., Decret [Gencat] 141/2012, de 30 d'octubre, sobre condicions mínimes d'habitabilitat dels habitatges i la cèdula d'habitabilitat.
- (119) A. Pittini (2012: 21-34); J. Bosch, C. Trilla (2019); *Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible Agenda 2030*, Edit. Direcció General de Polítiques de Desenvolupament Sostenible Secretaria d'Estat de Cooperació Internacional i per a Iberoamèrica y el Carib Ministeri d'Assumptes Exteriors, Unió Europea i Cooperació, Madrid, 2018, r.e. disponible a <http://transparencia.gob.es>.
- (120) J. M. Naredo (1997).
- (121) *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español*, Ministeri d'Habitatge, Madrid, 2010, v., també *Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la era de la Información*, Ministeri de Medi Ambient, i Medi Rural i Marí – Ministeri de Foment, Madrid, 2012.
- (122) Habitatge que tracta d'aprofitar les condicions mediambientals a favor dels usuaris [Nota a p.p. de l'autora esmentada].
- (123) V. Normativa comunitària sobre eficiència energètica (<https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-efficiency/energy-performance-of-buildings/energy-performance-buildings-directive>); Informe per a la UE: *Towards nearly zeroenergy buildings Definition of common principles under the EPBD. Final report* (ECOFYS Germany GmbH, 2013); RD 235/2013, de 5 d'abril, pel qual s'aprova el procediment bàsic pel certificat d'eficiència energètica dels edificis.
- (124) *Policy Framework for Sustainable Real Estate Markets*, ONU, Ginebra (2019) i referències de la UE indicades en la nota anterior.
- (125) V. *Policy Framework for Sustainable Real Estate Markets*, ECE/HBP/202, ONU, Ginebra (2019).
- (126) <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es>
- (127) V., asim. *4e Regard sur le mal-logement en Europe 2019*, FEANTSA (Bruselas) - FONDATION ABBÉ PIERRE (Paris) (2019); *Housing statistics* (Eurostat, 2019); *50 Out-of-the-Box Housing Solutions to Homelessness & Housing Exclusion*, coord. Clotilde Clark-Foulquierm, The Housing Solutions Platform (FEANTSA, Fondation Abbé Pierre and Housing Europe) (r.e., c. 1.01.2020).
- (128) Nova et al., 2014, Trilla y Bosch, 2018b, citados en el VIII Informe Foessa (2019: 251); C. Trilla Bellart, J. Bosch Meda (2018a); Campaña sobre la "Declaración de las Personas Sin Techo" (*Homeless Bill of Rights*, 2017 < <https://www.feantsa.org/en/campaign/2017/11/21/homeless-bill-of-rights> > <https://www.feantsa.org/en/country-profile/2018/03/23/country-profile-spain?bcParent=27> > < <https://www.feantsa.org/download/full-report-en1029873431323901915.pdf> >
- (129) G. Fernández Evangelista (2015: 63 i sg.).
- (130) A. Sales i Campos (2013: 15). Sobre aspectes crítics d'aquesta formulació v. K. Amore et al. (2011: 19-37); G. Fernández Evangelista (2015). < <http://housingfirstguide.eu/website/wp-content/uploads/2016/06/FR-ETHOS.pdf>
- (131) V., *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y del derecho de no discriminación en este contexto*, A/73/310/Rev.1, ONU, 19 setembre 2018.
- (132) Estratègia Nacional Integral per persones sense llar 2015-2020. Aprovada per Acord de Consell de Ministres de 6 de novembre 2015, Ministeri de Sanitat, Serveis Socials i Igualtat, Madrid (2016: 18-19).
- (133) El nombre de persones sense llar que depenen íntegrament dels serveis socials es computen en 23.000, encara que Càritas calcula que sumen una xifra propera a les 40.000 (AUE, 2019: 33).
- (134) V. a.e., *Social Housing in the UNECE Region. Models, Trends and Challenges*, UNECE, Ginebra (2015).
- (135) Entre altres fonts normatives v., Informes: *La vivienda protegida y el alquiler social en España*, Defensor del Pueblo, Madrid (2019); VIII Informe FOESSA, Madrid (2019); *Observatorio de vivienda y suelo. Boletín anual 2018*, Madrid (2019); *Observatorio de la Valoración. Informe sobre el mercado de la vivienda. España, 2019*. I sem., per Paloma Taltavull (XI Observatorio de la Valoración de la AEV-| Asociación Española de Análisis de Valor, Universidad de Alicante); *Informe Anual Banco de España 2018*, Madrid (2019); *La vivienda en la crisis: la promoción del alquiler y el alquiler social desde una perspectiva comparada*, AA.VV. dir. C. Borbonés i Brescó, Quaderns per a la Inclusió Social 4, Publicacions URV, Tarragona (2015); *Análisis de las características de la edificación residencial en España en 2011 A nivel nacional y por comunidad autónoma*, Madrid (2014); *Policy Framework for Sustainable Real Estate Market*, ONU(2019); *L'habitatge: la seva importància econòmica i social*, Foment del Treball Nacional, Barcelona, (2019); *El dret a l'habitatge: qüestions urgents*, Síndic de Greuges de Catalunya, Barcelona (2018); C. Donat (2018); A. Sales i Campos (2013); G. Espínola Orrego (2010); F. Fernández Lara (2014: 75-91); M. Capesciotti (2016: 95-116); À. García Bernardos (2017); G. Fernández Evangelista (2015); C. Sala i Roca (2019).
- (136) V. *Informe Informe AUE* (2019); A. Arriba, G. Rodríguez Cabrero (2018); *Informe L'habitatge: la seva importància econòmica i social*, Fomento del Trabajo Nacional, Barcelona (2019).
- (137) J. Bosch, C. Trilla (2019: 1).
- (138) C. Trilla Bellart, J. Bosch Meda (2018: 5, 57).
- (139) J. Bosch, C. Trilla (2019a).
- (140) *Observatorio de Emancipación. Balance general*. 1r. Semestre 2019, Consell de la Joventut d'Espanya, Madrid (2019).
- (141) V., també J. Leal Maldonado, A. Martínez del Olmo (2017); C. Trilla, J. Bosch (2018a); *Informe AUE* (2019); *Observatorio de vivienda y suelo. Boletín anual 2018*, Ministeri de Foment. Direcció General d'Arquitectura, Habitatge i Sòl, Madrid (2019); *Informe La vivienda protegida y el alquiler social en España*, Defensor del Pueblo (Madrid, 2019); J. Bosch, C. Trilla (2019); *Social Housing in the UNECE Region. Models, Trends and Challenges*, UNECE, Ginebra (2015); i respecte de Catalunya, Informe: *El dret a l'habitatge: qüestions urgents*, Síndic de Greuges de Catalunya, Barcelona (2018).
- (142) *Informe sobre el sector de l'habitatge a Catalunya 2018*, Departament de Territori i Sostenibilitat, Generalitat de Catalunya, Barcelona (2019: 108).
- (143) Les llistes d'espera d'habitatge social en el Regne Unit augmenten a 1,8 milions de sol·licitants; a França, 1,7; a Ucraïna, 1,17; a EUA 5,3. A la Federació Russa el període d'espera s'estima en vint anys (Ch. Friis Bach, en SHUNECE, 2015; iii). Per a una diagnosi de la problemàtica de l'habitatge a Catalunya, v. *Pla territorial sectorial d'habitatge de Catalunya*, desembre 2018, Departament de Territori i Sostenibilitat, Generalitat de Catalunya, Barcelona (2018: 19-113); C. Sala i Roca (2019).



- (144) V. Informe: *Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar 2015-2020*. Aprobada per Acord de Consell de Ministres de 6 de novembre 2015, Madrid (2015); *Estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2019-2023*. Aprobada per Acord de Consell de Ministres (Madrid, 22 de març de 2019).
- (145) A. Arriba, G. Rodríguez Cabrero (2018); Informe AUE (2019).

- (146) C. Trilla Bellart (2009); F. Fernández Lara (2014: 114-221).
- (147) V. Informe: *Pla territorial sectorial d'habitatge de Catalunya*, diciembre 2018, Departament de Territori i Sostenibilitat, Generalitat de Catalunya, Barcelona (2018). Sobre l'habitatge a Catalunya, v. J. Bosch, C. Trilla (2019); Informe *AUE 2019* (2019); *Informe sobre el sector de l'habitatge a Catalunya 2018*. Gencat. 2019; *Decisions i*

actuacions de rellevància jurídica, Agència de l'Habitatge de Catalunya, Generalitat de Catalunya (rec. electr.); Codi de l'Habitatge de Catalunya, BOE; Informe *El dret a l'habitatge: qüestions urgents*, Síndic de Greuges de Catalunya, Barcelona (2018).

- (148) Qualificat de "normativa técnicamente muy deficiente, confusa y que genera inseguridad jurídica" (A. Fuentes-Lojo Rius, 2020); C. Sáinz Sodupe (2020).

La esclavitud en els protocols notarial. Visió històrica

Plácido Barrios Fernández
Notari d'Alcalà d'Henares

Els Arxius Històrics de Protocols conserven la nostra història. Acostar-s'hi permet contemplar des d'una talaia meravellosa la realitat social del passat.

L'AHP de Madrid conserva documents notarials sobre l'esclavitud que m'han cridat l'atenció i que transcriuré al peu d'aquestes línies, després d'una introducció al tema.

Des d'aquestes línies vull agrair a la directora d'aquest arxiu, Beatriz Garcia, la seva disposició i amabilitat.

1. L'ESCLAVITUD A LA PENÍNSULA

Des de molt antic hi va haver esclaus: a mitjan segle xvi es calcula que uns 50.000. Fins i tot Sancho Panza, somiant que era el rei de Micomicó, pensava: *"traerlos a España, donde les pondré vender y me los pagarán de contado, de cuyo dinero podré comprar algún título o algún oficio con que vivir descansado todos los días de mi vida"*.

Es va haver d'esperar el 1837 per a l'abolició de l'esclavitud a la Península. Realment, en quedaven pocs després de la compra d'esclaus musulmans el 1766 per l'ambaixador del sultà del Marroc, amb motiu del Tractat de Pau i de Comerç. Devien ser uns 800 procedents de Barcelona i dels arsenals



de Cartagena i La Carraca. Un cop reunits a Cadis, van ser embarcats cap a Tetuan.

De l'esmentada Llei de 1837 se n'excloïen els de Cuba i Puerto Rico. El 1865 es creà la Sociedad Abolicionista Española i la presió va anar *in crescendo*. Així, el 1870 la Llei anomenada de "llibertat de ventres" la concedeix als futurs fills d'esclaves.

L'abolició a Puerto Rico data de 1873 i la de Cuba, de 1880, ja amb Alfons XII. La

procedència de la fortuna del primer marquès de Comillas és controvertida, Antonio López, ara d'actualitat per la retirada de la seva estàtua a Barcelona.

2. PROCEDÈNCIA DELS ESCLAUS PENINSULARS A L'EDAT MODERNA

El mestre Domínguez Ortiz (*La esclavitud en Castilla en la Edad Moderna*, Edit. Comares, Granada 2003) diu que llavors

els esclaus eren sobretot al sud, a la Cort i a València, i que eren de dos grans grups: negres africans (capturats o comprats pels portuguesos –amb monopoli– a Guinea, Cap verd, Angola i Moçambic) i turcs i barbarescos del nord d'Àfrica, encara que també predominaven els mudèjars i els moriscos, fruit de la Guerra de Granada i de les rebel·lions morisques del segle xvi. Especialment de Las Alpujarras, on molts van acabar esclaus dels seus captadors a les mines reials (d'argent viu a Almadén, de plata a Guadalcanal) o condemnats a galeres (fins al 1749 no es va clausurar el Cos de Galeres del Mediterrani).

El 1487, Ferran el Catòlic, en reconquistar Màlaga, va ordenar esclavitzar la població com a càstig per les circumstàncies especials de la seva conquesta. En va enviar una tercera part a Àfrica per canviar-los per presoners cristians, un altre terç (més de 4.000) va ser venut per la mateixa Corona per sufragar la guerra, i el terç restant va ser lliurat al papa Inocenci VIII. Pel que fa als turcs, molts eren presoners de la nostra armada a la Mediterrània: de Lepant a Sevilla, van arribar fins a vint-i-quatre galeres amb turcs esclavitzats.

A més, des de principis del segle XVI a la Península hi havia presoners *barbarescos* (del nord d'Àfrica). La conquesta d'Orà el 1509 pel cardenal Cisneros proporciona 8.000 esclaus i uns altres més de Bugia i Trípoli. Carles V, a la conquesta de Tunísia, també va fer 18.000 presoners.

Prèviament, el 1508 s'havia conquerit el Peñón de Vélez de la Gomera.

Negres, d'una banda, i musulmans de diverses races i colors, de l'altra, eren dos grups molt diferents entre ells: Suárez de Figueroa el 1615 deia: *“Los esclavos de ahora o son turcos o berberiscos, o negros: los dos primeros géneros suelen salir infieles, mal intencionados, ladrones, borrachos, llenos de mil sensualidades y cometedores de mil delitos... Los negros son (...) más fáciles de llevar, y enseñados, de mucho provecho. Muéstranse más leales (...) aunque emperrados, cometen grandes excesos. Quieren ser tratados con blandura (eso sí) sin perdonarles el castigo, cuando lo mereciesen”*.

La situació de l'esclavitud també es produïa a la inversa: molts nacionals van acabar com a esclaus de turcs i barbarescos, si bé alguns van ser rescatats a canvi de diners. Ressenyaré un document del res-



FITXA TÈCNICA

Resum: Anàlisi de l'esclavitud a l'edat moderna sobre la base de documents notarials sobre l'esclavitud conservats a l'Arxiu Històric de Protocols de Madrid: procedència, destí, comerç, amb transcripció de documents.

Paraules clau: Esclavitud, edat moderna, protocol notarial, Arxiu Històric de Protocols.

Abstract: Analysis of slavery in the Modern Age, based on notarial documents on slavery preserved in the Historical Archive of Protocols of Madrid: origin, destination, trade, with transcription of documents.

Keywords: Slavery, Modern Age, Notarial document, Historical Archives of Protocols.

cat del genial Miguel de Cervantes que, amb 28 anys, era captiu a Alger (llavors el principal niu de pirates de la Mediterrània, amb més de 25.000 cristians presos), i que va ser redimit el 1580, després de cinc anys de captiveri.

Els ordes dels Mercedaris i dels Trinitaris van tenir un paper important en el rescat de captius. Els mercedaris –fundats a Barcelona per Sant Pere Nolasc– juraven quatre vots: pobresa, obediència, castedat i, a més, el de sang, ja que, per alliberar el captiu, estaven disposats a bescanviar-se: així en van morir molts. Els diners del rescat provenien de familiars dels mateixos captius, del Consell de la Croada (com es veurà), de donacions de particulars, etc. Com a curiositat, aquests monjos portaven espasa, com indica Antonio Linaje.

Cal destacar que el cristià que renegava quedava lliure, fet que no passava a l'inrevés.

3. DESTÍ DELS ESCLAUS. VENDA I LLIBERTAT

Després de la Reconquesta era habitual la tinença d'esclaus a casa, principalment musulmans. Cal recordar que el Decret d'Expulsió de Moriscos de 1609 amb Felip III va excloure a València (d'on eren un de cada tres habitants) els que fossin esclaus.

En la resta, l'esclau veia equiparada la seva existència a la d'un simple objecte, que es podia comprar i vendre a voluntat de l'amo.

El seu valor depenia de l'edat, la salut i les qualitats físiques i, quan perdia valor per algun motiu, el seu amo el podia vendre rebaixant-ne el preu o atorgant-li la llibertat si era vell o estava malalt. Era, doncs, una mercaderia –com demostra l'escriptura re-

produïda de venda d'esclau–, similar a les transaccions d'un bou o d'una mula, en les quals es detallen l'edat, l'alçada, el color (així de color *“marró”*, *“lleonat”*, *“de codony cuit”*), l'aparença física, les malalties, les tares o algun tret distintiu (el 1521 es ven a Diego de Ávila *“una esclava ingènua que a la cara té una E d'esclava”*).

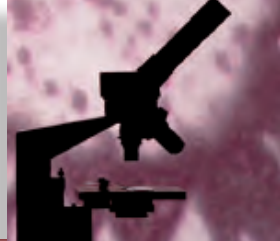
A principis del segle XVI a Andalusia s'entenia que l'amo tenia dret a marcar-los la cara o els braços per reconèixer-los i impedir-ne la seva fugida.

El seu preu va anar pujant: un esclau costava de mitjana 20 ducats el 1500, 50 el 1530 i 80/100 el 1595. (En el cas reproduït de 1619 el preu són 1.000 rals, equivalents a 90 ducats.)

Un formulari d'escriptures de 1630 (A. de Arguello) conté el model de *“venta d'esclau”*, i diu: *“... que vende (...) un esclavo de tal nombre, edad, señas, que le pertenece por justos títulos, por sano de enfermedad de gota, ni de corazón, y que no tiene vicio de embriaguez, fugitivo, ni ladrón...”*. La *“Cartilla Real d'Escribens”* de Diego Bustoso (en realitat, Carlos Ros) encara presenta un model semblant el 1788.

Les esclaves de raça negra, dedicades principalment al servei domèstic, es valoraven, a més, per la seva capacitat de procrear nous esclaus (el fill –fins a l'esmentada Llei de “llibertat de ventres”–, naixia esclau perquè el seu pare fos un home lliure, llevat de matrimoni).

Alguns, perquè els seus amos se'n desentienien, treballaven com a assalariats *lliures*, dels ingressos dels quals l'amo rebia una part. Fins i tot així van aconseguir pagar-se la *manumissió* i esdevenien lliberts (els anomenats *“moros cortados”*).



Uns altres, finalment, s'escapaven, A Catalunya, la Diputació va instaurar una assegurança d'esclaus que va resultar ruïnosa per les moltes indemnitzacions a abonar.

Finalment, en molts casos l'amo concedia la llibertat a través del document notarial anomenat "carta de horro (de l'àrab "hurr": lliure) y libertad".

ANNEX

DOCUMENTACIÓ DE L'ARXIU HISTÒRIC DE PROTOCOLS

Els documents transcrits, tots de l'AHP de Madrid, són els següents:

1.- Carta de llibertat d'esclau atorgada per un frare mercedari vinculada a redempció del captiveri a Alger.

2.- Venda d'esclau identificat per una marca a la cara.

3.- Fiança per garantir la quantitat atorgada pel Consell de la Croada per redimir l'espòs captiu de la fiançada.

4.- Escriptura de llibertat a favor de dos moros esclaus per voluntat del seu senyor, que els havia obtingut en una "bona guerra".

5.- Informació amb testifical demanada per Miguel de Cervantes relativa al seu propi captiveri a Alger.

(Els subratllats i les negretes són meus, i la transcripció és parcial).

1. CARTA DE LLIBERTAT D'ESCLAU A CANVI DEL QUAL ES REDIMEIX DEL CAPTIVERI EL SARD FRANCISCO PILLERA (Protocol 1643, foli 68).- Madrid, 7 d'octubre de 1598, escrivà públic Gonzalo Fernández.

"Sepan cuantos esta **carta de horro y libertad** vieren, como yo, el maestro fray Pedro de Oña, provincial de la horden de Ntra. Sra. de la Merced de redención de captivos en esta provincia de Castilla, digo: que ...tengo por **mi esclavo Abrahín, moro de nación, natural de la ciudad de Argel, que es un moco blanco y está herrado en el rostro** y será de veinte e un años poco más o menos, **el qual ove y compré de Antonio de Saavedra...** y es así que el **padre maestro fray Juan Negrón que fué a redimir captivos a la dicha ciudad de Argel** concertó con Yajá, moro, padre del dicho Abrahín, de que él diese como en efecto le dió por el rescate del dicho Abrahín.. e para ayuda al rescate de un cristiano.. mil reales, con los cuales y con otros quinientos .. que el dicho padre maestro puso ... **rescató a Francisco Pillera, sardo de nación e christiano baptizado, que estaba captivo... y le truxo a España, y le dexó li-**

bre en el reino de Balencia, e quedó que yo ahorraría y daría libertad al dicho Abrahín en trueco de lo que costó el rescate de... Francisco Pillera, para que libremente ...Abrahín se pudiese hir a Argel o donde quisiese... **y le alco y quito la esclavitud y servidumbre que sobre su persona tenía, y en señal de ello lo tomo por la mano y el aparto de mí y me desieto dél y del derecho de la dicha esclavitud** ... en la villa de Madrid, a siete días de Octubre de mil e quinientos e noventa y ocho años... Pasó ante mí: Goncalo Fernández."

2.- VENDA D'ESCLAU.- (Protocol 1619, foli 143).- Madrid, 10 de febrer de 1619, escrivà públic Francisco Rodríguez.

"Sepan cuantos esta carta de esclavo vieren cómo yo, Don Guillén... **vendo y doy en venta real para agora e para siempre** jamás al señor Don Antonio ... para su merced y sus herederos ... **un esclavo** que yo tengo mío... **que se llama Azán Blanco, algo moreno, barbicastaño, lampiño de los lados, de buen cuerpo, con una señal de herida en el lado izquierdo junto al ojo, que baja del nacimiento del cabello hasta la mexilla de la cara, de edad veinte y ocho años...** el qual se lo vendo por sujeto a servidumbre **y asegurado de todas tachas, que no es ladrón fuxitivo, ni borracho, ni tiene mal de gota ni (de) corazón,** por precio y quantía de mil reales... que son el justo precio dél y no bale más, porque no e allado quien más por él me aya dado; y si agora o en algún tiempo más bale o baler puede de la tal demasia y más valor le hago gracia y donación... renuncio las leyes del Ordenamiento real que hablan de las cosas que se compran o se venden por más o menos de la mitad del justo precio... e yo... **me obligo a la evicción seguridad e saneamiento del dicho esclavo..** Madrid a diez días ...de febrero de mil y seiscientos y diez y nueve años.- ...Pasó ante mí: Francisco Rodríguez."

3.- OBLIGACIÓ I FIANÇA QUE ELS CINQUANTA DUCATS DE PLATA LLIURATS PEL CONSELL DE CROADA HAN DE SERVIR PER AL RESCAT D'UN CAPTIU A ALGER.- (Protocol 9796, folis 245-249).- Madrid, 12 de setembre de 1658, escrivà Andrés de Caltañazor.

"En la Villa de Madrid a doze días del mes de Septiembre año de mil y seiscientos y cinquenta y ocho, ante mí el escribano y testigos pareció don Isidro Castillo ... y dixo que el **real Conxejo de la cruzada a**

instancia de Juana Francisca muger de Pedro Castellanos cautivo en Arjel **a hecho merced ...de cinquenta ducados para ayudar a su rescate...**

MEMORIAL

Juana Francisca, **cautiva en Argel que fue rescatada por los Padres Redentores de la Santísima Trinidad Descalca**, este año..., dice dejó a su marido cautivo en la dicha ciudad, es muy pobre y con cuatro hijos que dejaron en las Canarias, donde bibían, y oy se halla la suplicante es esta corte a solicitar y juntar el rescate de su marido... Suplica a VS. Ilma. la aga merced... dándole para ayuda al rescate de su marido...

DECRETO

Dénsele zinquenta ducados... (a) calidad que ha de dar fianza de que ...servirá para el rescate ...y que dentro de año y medio... traerá testimonio ... de cómo a servido para dicho efecto y no haciéndolo... bolberan la dicha cantidad... al dicho real Conxejo de la Cruzada.. Y no lo haciendo...el dicho D. Ysidro ... como tal su fiador ... y sin que sea necesario hacer excursión en la dicha Juana ... ni sus vienes cuyo veneficio renuncia.. (don Ysidro) lo ará y pagará... Ante mí: Andrés de Caltañacor”.

4.- ESCRIPTURA DE LLIBERTAT A FAVOR DE DOS MOROS ECLAUS. (Protocol 15847, folis 211-212).- Madrid, 24 d’abril de 1729, escrivà Pablo Ortiz de Zeballos.

“En la Villa de Madrid a veinte y cuatro días del mes de abril año de mil setezientos y veinte y nueve, ante mí el escribano y testigos parezió el Sr. Theniente Coronel D. Francisco..., y dijo que... le pertenecían dos moros esclavos, **llamados el uno Lapas Benalí que tendrá setenta años de edad, cano con una señal en el brazo izquierdo hecha al parescer con espada, y el otro Hamet Benaly, de color algo moreno entre cano de buena estatura de edad treinta y seis años.. los cuales había habido en buena guerra siendo Alcaide Gobernador**



del Peñón de Vélez de la Gomera, y que por haverle servido con toda fidelidad y humildad más de diez y seis años tenía determinado el darle libertad y:... Otorgaba que concedía.. libertad a sus moros esclavos.. y puedan libremente abierse a su patria Berbería o a la parte y lugar que bien visto les fuese...**y pudieses tratar y contratar como personas libres y no sujetas a cautiverio ni esclavitud alguna...** Ante mí: Pablo Ortiz de Zeballos.”

5.- INFORMACIÓ RELATIVA AL CAPTIVERI DE MIGUEL DE CERVANTES DEMANADA PER ELL MATEIX, amb data 18 de desembre de 1580 (Protocol 499), tenor amb el contingut següent:

“Miguel de Cervantes, natural de alcalá de henares, residente en esta corte, digo: que a mí derecho conviene probar... de cómo e estado captivo en la cibdad de Argel y cómo soy rescatado y lo que costó mi rescate...

En la villa de Madrid, a diez y ocho días de ...diciembre de mil e quinientos y ochenta años, ... se leyó esta petición...

Testigo.- Rodrigo de Chaves, natural de.. Badajoz.. que viene de cautiverio de... Argel... y siendo preguntado por dicho pedimento, dixo que sabe quel dicho **Miguel de Cerbantes a estado cautibo en poder de enemigos en la Cibdad de Argel** y este testigo le bido en el dicho cautiverio como questubo juntamente con él y... sabe que se rescató por quinientos e veinte escudos..., **los cuales los pagó el padre Fray Juan Gil de la horden de la Santísima Trinidad...** y esto es la verdad e lo que sabe... Ante mí: Rº.debera (Rodrigo de Vera).

Alcalá de Henares, febrer/març de dos mil vint

Anàlisi jurídic del sistema de transmissió de béns immobles a la Xina actual

Per Yang Song
Ajudant de Recerca
Facultat de Dret
Southwestern University of Finance and Economics

1. Panorama del Dret Immobiliari a la Xina

1.1. Desenvolupament del dret immobiliari a la Xina

El Dret Immobiliari a la Xina regula el desenvolupament de béns immobles, l'administració, les transmissions (incloses transmissions, hipoteques i arrendaments de béns immobles) entre propietaris i no propietaris. El marc general per a les normes legals de diferents relacions és el procés de la propietat de béns immobles i l'administració de béns immobles. Inclou les disposicions sobre l'adaptació dels béns immobles a la Constitució, el Dret civil i el Dret econòmic, i també lleis específiques, com la Llei d'administració del sòl, la Llei d'administració de béns immobles urbans i les Normatives d'administració de béns immobles i les normes departamentals o locals, etc.

Seguint el desenvolupament històric, la legislació immobiliària de la Xina es basa en la reforma econòmica i l'obertura de 1978 que n'és la línia divisòria. Així, en línies generals es pot dividir en dues etapes: abans de 1978 i després de 1978. La primera etapa es va centrar en la legislació sobre la propietat immobiliària, mentre que la segona etapa va reforçar la legislació sobre el desenvolupament, el comerç, l'administració i els serveis d'intermediació immobiliària.

La primera etapa va des de la fundació de la República Popular de la Xina el 1949 fins al 1978.

Les característiques legislatives del dret immobiliari en aquesta etapa són:

1. Establiment de la propietat estatal del sòl

La Llei de Reforma Agrària, que va entrar en vigor el 1950, va començar a abolir completament el sistema de propietat de la

terra dels terratinents i a aplicar el sistema de propietat de la terra dels camperols i la reforma agrària de propietat estatal.

2. Establiment d'un sistema de propietat col·lectiva de la terra per als agricultors

L'article 13 de la Carta Model de Cooperatives de Producció Agrícola Avançada, aprovada en la Tercera Sessió del Primer Congrés Popular Nacional el 1956, estipula clarament que el sòl rural a la Xina serà propietat col·lectivament de les cooperatives, és a dir, que es determinarà el sistema de propietat i administració col·lectiva del sòl rural a la Xina.

3. Transformació socialista d'habitatges privats urbans

El 1956 les Opinions sobre la Situació Bàsica dels Béns Immobles Privats Urbans Actuals i la Transformació Socialista van transformar els habitatges privats mitjançant el pagament de rendes als propietaris, i l'Estat va rescatar les terres ocupades per empreses privades per nacionalitzar-les, convertint el sòl urbà en propietat pública. Des de llavors, s'ha establert fonamentalment la propietat pública socialista dels béns immobles urbans.

La segona etapa: de 1978 a l'actualitat

Les característiques de la legislació immobiliària en aquesta etapa són:

1. Establir i millorar el sistema legal d'administració de l'habitatge urbà. La Xina ha promulgat successivament lleis immobiliàries des dels anys vuitanta, entre aquestes les Normatives sobre administració d'habitatges privats urbans, les Mesures provisionals per a la recaptació d'impostos sobre la construcció, les Mesures administratives sobre gestió d'habitatges individuals en ciutats i pobles el 1983; les Normatives sobre planificació urbana i algunes Disposicions sobre l'administració

d'habitatges privats per a estrangers el 1984; Reglaments provisionals sobre la gestió de la construcció de pobles i ciutats el 1985; la Llei d'administració del sòl de la República Popular de la Xina i les Normatives provisionals relatives als impostos sobre la propietat el 1986, etc.

2. Establir i millorar les lleis sobre administració i transmissions de la indústria immobiliària. Entre les principals lleis figuren la Notificació sobre l'establiment i la millora de l'administració del mercat de transmissions immobiliàries, promulgada per l'antic Ministeri de la Construcció el 1988, la Transmissió dels drets d'ús de sòl urbà de la República Popular de la Xina, promulgada pel Consell d'Estat el 1990, la Normativa provisional sobre transmissions, i la Llei sobre administració del sòl (revisada) promulgada el 1998, Mesures per a l'administració de la prevenda d'habitatges comercials urbans i Mesures per a l'administració d'habitatges assequibles promulgades el 2004, la Llei d'Administració de Béns Immobles Urbans i la Llei de propietat promulgades el 2007 (ambdues lleis revisades el 2019)⁽¹⁾, etc. Tota aquesta legislació està destinada principalment a satisfer les necessitats de desenvolupament d'una economia de mercat socialista i a millorar el sistema legal per a les transmissions immobiliàries amb característiques xineses. Actualment, s'ha constituït un sistema d'administració de béns immobles amb la Llei d'administració del sòl, la Llei d'administració de béns immobles urbans i la Llei de propietat com a nucli.

1.2. El concepte de Dret immobiliari xinès

Les lleis i normatives actuals de la Xina no defineixen clarament el concepte de bé immoble. L'ús de bé immoble en aquest article és una combinació de propietat de l'habitatge i propietat del sòl. La propietat de l'habitatge és una propietat que té una



relació de propietat legalment diferent. La propietat del sòl es refereix al sòl i drets relacionats.

Els béns immobles en un sentit ampli inclouen edificis com ara solars i habitatges, estructures, instal·lacions de suport per a habitatges i recursos naturals com els minerals i els boscos. Els béns immobles definits en sentit estricte es refereixen només als edificis sobre el sòl i a la terra, sense els recursos naturals.

Aquest article se centra en els béns immobles urbans, i no inclou els béns immobles rurals.

1.3. Fonts jurídiques del Dret immobiliari xinès

La font jurídica del Dret immobiliari són les normes legals del Dret immobiliari. A la Xina, les normes jurídiques immobiliàries inclouen constitucions, lleis nacionals, reglaments administratius, decrets locals, normes administratives o locals del Consell d'Estat, polítiques nacionals, interpretacions judicials i altres formes d'expressió. L'efecte jurídic de diversos tipus de legislació té els nivells següents d'acord amb les disposicions de la Llei de Legislació de la Xina:

Primer nivell: Constitució

La Constitució és la llei fonamental de la Xina. En el cas dels béns immobles, la Constitució també estableix principis

La Constitució és la llei fonamental de la Xina. En el cas dels béns immobles, la Constitució també estableix principis. Per exemple, l'article 10 de la Constitució disposa el següent:

(1) El sòl a les ciutats és propietat de l'Estat. El sòl a les zones rurals i suburbanes és propietat dels col·lectius, excepte les parts que pertanyen a l'Estat d'acord amb la llei; els solars dels habitatges i les parcel·les de conreu privades i les terres muntanyoses també són propietat de col·lectius;

(2) L'Estat, per interès públic, pot expropiar o prendre possessió de sòl per a ús públic i pagar-ne una compensació d'acord amb la llei;



(3) Cap organització o individu no pot apropiarse, comprar, vendre o participar en la transmissió de sòl per mitjans il·legals. Els drets d'ús del sòl poden ser transferits d'acord amb la llei.

Segon nivell: lleis nacionals sobre béns immobles

Es refereix a les lleis promulgades pel Congrés Nacional Popular i el seu Comitè Permanent. El seu efecte jurídic és el segon, només després de la Constitució. Les lleis bàsiques immobiliàries actuals de la Xina són principalment les següents: la Llei de propietat, la Llei d'administració del sòl i la Llei d'administració de béns immobles urbans. A més, la Llei de garantia, la Llei de contractes i altres lleis també tenen normes legals relatives als béns immobles.

Tercer nivell: normatives administratives de béns immobles

Es refereix a les normes promulgades pel Consell d'Estat en relació amb l'ajust del sector immobiliari. Inclou la Normativa sobre l'administració del desenvolupament i funcionament de béns immobles urbans, la Normativa sobre l'aplicació de la Llei d'administració del sòl, etc.

Quart nivell: decrets locals, normes administratives o locals del Consell d'Estat per a béns immobles.

Els decrets locals són formulats pel Congrés Popular d'una província, regió autònoma, municipis sota jurisdicció central i Comitè Permanent. Aquests decrets locals són vàlids a la regió, com la Normativa relativa a l'administració de transmissions immobiliàries urbanes a la província d'Anhui.

Normes administratives del Consell d'Estat formulades per diversos ministeris del Consell d'Estat i normes locals formulades pels governs locals amb poders legislatius. Hi ha moltes normatives administratives d'aquest tipus, com les Mesures per a l'administració de la venda d'habitatges comercials (promulgades pel Ministeri de la Construcció) i les Mesures administratives per a habitatges econòmicament assequibles (publicades conjuntament pel Ministeri de Construcció, la Comissió Nacional de Desenvolupament i Reforma, el Ministeri de Supervisió, el Ministeri de Finances, el Ministeri del Sòl i Recursos, el Banc Popular de la Xina i l'Administració Tributària Estatal).

Quan hi ha incoherències entre els decrets locals i les normes administratives o locals del Consell d'Estat, les autoritats competents es pronunciaran d'acord amb les disposicions de l'article 95 de la Llei legislativa.

El cinquè nivell: les normes següents també són una de les fonts de Dret immobiliari quan les lleis anteriors no disposen

(1) Política nacional



La norma és el codi de conducta establert per l'Estat per dur a terme unes tasques en un període històric determinat i per posar-ne en pràctica el recorregut. L'article 6 dels Principis generals de Dret civil estipula que: "Les activitats civils han de complir amb la llei, i si la llei no ho estipula, han de complir amb la política de l'estat". El Consell d'Estat ha publicat una sèrie de documents de "política que tenen una gran importància com a guia.

Tot i que no és una llei formal, es pot emprar com a referència per gestionar controvèrsies relatives a béns immobles, com ara les "cinc mesures normatives per reforçar la regulació del mercat immobiliari" formulades pel Consell d'Estat en la reunió de 2013 que són documents normatius emesos per adaptar-se a les circumstàncies especials del mercat immobiliari en aquest moment.

(2) Interpretació judicial

La interpretació judicial és la interpretació de l'aplicació específica de les qüestions jurídiques per l'òrgan judicial superior de l'Estat en el procés d'aplicació de la llei, que inclou la interpretació processal realitzada pel Tribunal Popular Suprem i la interpretació de la fiscalia realitzada per la Fiscalia Popular Suprema. Entre aquestes, la interpretació judicial del Tribunal Suprem Popular té un paper important en la resolució dels casos immobiliaris.

(3) Documents locals

Es refereix principalment als òrgans administratius (com els comitès i les oficines subordinats dels governs populars de les províncies, les regions autònomes i els municipis que depenen directament de Govern central) que no estan autoritzats a emetre normatives administratives, i aquells documents que es formulen en el marc de les seves funcions i poders estatutaris que tenen caràcter vinculant en determinats àmbits. L'efecte legal d'aquests documents és menor que el de normes jurídiques anteriors, però pot ser utilitzat com a base perquè les agències administratives portin a terme accions administratives específiques.

2. Visió general del sistema de transmissions immobiliàries de la Xina

2.1. Conceptes i característiques de les transmissions immobiliàries

El quart capítol de la Llei d'administració de béns immobles urbans de la Xina aporta

el contingut de les transmissions immobiliàries. Les transmissions immobiliàries es refereixen a la suma de diverses activitats comercials com ara la transmissió de béns immobles, les hipoteques immobiliàries, l'arrendament d'habitatges i els serveis immobiliaris d'agència entre les parts.

Les transmissions immobiliàries tenen les característiques següents:

1. Les parts en les transmissions immobiliàries són subjectes civils iguals.

2. L'objecte de les transmissions immobiliàries és un producte bàsic especial. Les formes de transmissió inclouen la transmissió de béns immobles, les hipoteques immobiliàries i l'arrendament d'habitatges, i serveis immobiliaris d'agència.

3. El contingut de les transmissions immobiliàries serà estipulat per les parts.

2.2. Principis jurídics de les transmissions immobiliàries

2.2.1. Principi de separació de règims de propietat

El art.10 de la Constitució de la Xina estipula que el sòl a les ciutats és propietat de l'Estat. El sòl a les zones rurals i suburbanes és propietat de col·lectius, excepte les parts que pertanyen a l'Estat d'acord amb la llei; els solars dels habitatges i les parcel·les conreades de forma privada i les terres muntanyoses també són propietat de col·lectius. Cap organització o persona no pot apropiarse, comprar, vendre o participar de cap manera en la transmissió de sòl per mitjans il·legals. Els drets d'ús del sòl poden transferir d'acord amb la llei.

Per tant, a la Xina només hi ha dues formes de propietat del sòl: la propietat estatal i la propietat col·lectiva. No hi ha sòl privat. Cap individu no pot posseir terra, només pot usar-lo.

En les transmissions immobiliàries urbanes, només es poden negociar els drets de propietat de l'habitatge i d'ús del sòl.

Els drets d'ús del sòl a la Xina es classifiquen segons l'ús del sòl a la Normativa provisional sobre la transmissió i la cessió dels drets d'ús del sòl urbà de propietat estatal, segons el seu ús: 70 anys per a sòl residencial; 50 anys per a sòl industrial; 50 anys per a educació, tecnologia, cultura, salut i es-

port; 40 anys per a sòl turístic i d'oci; 50 anys per a sòl global o d'un altre tipus.

Els drets d'ús de sòl residencial es renoven automàticament quan vencen d'acord amb l'article 149 de la Llei de propietat, i altres tipus de sòl s'han de renovar d'acord amb l'article 22 de la Llei d'administració de béns immobles urbans.

2.2.2. Principi d'integració dels règims de propietat i els drets d'ús

A causa de la inseparabilitat de l'habitatge i el sòl, la transmissió de béns immobles aplica el principi d'habitatge a habitatge i sòl a habitatge. Com que la llei del nostre país disposa la propietat de l'habitatge i el dret a l'ús del sòl com dos drets separats, s'ha de posar l'accent en el principi de transmissions de sòl i sòl global. Segons l'article 32 de la Llei d'administració de béns immobles urbans: "Quan un bé immoble és transferit o hipotecat, es transfereixen o hipotequen al mateix temps la propietat de l'edifici i el dret d'ús del sòl ocupat per l'edifici".

2.2.3. Principi d'inscripció pertinent de transmissions de drets

Les transmissions de béns immobles signifiquen només que els drets de l'objecte flueixen entre diferents parts i l'objecte en si mateix no causa moviment físic. Només mitjançant un registre legal es pot generar credibilitat legal estatutària per mantenir l'ordre i la seguretat de les transmissions. L'article 36 de la Llei d'administració de béns immobles urbans estableix que, en la transmissió i la hipoteca de béns immobles, els interessats han de passar pel registre de la propietat d'acord amb la llei. El capítol 5 de la Llei d'administració de béns immobles urbans conté molts principis. El contingut específic del registre de la propietat s'introduirà en el capítol sis "Sistema de registre de la propietat immobiliària".

2.2.4. Principi de gestió dels preus de la transmissió

Els articles 33, 34 i 35 de la Llei d'administració de béns immobles urbans disposen que l'Estat ha implementat tres sistemes de gestió de preus immobiliaris, a saber, el sistema d'anunci del preu regular⁽²⁾, el sistema d'avaluació del preu immobi-



liari i el sistema de declaració del preu de la transmissió immobiliària.

L'article 14 ⁽³⁾ de les Disposicions sobre l'administració de la transmissió de béns immobles urbans estableix que el preu de negociació de béns immobles comunicat es prendrà com a base per al pagament d'impostos i taxes en la transmissió de béns immobles. Quan el preu de negociació sigui manifestament inferior al preu normal de mercat, s'ha de prendre com a base el preu avaluat.

2.3. Formularis de transmissió immobiliària i tipus d'habitatges

D'acord amb el capítol quatre de la Llei d'administració de béns immobles urbans, actualment hi ha tres formes de transmissió immobiliària a la Xina, que inclouen transmissions, hipoteques i arrendaments. En els capítols tres, quatre i cinc s'expliquen al seu torn les normes específiques sobre transmissions.

Els tipus d'habitatge a la Xina estan orientats tant al mercat com a la garantia del benestar. Els diferents tipus d'habitatges tenen les seves normes quan es negocia. Actualment, els habitatges es divideixen en els tipus següents:

1. Habitatge comercial

Basats en la implementació a llarg termini del sistema nacional de subministrament d'habitatges de la Xina, els habitatges comercials només van aparèixer a la Xina després de la dècada de 1980. És un habitatge construït i gestionat per una companyia immobiliària qualificada. Els habitatges comercials es poden comercialitzar lliurement al mercat d'acord amb les lleis i normatives, i inclou tant els habitatges comercials de nova construcció com els de segona mà.

Els habitatges comercials de nova construcció es divideixen en habitatges comercials existents i habitatges comercials de venda anticipada segons els diferents mètodes de lliurament. D'acord amb l'article 2 de les Mesures per a l'administració de la venda anticipada d'habitatges comercials urbans, el terme "venda anticipada d'habitatges comercials" es refereix a l'acte pel qual les empreses promotores immobiliàries venen els habitatges en construcció als compradors i els compradors paguen la fiança o el preu dels habitatges. Segons la normativa, la

venda anticipada d'habitatges comercials a la Xina es refereix a habitatges en construcció, excloent els que encara no han estat construïts.

Els habitatges comercials de nova construcció es divideixen en habitatges comercials existents i habitatges comercials de venda anticipada segons els diferents mètodes de lliurament.

La compra i venda d'habitatges de venda anticipada és una transmissió comercial amb un termini. El comprador de l'habitatge té dret sota contracte a esperar que l'habitatge estigui acabat i, després del lliurament, és amo de la propietat de l'habitatge de conformitat amb el contracte.

Quan se signa el contracte de venda anticipada de l'habitatge comercial, el seu objecte no està completament construït. El comprador i el venedor acorden la data del futur lliurament de l'habitatge en el contracte per tal que el precomprador obtingui el dret a esperar la propietat de l'habitatge després de la seva finalització. El venedor només pot lliurar l'habitatge al propietari sobre plànol i no ha de vendre l'habitatge que ja ha estat venut sobre plànol a una altra persona.

2. Habitatge assequible

És un tipus d'habitatge construït per l'Estat per resoldre el problema d'habitatge de les famílies amb ingressos mitjans i baixos. Aquest tipus d'habitatge redueix una part de les despeses en què s'incorre durant el procés de construcció, de manera que el preu és més baix que el de l'habitatge comercial. Per això s'anomena habitatge assequible, que té les característiques d'economia i d'aplicabilitat. L'economia es refereix al fet que el preu de l'habitatge és relativament moderat en comparació amb el preu de mercat, que es pot adaptar a la capacitat de les famílies amb ingressos baixos. L'aplicabilitat es refereix a l'èmfasi en l'efecte d'ús de l'habitatge.

L'Estat ha imposat algunes restriccions a les qualificacions de la sol·licitud i a les transmissions de llistat d'habitatges assequibles, per la naturalesa de l'habitatge assequible, per tal d'estabilitzar l'ordre del mercat.

3. Habitatge de propietat pública

S'entén per habitatge de propietat pública l'habitatge invertit, construït i venut per l'Estat i per empreses i institucions de propietat estatal. Abans de la venda de l'habitatge, els drets de propietat de l'habitatge pertanyen a l'Estat i a les empreses i institucions estatals. Actualment, segons la política de reforma de l'habitatge, els habitatges de propietat pública es divideixen en dues categories: la primera que es pot vendre i la segona que no es pot vendre. El preu de compra d'habitatges de propietat pública és més baix en comparació amb l'habitatge comercial. Quan es compra un habitatge, es valoren factors com l'edat i la categoria laboral per determinar-ne el preu. Com a producte històric de la transició del mercat immobiliari, l'objectiu principal de l'habitatge públic és completar la transició a l'habitatge comercial.

4. Habitatge de drets de petita propietat

S'entén per aquest tipus d'habitatge els habitatges construïts en sòl rural col·lectiu sense certificats i taxes pertinents, com les taxes de transmissió del sòl. El certificat de propietat no és emès pel Departament d'Administració d'Habitatge de l'Estat, sinó pel govern municipal o del poble. Per tant, l'habitatge de drets de petita propietat és un habitatge amb drets de propietat limitats que no és un concepte legal; és un títol consuetudinari format en la pràctica social. El contracte de compra de l'habitatge no s'ha de presentar davant el Govern.

3. Introducció al Sistema de Transmissió Immobiliària de la Xina

3.1. Formes de transmissió immobiliària

Segons l'article 37 de la Llei d'administració de béns immobles urbans, hi ha tres formes principals de transmissió immobiliària, que inclouen la venda, la donació i altres mitjans legals.

S'entén per "altres mitjans legals" principalment els actes següents (3):

a) Constitució d'una empresa amb estatut de persona jurídica mitjançant la conversió dels béns immobles en accions, canviant així la propietat del bé immoble;

b) Una part atorga el dret d'ús de terra i l'altra part o parts aporten els fons per desenvolupar i gestionar el bé immoble en



forma d'empresa conjunta o cooperativa contractual, canviant així la propietat del bé immoble;

c) La propietat del bé immoble es transferenceix per la compra, consolidació o fusió d'empreses;

d) El pagament d'un deute en espècie immobiliària;

e) Altres circumstàncies previstes per les lleis i normatives.

Aquest capítol se centrarà en la venda de béns immobles.

3.2. Requisits vàlids generals per a les transmissions immobiliàries

En una transmissió immobiliària a la Xina, forma principal i més típica és la venda. Els requisits vàlids per a la venda són bàsicament els requisits vàlids per a altres formes de transmissió.

3.2.1. Elegibilitat del subjecte

1. Persona física. Les persones físiques han de tenir capacitat per als drets civils i plena capacitat per a la conducta civil (major de 18 anys); les persones sense capacitat o amb capacitat limitada per a la conducta civil no poden fer per elles mateixes transmissions immobiliàries, sinó que les han d'exercir els seus agents legals.

2. Persona jurídica. Les empreses, institucions públiques i agències governamentals que es dediquen al comerç de béns immobles com a subjecte de drets han de tenir personalitat jurídica.

A més, com a transmissores, ja sigui persona física o jurídica, ha de ser també la propietària de l'immoble transferit.

3.2.2. Requisits legals per als habitatges

La Llei d'administració de béns immobles urbans i les Disposicions sobre l'administració de la transmissió de béns immobles urbans donen les definicions legislatives de les transmissions immobiliàries, que es poden agrupar en dues categories, de condicions i prohibicions.

1. Condicions, és a dir, les condicions que han de complir els habitatges per a la transmissió immobiliària, tal com disposa la Llei.

A la Xina s'estableixen diferents condicions de transmissió a causa de les diferents formes d'obtenir els drets d'ús del sòl. Per a més detalls, es poden consultar els articles 39 i 40 de la Llei d'administració de béns immobles urbans⁽⁴⁾.

2. Prohibicions, és a dir, situacions en què la transmissió de béns immobles està prohibida per la Llei.

A la Xina s'estableixen diferents condicions de transmissió a causa de les diferents formes d'obtenir els drets d'ús del sòl. Per a més detalls, es poden consultar els articles 39 i 40 de la Llei d'administració de béns immobles urbans

L'article 38 de la Llei d'administració de béns immobles urbans estableix que els béns immobles amb les condicions següents no es poden transferir si:

a) L'adquisició del dret d'ús de terra mitjançant arrendament no compleix les condicions establertes a l'article 39 de la Llei esmentada;

b) El títol de propietat de l'immoble ha estat segellat o restringit en qualsevol forma per decisió de les autoritats judicials o dels departaments administratius d'acord amb la Llei;

c) El dret d'ús del sòl ha estat recuperat d'acord amb la Llei;

d) No té el consentiment per escrit dels altres propietaris si es tracta d'una propietat conjunta;

e) Hi ha disputes sobre el títol;

f) Les que no han estat registrades i no han obtingut certificats de títol d'acord amb la Llei; i

g) Qualsevol altra condició que prohibeixi la transmissió d'acord amb la Llei o les normes administratives.

3.2.3. La intenció de la transmissió ha de ser vertadera

La transmissió de béns immobles ha de reflectir els principis de voluntarietat, igualtat i igual compensació. La intenció de les dues parts ha de ser vertadera, de manera que els interessos de les dues parts puguin ser protegits de manera efectiva.

3.2.4. Requisits formals complets

La transmissió de béns immobles és un acte legal formal i s'ha de signar un contracte escrit d'acord amb la Llei. Les parts de la transmissió han d'acudir al registre per transferir la propietat i obtenir un certificat de propietat immobiliària. Només quan es compleixen els requisits en la seva forma legal, el beneficiari posseeix legalment els drets sobre els béns immobles.

3.3. Normatives especials per a les transmissions de diferents tipus d'habitatges

A la Xina, a causa dels importants interessos de les parts implicades en la venda d'habitatges, per tal de protegir els drets i els interessos legítims de les parts i l'ordre comercial del mercat immobiliari, s'han adoptat lleis i normatives especials relatives a la transmissió dels diferents béns immobles.

3.3.1. Restriccions de compra d'habitatges comercials

Després de la crisi financera mundial de 2008, es van implementar la política monetària flexible de la Xina i mesures enèrgiques de rescat, i el mercat immobiliari es va continuar desenvolupant a gran velocitat. No obstant això, a causa del desenvolupament relativament immadur del mercat immobiliari de la Xina, han sorgit gradualment problemes com la inversió immobiliària sobreescalfada, l'elevada relació entre habitatge i ingressos i l'increment excessivament ràpid dels preus de l'habitatge. Moltes ciutats han experimentat un creixement del preu de l'habitatge que no és coherent amb el nivell de desenvolupament econòmic. Per aquesta raó, el Govern xinès ha llançat una sèrie de polítiques de macrocontrol per intentar frenar aquest augment excessiu dels béns immobles i prevenir els riscos financers en el sector immobiliari. "L'ordre de restricció de compra" és, sens dubte, una de les polítiques de control més intenses, que reflecteix plenament la determinació del Govern xinès de frenar la bombolla immobiliària.

A l'abril de 2010, després que el Consell d'Estat emetés un avís sobre com frenar fermament l'augment excessiu dels preus de l'habitatge en algunes ciutats, algunes ciutats amb preus d'habitatge molt alts van promulgar successivament normatives que

restringeixen el nombre d'habitatges que poden adquirir les famílies, anomenades "restriccions de compra". Prenguem com a exemple les restriccions de compra a Xangai.

D'acord amb el document Xangai 2016 "Opinions sobre com millorar el sistema de mercat de l'habitatge de la ciutat i el sistema de seguretat per promoure un desenvolupament estable i saludable del mercat immobiliari", per a les famílies amb un habitatge que sol·liciten préstecs per a una segona habitatge, la ràtio del pagament inicial no pot ser inferior al 50%.

Restriccions per a la compra d'un segon habitatge a Xangai:

1. Residents locals inscrits en el registre de llars que ja tenen un habitatge a Xangai.
2. Els residents inscrits en el registre de llars que no són de la ciutat que hagin pagat l'assegurança social o l'impost sobre la renda de les persones en aquesta ciutat durant 5 anys consecutius o més tenen restriccions per comprar un habitatge.

Suspensió de la venda d'habitatges als següents col·lectius a Xangai:

1. Famílies inscrites en el registre de llars que ja posseeixen dos o més habitatges;
2. Famílies residents inscrites en el registre de llars que no són de la ciutat que posseeixen un o més habitatges;
3. Famílies residents que no són de la ciutat que no poden presentar prova de pagament de l'assegurança social o de l'impost sobre la renda de les persones en aquesta ciutat durant 5 anys consecutius o més.

3.3.2. Normativa específica relativa a transmissions d'habitatges assequibles

L'habitatge assequible és un habitatge ordinari construït per l'Estat per resoldre el problema de l'habitatge de les famílies amb ingressos baixos i mitjans. Així, estan restringits l'objecte de la compra, el període de transmissió i l'objecte de recompra.

(1) Restriccions sobre l'objecte de compra

D'acord amb l'article 25 de Mesures administratives per a l'habitatge assequible, per sol·licitar la compra d'un habitatge assequible, una família urbana de baixos in-



gressos ha de complir simultàniament els requisitssegüents:

A. Tenir residència permanent registrada a la ciutat o poble on es troba l'habitatge;

B. Els ingressos familiars no han de superar el límit de família de baixos ingressos segons disposa el govern municipal o de districte; i

C. No ha de disposar d'habitatge o l'espai de l'habitatge actual ha de complir els estàndards de dificultat d'habitatge segons disposa el govern municipal o de districte.

El govern municipal o de districte disposa el límit de família de baixos ingressos i les normes de dificultat de l'habitatge d'acord amb el preu de l'habitatge comercial local, els ingressos familiars disponibles, el nivell de l'habitatge i l'estructura familiar. Aquestes normes han de ser objecte d'una gestió dinàmica i es donen a conèixer al públic general un cop a l'any.

(2) Termini de la transmissió del llistat

D'acord amb l'article 30 de les Mesures administratives per a habitatges assequibles, un habitatge assequible no pot ser comercialitzat al mercat en els cinc anys següents a la compra. Si el comprador necessita realment cedir l'habitatge per raons especials, el govern ha de tornar a comprar sobre la base del preu de compra original

després de considerar la depreciació i el nivell de preus. Les disposicions anteriors s'han d'incloure en el contracte de compra d'habitatge assequible i cal especificar també la responsabilitat corresponent per incompliment de contracte.

(3) Restriccions a la qualificació d'entitat de recompra

D'acord amb l'article 31 de les Mesures administratives per a habitatges assequibles, quan una família que ja ha comprat un habitatge assequible adquireix un altre habitatge, el primer habitatge assequible ha de ser readquirir pel govern d'acord amb les disposicions i estipulacions corresponents. Els habitatges assequibles que el govern torni a adquirir es continuaran utilitzant per resoldre les dificultats d'habitatge de les famílies amb baixos ingressos.

L'article 32 estableix que les famílies que han comprat habitatges assequibles ja no poden comprar aquest tipus de casa.

3.3.3. Regulacions específiques sobre transmissions d'habitatges de propietat pública

(1) Restriccions sobre l'objecte de compra

L'habitatge de propietat pública s'adreça a grups específics de persones. No tothom pot gaudir de les polítiques



preferents de reforma de l'habitatge. Les persones que compren un habitatge de propietat pública només poden ser residents d'habitatges públics i treballadors que compleixin les condicions d'assignació d'habitatge.

Com diu l'article 2 de la Notificació del Ministeri de Construcció sobre la promoció de la reforma de l'habitatge públic existent, els habitatges de propietat pública es poden vendre als treballadors de les empreses estatals.

(2) Sistema d'aprovació de la compra

La compra d'un habitatge de propietat pública ha de ser aprovada pel departament superior encarregat de la unitat de venda d'habitatges i presentada a l'Oficina de Reforma de l'Habitatge per registrar-la.

(3) Límit de parts mercantils

Per exemple, l'article 9 de les Mesures provisionals per a la administració de la venda d'habitatges de propietat pública i habitatges assequibles a la província de Sichuan disposa que els habitatges de propietat pública només es poden vendre a les institucions de drets de propietat originals o als treballadors de les institucions.

3.3.4. Normativa específica relativa a les

transmissions d'habitatges de petita propietat

Xina ha implementat una estructura de propietat dual, és a dir, la propietat estatal i col·lectiva del sòl. Segons l'article 9 de la Llei d'administració del sòl, els habitatges rurals són de propietat col·lectiva. El comerç d'habitatges entre camperols i residents urbans no està subjecte a reconeixement ni protecció per la llei, és a dir, no per als permisos d'ús del sòl, llicència de béns immobles, permisos d'escriptura i altres procediments legals. Per tant, els habitatges de petita propietat no es poden transferir o vendre a un tercer que no sigui membre del col·lectiu, sinó que només es poden transferir o substituir dins el col·lectiu del poble.

3.4. Normativa sobre la compra d'un habitatge per part d'estrangers a la Xina

Hi ha normatives que regulen la comprad'habitatges pels estrangers a la Xina d'acord amb la llei xinesa ⁽⁵⁾:

1. Un estranger només pot comprar una unitat per viure. Una entitat estrangera que estableixi una filial o una oficina de representació dins el territori xinès només pot comprar propietats no residencials per a la feina d'oficina a la ciutat on es registri, llevat que es disposi el contrari en alguna llei o reglament.

2. En tramitar l'expedient del contracte de venda anticipada de propietats comercials i el registre del títol de propietat d'un estranger, el departament local competent en matèria de béns immobles, a més d'examinar els documents segons disposen les Mesures per a l'administració de la venda anticipada de propietats comercials urbanes i les Mesures per al registre d'edificis i comprovar la informació de la tinença del comprador de la propietat de l'habitatge, també examinarà:

(1) El certificat que un estranger (fora dels residents a Hong Kong, Macau o Taiwan o xinesos de fora) ha treballat durant més d'un any en territori xinès emès pel corresponent departament; el certificat que un resident a Hong Kong, Macau o Taiwan o un xinès de fora treballa, estudia o resideix en territori xinès.

(2) El compromís escrit que l'estranger no té cap altra propietat residencial al seu nom dins el territori xinès.

3.5. Procediments per a les transmissions immobiliàries

3.5.1. Procediments operatius generals per a les transmissions immobiliàries

D'acord amb l'article 7 de les Disposicions sobre l'administració de la transmissió de béns immobles urbans, que s'ocupen de les transmissions immobiliàries, s'han de seguir els procediments següents:

1. Les parts de la transmissió de béns immobles han de signar el contracte de transmissió per escrit;

2. Les parts s'han d'adreçar al departament d'administració de béns immobles i informar-lo del preu de la transmissió;

3. El departament d'administració de béns immobles ha d'examinar els documents presentats;

4. El departament d'administració de béns immobles ha de comprovar el preu de la transmissió establert i ha d'examinar i avalua in situ els béns immobles que s'han de transferir segons les necessitats.

5. El comprador ha d'efectuar el pagament en la forma, el termini i el lloc acordats.



Actualment, la Xina accepta principalment les formes de pagament següents: (1) pagament complet; (2) pagament a terminis; (3) préstec hipotecari del banc.

El préstec hipotecari és una hipoteca del comprador sobre els drets de propietat en què el banc avança el pagament de l'habitatge al venedor. Després, el comprador ha de pagar el capital i els interessos al banc en quotes mensuals. La durada de la hipoteca pot ser d'1 a 30 anys. Les hipotèques bancàries són la forma més efectiva d'impulsar el mercat immobiliari.

D'acord amb les diferents formes d'hipoteca, hi ha tres tipus de préstec: a) préstec del fons d'acumulació d'habitatges ⁽⁶⁾; b) préstec comercial d'habitatges; c) combinació d'aquestes dues formes. Els compradors poden triar la forma apropiada de préstec d'acord amb la situació real i presentar els comprovants perquè siguin avaluats d'acord amb els requisits bancaris corresponents. Les sol·licituds de préstecs del fons d'acumulació també s'han de tramitar d'acord amb els requisits del Centre de Gestió de Fons d'Acumulació per a l'Habitatge.

6. Pagament dels corresponents impostos i taxes.

7. Emissió del certificat de propietat de béns immobles després de la comprovació.

3.5.2. Procediment de transmissió d'un habitatge comercial (ja construït)

La diferència en la venda d'un habitatge comercial que ja està construït és que es necessita la llicència de venda. Aquests són els tràmits necessaris:

1. L'empresa immobiliària sol·licita l'acceptació de l'acabament de l'habitatge i la llicència de venda.

2. Els compradors trien l'habitatge.

3. Les parts signen un contracte per a la venda de l'habitatge comercial.

4. Pagament del deute.

5. Lliurament de l'habitatge comercial.

6. Sol·licitud del certificat de propietat de l'habitatge al departament d'administració de l'habitatge.

3.5.3. Procediments de transmissió anticipada d'habitatges comercials

Els promotors immobiliaris poden iniciar formalment el procés de venda anticipada d'habitatges comercials després d'obtenir la llicència de venda anticipada. Les Mesures per a l'administració de venda anticipada d'habitatges comercials urbanes disposen específicament els procediments per a la venda.

Els promotors immobiliaris poden iniciar formalment el procés de venda anticipada d'habitatges comercials després d'obtenir la llicència de venda anticipada. Les Mesures per a l'administració de venda anticipada d'habitatges comercials urbanes disposen específicament els procediments per a la venda.

1. Sol·licitud de venda anticipada

L'empresa que fa la venda anticipada d'habitatges comercials ha de sol·licitar al departament d'administració de béns immobles la llicència de venda anticipada. Sense la llicència, no es permet la venda ⁽⁷⁾.

2. Emissió del permís de venda anticipada d'habitatges comercials. El procediment és el següent: acceptació-avaluació-aprovació-anunci ⁽⁸⁾.

3. Signatura del contracte.

4. Registre de les formalitats del contracte de venda anticipada d'habitatges comercials al departament administratiu de béns immobles ⁽⁹⁾.

5. Lliurament de l'habitatge.

6. Emissió del certificat de propietat de béns immobles.

3.5.4. Procediments de la transmissió d'habitatges assequibles

Com que la construcció i la venda d'habitatges assequibles a la Xina es gestionen de propal nivell de desenvolupament econòmic i cultural en diferents llocs, els governs locals es dediquen a emetre reglaments sobre els

procediments operatius per a la venda d'habitatges assequibles.

L'habitatge assequible està subjecte a restriccions pel que fa a la compra, per la qual cosa la diferència en els procediments de compra d'habitatges comercials ordinaris rau en la revisió de la qualificació. Prenent com a exemple les mesures administratives per a habitatge assequible de Pequín (per a l'implementació de les mesures), Pequín ha posat en marxa un sistema de revisió de tres nivells i de publicitat de dos nivells per determinar les qualificacions de les entitats que compren habitatges assequibles ⁽¹⁰⁾:

(1) Sol·licitud: la família sol·licitant presenta la sol·licitud a l'oficina del subdistricte o al govern del municipi.

(2) Avaluació preliminar: l'oficina del subdistricte o el govern del municipi porta a terme una avaluació preliminar dels ingressos, l'habitatge, els actius, etc. de la família sol·licitant a través de la documentació d'auditoria, enquestes de llars, revisions de l'organització i publicitat, i proposa una opinió preliminar d'avaluació al departament d'administració de seguretat de l'habitatge de districte i del comtat sobre els sol·licitants elegibles.

(3) Reavaluació: el departament d'administració de seguretat de l'habitatge del districte i del comtat tornen a avaluar la família sol·licitant. Si compleix els requisits, s'anuncia públicament la situació de la família sol·licitant.

(4) Presentació: la comissió municipal de construcció revisa els documents de la sol·licitud presentats pel departament d'administració de seguretat de l'habitatge de districte/comtat. Si compleix els requisits, la comissió municipal de construcció ho registra. El departament d'administració de seguretat de l'habitatge del districte/comtat crea l'expedient de sol·licitud d'habitatge compartit per la ciutat, el districte i el comtat per a la família dels sol·licitants que han estat registrats.

3.6. Pràctica judicial de la transmissió immobiliària

3.6.1. La transmissió de l'habitatge comercial

1. Enfocament del cas: els anuncis de venda d'habitatges comercials no coincideixen amb els contractes de venda ⁽¹¹⁾.



Dictamen dels jutges: si els anuncis externs de vendes del promotor no defineixen una oferta específica i determinada en aquest cas, els anuncis de vendes no s'han de considerar contingut del contracte. Si el comprador reclama que l'àrea de lliurament del promotor no inclou l'oferta promesa, pot constituir un frau i el comprador pot cancel·lar el contracte i reclamar el reemborsament del pagament de l'habitatge, i no ha de donar-hi suport.

Fonament legal: 1) L'article 3 de la interpretació del Tribunal Popular Suprem sobre les qüestions rellevants relatives a l'aplicació de la Llei d'enjudiciament de controvèrsies en els contractes de venda d'habitatges disposa que els anuncis de venda i els materials publicitaris dels habitatges han d'invitar a l'oferta. No obstant això, si les declaracions i promeses fetes pel venedor en relació amb els habitatges i les instal·lacions relacionades en l'àmbit del desenvolupament i la planificació dels habitatges són específiques i definitives, i tenen una gran influència en la celebració del contracte de venda dels habitatges i la determinació dels preus, aquests anuncis i materials es consideren ofertes. Aquestes declaracions i promeses es consideren el contingut del contracte de venda dels habitatges encara que no s'incloguin en el contracte. La part interessada ha d'assumir les responsabilitats pel seu incompliment, si és el cas.

(2) L'article 15 de la Llei de contractes disposa que les llistes de preus enviades per correu, els anuncis públics de subhasta i licitació, els prospectes i anuncis comercials, etc. són invitacions a l'oferta. Quan el contingut d'un anunci comercial compleixi els requisits per a una oferta, es considera una oferta, però quan el contingut dels anuncis i materials de promoció no s'incloguin en el contracte no es poden utilitzar com a condicions del contracte.

2. Enfocament del cas: controvèrsies sobre defectes de qualitat en habitatges comercials ⁽¹²⁾.

Dictamen dels jutges: a causa de la qualitat parcial de l'habitatge venut pel venedor, el comprador no pot fer servir l'habitatge amb normalitat. Cal considerar el període de manteniment, l'incompliment del venedor i la gravetat del problema de qualitat de l'habitatge per calcular la pèrdua real del comprador.

Fonament legal: Interpretació del Tribunal Popular Suprem dels articles 12 i 13 sobre les qüestions relatives a l'aplicació de la Llei d'enjudiciament de controvèrsies en els contractes de venda d'habitatges disposa que, com que la qualitat de l'estructura principal de l'habitatge no és apta o no pot ser lliurada per al seu ús, o que l'estructura principal de l'habitatge ha estat inspeccionada en no ser la qualitat efectivament apta després de ser lliurada per al seu ús, el comprador pot sol·licitar la rescissió del contracte o la compensació de les pèrdues, i aquesta sol·licitud ha de ser acceptada. Si hi ha algun problema en la qualitat d'un habitatge que ha estat lliurat per al seu ús, el venedor ha d'assumir la responsabilitat de la reparació dins el període de garantia de qualitat; si el venedor es nega a reparar l'habitatge o endarrerix la reparació dins un termini raonable, el comprador el pot reparar ell mateix o encarregar a un tercer que el repari. Les despeses de reparació i altres pèrdues durant la reparació aniran a càrrec del venedor.

3.6.2. La transmissió de l'habitatge assequible

Enfocament del cas: l'habitatge assequible no compleix les condicions de la transmissió, però tot i això es pot comercialitzar ⁽¹³⁾.

Punts clau de la sentència i fonament legal: el contracte de venda d'habitatges assequibles celebrat entre el recurrent Huang Mingxiong i el demandat Huang Tao incompleix la política de l'Estat de no llistar i comerciar amb habitatges assequibles durant 5 anys

Punts clau de la sentència i fonament legal: el contracte de venda d'habitatges assequibles celebrat entre el recurrent Huang Mingxiong i el demandat Huang Tao incompleix la política de l'Estat de no llistar i comerciar amb habitatges assequibles durant 5 anys. Segons l'article 52 de la Llei de contractes, aquest contracte de venda entre les dues parts no és vàlid perquè perjudica l'interès públic, i el recurrent Huang Mingxiong i el demandat Huang Tao saben que els habitatges en qüestió no compleixen els requisits. En el cas de les condicions

de la transmissió, es continua signant un contracte de venda d'habitatges, i ambdues parts tenen culpa subjectiva, de manera que han d'assumir la indemnització corresponent per les pèrdues causades pels contractes invàlids.

3.6.3. Transmissió d'habitatges de petita propietat

Enfocament del cas: comerç d'habitatges de petita propietat entre diferents grups del poble ⁽¹⁴⁾.

Dictamen dels jutges: (procés judicial) el dret a utilitzar el sòl col·lectiu rural per a allotjaments és un dret del qual gaudeixen els membres de l'organització econòmica col·lectiva rural i està vinculat a l'estatut específic de propietari. L'objecte del contracte de compra signat entre el demandant i el demandat no és només l'habitatge, sinó també el dret a utilitzar el sòl col·lectiu corresponent. El contracte signat incompleix les disposicions obligatòries de les corresponents lleis i normatives de la Xina i ha de ser considerat un contracte invàlid (Tribunal d'Apel·lació). El subjecte del dret a l'ús de l'allotjament són els residents rurals de les organitzacions econòmiques col·lectives rurals específiques. El demandant i el demandat no són membres de la mateixa organització econòmica col·lectiva, no tenen la qualificació per utilitzar la base d'allotjament del poble, de manera que el contracte no és vàlid.

4. Introducció al Sistema Hipotecari Immobiliari

4.1. Concepte d'hipoteca immobiliària

D'acord amb l'article 47 de la Llei d'administració de béns immobles urbans, s'entén per hipoteca de béns immobles la posada a disposició de béns immobles legals en règim de no-transmissió per part del deutor al creditor com a garantia del pagament del deute. Quan el deutor no compleixi amb el pagament del deute, el creditor tindrà prioritat de ser reemborsat primer mitjançant la subhasta de béns immobles hipotecats d'acord amb la llei.

4.2. Característiques de les hipoteques sobre béns immobles

1. Les hipoteques sobre béns immobles són garanties de propietat, i les hipoteques



han de ser específiques i legals. És a dir, la titularitat de l'immoble ha de ser clara, ha de tenir el certificat de propietat, no hi ha d'haver disputa de propietat i no hi ha d'haver obstacles per constituir una hipoteca. En la relació hipotecària, el deutor hipotecari ha de tenir el dret de disposar de la propietat hipotecada i tenir la capacitat de disposar. En el cas contrari, ni tan sol el propietari de l'immoble ha de constituir una hipoteca.

Per exemple, un habitatge amb un valor d'1,2 milions RMB era propietat conjunta de quatre persones. Un d'ells, Jack va hipotecar només l'habitatge al banc perquè necessita un préstec, per valor d'1 milió RMB. Els altres copropietaris van expressar les seves objeccions en saber-ho i ho van denunciar a tribunal. Després de la vista, el tribunal va determinar que la hipoteca establerta per Jack sense el consentiment dels altres copropietaris, no era vàlida.

2. Les hipoteques s'estableixen mitjançant la no-transmissió de la possessió. És a dir, després de l'establiment del dret d'hipoteca de l'immoble fins a la realització de la hipoteca, el deutor continua retenint la propietat de l'immoble hipotecat i té dret a utilitzar els ingressos de l'immoble hipotecat.

3. El creditor té prioritat de ser el primer a rebre el pagament.

Quan el deutor no compleix amb el pagament del deute, el creditor té prioritat de ser reemborsat primer mitjançant la subhasta de bé immoble hipotecat d'acord amb la llei ⁽¹⁵⁾.

4. Sense excés d'hipoteca

D'acord amb l'article 35 de la Llei de garantia, els drets del creditor que el deutor hagi hipotecat no poden superar el valor dels béns hipotecats. Després d'haver estat hipotecat, el saldo del valor dels béns que superi els drets del creditor pot ser hipotecat una segona vegada, però la suma de la hipoteca no excedirà el valor del saldo.

5. Dret d'ús del sòl i habitatge hipotecats simultàniament ⁽¹⁶⁾.

Si s'hipotequen edificis adquirits legalment en sòls propietat de l'Estat, els drets d'ús del sòl ocupat pels edificis també s'han d'hipotecar a el mateix temps.

Quan els drets d'ús del sòl propietat de l'Estat, adquirits per mitjà de transmissió

estiguin hipotecats, els edificis situats en aquest sòl també s'han d'hipotecar al mateix temps.

4.3. Objecte de la hipoteca de béns immobles

Les propietats següents es poden hipotecar a la Xina:

(1) Els edificis i altres objectes fixos del sòl propietat del deutor ⁽¹⁷⁾;

(2) Els drets d'ús del sòl, dels edificis i altres objectes fixos al sòl propietat de l'Estat, dels quals el deutor té dret a disposar d'acord amb la llei ⁽¹⁸⁾.

Les propietats següents no es poden hipotecar a la Xina d'acord amb l'article 37 de la Llei de garantia i a l'article 8 de les Mesures sobre l'administració d'hipoteques de béns immobles urbans:

(1) La propietat del sòl ⁽¹⁹⁾;

(2) Els drets d'ús del sòl de terres agrícoles, solars, terres i turons assignades per necessitats personals i altres terres de propietat col·lectiva, excepte les esmentades en l'apartat 5 de l'article 34 i en el tercer paràgraf de l'article 36, que es poden hipotecar ⁽²⁰⁾;

(3) Instal·lacions educatives, mèdiques i altres instal·lacions per al benestar públic, d'escoles, llars d'infants, hospitals i altres institucions i grups socials destinades a l'interès general;

(4) Propietats els drets i ús de propietat de les quals no són clars o són controvertits;

(5) Propietats legalment confiscades, de-comissades o controlades;

(6) Edificis protegits com a relíquies culturals i altres edificis que tinguin un import significat commemoratiu;

(7) Altres propietats que no poden ser hipotecades acord amb la llei.

4.4. Execució de la hipoteca de béns immobles

4.4.1. Condicions per a l'execució de la hipoteca

Quan les parts signen el contracte d'hipoteca i registren la hipoteca immobiliària, la hipoteca immobiliària legalment establerta adquireix l'efecte legal corresponent, i el

deutor i el creditor tenen els seus drets i obligacions d'acord amb el contracte. L'execució del dret d'hipoteca sobre l'immoble és l'acte jurídic del creditor de donar prioritat a la disposició de la propietat hipotecada quan es compleix el termini de venciment del préstec i l'import no ha estat pagat en la totalitat.

Segons l'article 40 de les Mesures sobre l'Administració d'hipoteques de Béns Immobles Urbans, el creditor té dret a exigir la disposició del bé immoble hipotecat en qualsevol de les circumstàncies següents:

(1) Si el creditor no ha rebut el pagament total en vencer el termini de pagament del deute, i el deutor no arriba a un acord amb el creditor sobre l'ajornament del pagament.

(2) Si el deutor mor o és declarat mort i no hi ha ningú que pagui el deute en nom seu; o si l'hereu legal o el legatari del deutor es neguen a pagar el deute;

(3) Si el deutor és declarat dissolt o en fallida d'acord amb la llei;

(4) Si el deutor, incomplint les disposicions corresponents d'aquestes Mesures, disposa del bé immoble hipotecat sense autorització;

(5) Altres circumstàncies estipulades en el contracte d'hipoteca.

4.4.2. Procediment d'execució de la hipoteca

Segons l'article 53 de la Llei de garantia, els passos específics per a la realització de la hipoteca de béns immobles són els següents:

(1) Arribar a un acord. Quan venç el termini de pagament d'un deute, el creditor pot cancel·lar la garantia hipotecària, amb l'acord del deutor, i convertir el valor dels objectes de la garantia en diners o mitjançant subhasta o venda d'objectes;

(2) Si el deutor i el creditor no arriben a un acord, el creditor pot presentar una demanda al Tribunal Popular.

4.4.3. Formes d'execució de la hipoteca

Segons l'article 53 de la Llei de garantia, hi ha tres vies per fer complir el dret hipotecari de béns immobles a la Xina:

(1) Subhasta. La subhasta es la licitació pública, que transferirà la propietat hipote-



cada al preu més alt. Es pot obtenir un preu més alt a través de la licitació, que s'ajusta millor al valor dels béns immobles hipotecats, i és una opció més justa per als hipotecaris i hipotecats.

(2) Convertir la propietat hipotecada en diners. Significa que després que les parts arribin a un acord o després d'un judici en un tribunal popular, el bé hipotecat es pot convertir en diners d'acord amb el preu de mercat. L'acord no ha de perjudicar els interessos de tercers. D'acord amb l'article 195 de la Llei de propietat, en el cas que el dit acord hagi perjudicat els interessos de qualsevol altre creditor, el creditor pot sol·licitar al tribunal popular que anul·li l'acord dins l'any següent que ell/ella hagi conegut o hagi de conèixer la causa de la cancel·lació.

(3) Venda de la propietat hipotecada. Si el creditor i el deutor arriben a un acord mitjançant una negociació, també poden disposar de la propietat hipotecada, cosa que té l'avantatge de ser simple i fàcil, i estalvia temps i esforç.

5. Sistema d'arrendament immobiliari de la Xina

5.1. Definició i característiques bàsiques de l'arrendament de béns immobles

L'arrendament de béns immobles és quan l'arrendador arrenda a

l'arrendatari el dret d'ús del sòl de l'immoble, altres annexos o habitatges al sol, i l'arrendatari paga per això la renda a l'arrendador. Les seves característiques bàsiques són:

1. L'arrendament immobiliari és un acte jurídic civil, pagat, promès i obligatori de doble servei. En primer lloc, l'arrendador està obligat a lliurar el bé immoble a l'arrendatari per al seu ús segons s'hagi acordat, i l'arrendador està obligat a pagar el lloguer a l'arrendador segons el contracte; l'arrendament està subjecte a l'acord de les intencions de les parts, i no hi ha necessitat de lliurar realment el bé immoble; l'arrendament de béns immobles en general ha de prendre la forma d'un contracte d'arrendament escrit.

2. L'arrendador en el contracte d'arrendament de béns immobles ha de tenir poder de disposició per dur a terme l'arrendament. L'arrendatari només pot obtenir el dret d'ús del bé immoble, no la propietat, cosa que el distingeix de la venda de l'immoble.

3. El tema de l'arrendament de béns immobles és específic i inclou el dret d'ús del sòl i l'arrendament de l'habitatge. A la Xina actualment només hi ha una forma d'arrendament del dret d'ús del sòl propietat de l'Estat, i hi ha relativament moltes formes d'arrendament de l'habitatge.

4. L'arrendament de béns immobles té un termini. La durada del termini la determina la llei o les parts. Si el termini d'arrendament del dret d'ús del sòl de propietat estatal està restringit pel termini de dret d'ús del sòl de propietat estatal, en general les parts acorden el termini d'arrendament de l'habitatge privat.

5.2. Contracte d'arrendament de l'habitatge

5.2.1. Contingut del contracte d'arrendament d'un habitatge

El contracte d'arrendament d'un habitatge segueix el format general dels contractes. D'acord amb l'article 7 de les mesures administratives per a l'arrendament d'habitatges, les parts d'un contracte d'arrendament d'un habitatge han de signar un contracte d'arrendament de conformitat amb la llei. El contingut d'un contracte d'arrendament d'un habitatge s'ha d'acordar entre les parts i, en general, ha d'incloure:

1. Noms i domicilis de les parts que participen en l'arrendament de l'habitatge;
2. La seva ubicació, zona, estructura i instal·lacions de l'habitatge; estat de les instal·lacions interiors, inclosos mobles, electrodomèstics, etc.;
3. Els imports i la forma de pagament del lloguer i el dipòsit de lloguer;
4. El propòsit de l'arrendament de l'habitatge i els requisits per al seu ús;
5. La seguretat de l'habitatge i de les seves instal·lacions interiors;
6. El termini del lloguer;
7. Les responsabilitats en el manteniment de l'habitatge;
8. El pagament de les taxes corresponents als serveis de propietat, aigua, electricitat, gas, etc.;
9. Els mètodes de resolució de controvèrsies i la responsabilitat per incompliment del contracte; i
10. Altres disposicions.

A més, si les parts en un contracte d'arrendament d'habitatge no han signat un contracte d'arrendament d'habitatge per escrit, la Llei de contractes de la Xina



també aprova de forma limitada als contractes d'arrendament orals. D'acord amb l'article 215 de la Llei de Contractes, quan el termini d'arrendament sigui de sis mesos o més, el contracte es realitzarà per escrit. Si les parts no adopten una forma escrita, l'arrendament es considera un arrendament sense termini.

5.2.2. Drets i obligacions de les parts en un contracte d'arrendament d'habitatge

D'acord amb la Llei de contractes, les Mesures administratives per a l'arrendament d'habitatges i la Interpretació del Tribunal Popular Suprem sobre les qüestions pertinents per a l'aplicació de la Llei d'enjudiciament de controvèrsies en els contractes de venda d'habitatges, els drets i les obligacions de les parts de l'arrendament inclouen les disposicions següents:

1. Drets i obligacions de l'arrendador

(1) Drets de l'arrendador: dret a cobrar el lloguer, dret a supervisar l'habitatge, dret a rescindir el contracte i dret a recuperar l'habitatge;

(2) Obligacions l'arrendador: obligació de lliurar l'habitatge, obligació de reparar, obligació de garantir els defectes, obligació de pagar els impostos.

2. Drets i obligacions de l'arrendatari

(1) Drets de l'arrendatari: dret a l'ús de l'habitatge, dret de prioritat, dret a rescindir el contracte i dret a subarrendar amb consentiment.

(2) Obligacions l'arrendador: obligació de pagar el lloguer, obligació de mantenir l'habitatge en bon estat, obligació de tornar l'habitatge d'acord amb el contracte.

5.3. Normes especials per a l'arrendament d'habitatges

5.3.1. La venda no interromp l'arrendament

Aquest principi significa que, quan es transfereixen els drets de propietat de l'habitatge arrendat, el dret del llogater a fer servir l'habitatge no es veu afectat per la venda i el cessionari de l'habitatge ha de seguir complint les disposicions del contracte d'arrendament original.

D'acord amb l'article 229 de la Llei de contractes, qualsevol canvi de propietat de

l'objecte d'arrendament no afecta la validesa del contracte d'arrendament.

5.3.2. Dret d'adquisició preferent de l'arrendatari

El dret d'adquisició preferent és el dret que la llei atorga a l'arrendatari i significa que l'arrendatari té preferència en la compra respecte a altres persones en les mateixes condicions quan l'arrendador ven el bé arrendat en virtut del contracte d'arrendament.

D'acord amb l'article 230 de la Llei de contractes, quan l'arrendador vulgui vendre l'habitatge arrendat, ha de notificar-ho a l'arrendatari en un termini raonable abans de la venda i l'arrendatari té dret d'adquisició preferent en les mateixes condicions.

5.4. Sistema d'arxiu i registre i presentació dels arrendaments

La Xina ha implementat un sistema de registre i presentació dels contractes d'arrendament d'habitatges. D'acord amb l'article 54 de la Llei d'administració de béns immobles urbans, quan es llogui un habitatge, l'arrendador i l'arrendatari han de signar un contracte d'arrendament per escrit... i han de fer els tràmits de registre amb el departament d'administració de béns immobles per registrar-lo.

Els procediments operatius per a la presentació dels contractes d'arrendament de l'habitatge són els següents:

1. Sol·licitud de presentació

Les parts en l'arrendament d'un habitatge, en un termini de 30 dies des de la signatura del contracte d'arrendament de l'habitatge, han de tramitar el registre i les formalitats de presentació al departament administratiu de construcció (béns immobles) del govern popular del municipi que depèn directament del Govern Central, la ciutat o el districte en el lloc on es troba l'habitatge arrendat ⁽²¹⁾.

2. Avaluació del contracte d'arrendament

El contingut de l'avaluació inclou:

(1) Els documents de la sol·licitud presentats pel sol·licitant han d'estar complets i en els formularis legals;

(2) L'arrendador ha de ser coherent amb l'objecte registrat en el certificat de propietat de l'habitatge o qualsevol altre certificat de propietat legal, i

3) L'habitatge no ha d'estar en cap de les circumstàncies de prohibició d'arrendament de l'article 6 d'aquestes Mesures ⁽²²⁾.

3. Emetre el registre d'arrendament de l'habitatge i el certificat de registre

En conclusió, tot i que la Xina requereix clarament un sistema de registre i presentació per a l'arrendament d'habitatges, l'aplicació d'aquest sistema en la pràctica no és positiu. La majoria dels arrendaments d'habitatges no es registren. En primer lloc, perquè el sistema no està ben publicitat, la gent desconeix el sistema de registre i presentació. I, en segon lloc, per la manca de mesures disciplinàries de suport ⁽²³⁾.

6. Sistema immobiliari registral a la Xina

6.1. Concepte de registre de propietat de béns immobles

El registre de la propietat de béns immobles, també conegut com registre de titularitat de béns immobles, inclou les funcions del departament administratiu de béns immobles (és a dir, l'agència de gestió de registre de béns immobles) per revisar, confirmar, registrar i emetre certificats sobre l'objecte, la naturalesa, l'abast i el tipus de drets de béns immobles d'acord amb la seva activitat.

6.2. Contingut i objectes de registre de la propietat de béns immobles

D'acord amb l'article 5 de la Normativa provisional sobre el registre de béns immobles, s'han de registrar els drets de propietat immobiliària següents d'acord amb el que disposa aquesta Normativa:

(1) Propietat col·lectiva de la terra.

(2) Propietat de construccions i estructures, com ara edificis.

(3) Propietat de boscos i fusta.

(4) Dret a la gestió contractada de sòl com terres de conreu, forestals i pastures.

(5) Dret a utilitzar el sòl per a la construcció.



- (6) Dret a utilitzar el sòl de l'habitatge.
- (7) Dret a l'ús de la zona marítima.
- (8) Servitud.
- (9) Dret d'hipoteca.
- (10) Altres drets immobiliaris que s'han de registrar d'acord amb les lleis corresponents.

En el registre de la propietat immobiliària s'ha d'inscriure ⁽²⁴⁾:

- (1) Les condicions naturals com la ubicació, el límit, l'espai, la superfície en acres i l'ús dels béns immobles;
- (2) Les condicions de propietat com el propietari, el tipus, el contingut, el recurs, el terme i el canvi de propietat dels drets dels béns immobles;
- (3) Els assumptes que impliquin limitacions i el recordatori dels drets de béns immobles, i
- (4) Altres assumptes rellevants.

6.3. Tipus de registre de béns immobles

D'acord amb l'article 14 de la Normativa provisional sobre el registre de béns immobles, el registre de la propietat de béns immobles a la Xina inclou:

- (1) Registre inicial: la sol·licitud de registre de béns immobles no registrats es presenta per primera vegada.
- (2) Registre de canvi: si la propietat es transfereix a causa d'una venda, acceptació de llegats, herència, hipoteca, decisió dels tribunals o decisió de l'agència d'arbitratge, o canvi de l'ús de la propietat immobiliària, nom de titular del dret, divisió i agrupació de la propietat immobiliària, ubicació, augment o disminució de la superfície;
- (3) Baixa en el registre: la part sol·licita la cancel·lació de la inscripció ja que l'immoble es perd o el titular del dret renúncia als drets sobre aquest.
- (4) Altres registres: la part sol·licita el registre de modificació o el registre de dissidència o qualsevol altra circumstància sota la qual una part pot presentar una sol·licitud de forma unilateral segons el que disposa qualsevol llei o reglament administratiu.

7. Sistema tributari sobre béns immobles a la Xina: l'exemple de Pequín

L'impost sobre béns immobles és una part important del sistema tributari de la Xina. Es basa directament en els béns immobles o en el desenvolupament d'aquests i en la facturació de les operacions.

D'acord amb les lleis fiscals actuals de la Xina, el sistema tributari sobre els béns immobles de la Xina inclou principalment l'impost de béns immobles, l'impost d'ús de sòl urbà, l'impost de timbre, l'impost d'escriptura, l'impost d'ocupació de terres

conreades, l'impost de transmissió de drets d'ús del sòl i l'impost de venda de béns immobles, l'impost d'ajust de direcció d'inversió d'actius fixos, l'impost de manteniment urbà i de construcció, l'impost de valor afegit sobre el sòl i l'impost d'ingressos de béns immobles.

A causa de les diferències locals en l'impost de béns immobles a la Xina, aquest article només es fixarà en les normatives impositives de Pequín de 2018 per als diversos tipus d'habitatge.

1. Quins impostos es paguen per un habitatge comercial?

Càrrega comprador		Càrrega venedor		
Taxa escriptura	Tipus	IVA i addicionals	Impost sobre la renda de les persones f.	
Primer habitatge 90 m2	1%	Drets propietat dur. 2 anys	Sense imp..	Propietat durant 5 anys i és l'única casa familiar
		[Residència ordinària: sense imp		
Primer habitatge>90 m2	1.50%	[Residencia no ordinària] Dif. imposició =Diferència/1,05×5,6% (Perifèria i comtats és 5,5%) Diferència= Preu imposable-Preu hab. original (factura compra original o preu factura taxa escript.)	Imp. complets	(No es pot comprar retroactivament el valor original de la casa i no es pot proporcionar la factura de la taxa d'escriptura original o crèdit de la taxa de l'escriptura) Impost sobre la renda persones físiques =Preu imposable×1%
		Segon habitatge		3%
Si preu net sign. > Preu mín. guia trans., so Taxa escript.x=(Preu net sign.-IVA)×Tipus Si Preu mín. guia trans. > Preu net sign. Per la qual cosa taxa escrit.= Preu mín. guia trans./1,05×Tipus		Drets propietat menys de 2 anys	Imp. diferencial	Imp. renda persones f. =Diferencia×20%
		Plena imposició =Preu imposable/1,05×5.6% (Perifèria i comtats és 5,5%)		Si preu net sign. > Preu mín. guia trans. Diferència=Preu net firma -IVA i addicionals Valor original-Taxa escrit. original- Preu net sign. ×10%-Interès préstec
				Si Preu mín. guia trans. > Preu net sign. Diferència= Preu mín. guia trans. /1,05- Valor original- Taxa escrit. original- Addicionals- Preu mín. guia trans. ×10%- Interès préstec

2. Quins impostos es paguen per un habitatge públic de compra?

Càrrega comprador		Càrrega venedor	
Taxa escritura	Taxa trans. sòl	Imp. renda pers. f.	IVA i addicionals
Mateix que hab. comercial	Imp. trans. sòl=Preu cost actual *Zona construcció*1%	Mateix que hab. comercial	Propietat durant 2 anys
	Preu estàndard/Hab. públic de compra a preu preferent necessita pagar el preu de cost primer		Tax-free
			Propietat durant menys de 2 anys
			Preu imposable/1,05x5,6% (Perifèria i comtats és 5,5%)

3. Quins impostos es paguen per un habitatge assequible?

Càrrega comprador		Càrrega venedor	
Taxa escriptura	Preu sòl global	Imp. renda pers. f	IVA i addicionals
Mateix que hab. comercial	Hab. assequible comprat abans 11/4/2008 (inclòs) durant 5 anys, ha de pagar: Preu imp. (El més alt de Preu net firma/ Preu mín. guia trans.)x10%	Mateix que hab. comercial	Mateix que hab. comercial
	Hab. assequible comprat després 11/4/2008 durant 5 anys recompra prioritària gov. transmissió hab.; No es requereix recompra per pagar:Diferènciax70%(Diferència=Preu imp.-Preu en el moment de la compra d'hab. assequible)		
Explicació: La data de compra es basa en la data en la qual es va signar el contracte de compra, no la data de registre del certificat del títol.			

8. Bibliografia

1. Dongfang Li, The Legal Study of Real Estate, China University of Political Science and Law Press, 2008.
2. Qilin Fu, The Law of Real Estate (The fourth edition), Law Press China, 2009.
3. He Huang, The Law of Real Estate, China University of Political Science and Law Press, 2008.
4. Ke Zhou, China's Real Estate, Law Press China, 2011.

5. Ruikun Zheng, The law of Real Estate trading, Peking University Press, 2007.

6. Wenge Wang, Real Estate Law: Theory, Practice and Case, China Legal System Publishing House, 2016.

7. Yanrong Li, The Study of Real Estate, China Renmin University Press, 2007.

9. Referències legals

1. Constitució de la República Popular de la Xina

2. Dret de propietat de la República Popular de la Xina

3. Llei de garantia de la República Popular de la Xina

4. Dret contractual de la República Popular de la Xina

5. Llei d'administració del sòl de la República Popular de la Xina (Esmena 2019)

6. Llei d'administració de béns immobles urbans de la República Popular de la Xina (esmena 2019)

7. Notificació del Ministeri de Construcció, Comissió Nacional de Desenvolupament i Reforma, Ministeri de Supervisió, Ministeri de Finances, Ministeri de Terres i Recursos, Banc Popular de la Xina i Administració General Tributària sobre l'emissió de mesures administratives per a habitatges assequibles (revisió de 2007)

8. Mesures per a per a l'administració de la venda anticipada d'habitatges comercials urbans (esmena de 2004)

9. Disposicions sobre l'administració de la transmissió de béns immobles urbans (esmena de 2001)

10. Mesures administratives per a l'arrendament d'habitatges

11. Mesures sobre l'administració d'hipoteques de béns immobles urbans (esmena de 2001)

12. Reglament provisional sobre el registre de béns immobles (2019 esmena versió PKULAW)

13. Interpretació del Tribunal Popular Suprem sobre les qüestions relatives a l'aplicació de la Llei d'enjudiciament de controvèrsies en els contractes de venda d'habitatges

14. Interpretació judicial del Tribunal Popular Suprem sobre qüestions relatives a l'aplicació de la Llei de seguretat de la República Popular de la Xina

15. Mesures Administratives per a l'Habitatge Assequible a Pequín (per a la implementació e les mesures).



NOTES

- (1) La Llei d'administració de béns immobles urbans i la Llei d'administració del sòl revisades de la Xina han entrat en vigor l'1 de gener de 2020. Per tant, tots els articles que fan referència a la llei són l'última revisió.
- (2) L'article 33 de la Llei d'administració de béns immobles urbans estableix que els preus estàndards del sòl, els preus nominals dels solars i els preus de taxació de diferents edificis es determinaran i publicaran regularment. Els mètodes específics seran fixats pel Consell d'Estat.
- (3) Art. 3 de les disposicions sobre l'administració de la transmissió de béns immobles urbans.
- (4) L'article 39 de la Llei d'administració de béns immobles urbans estipula que la transmissió de béns immobles amb dret d'ús del sòl ha de complir les condicionssegüents: a) Tots els honoraris relacionats amb l'arrendament del dret d'ús del sòl s'han de pagar d'acord amb les disposicions estipulades pel contracte d'arrendament i obtenir el certificat del dret d'ús del sòl, i
b) La inversió i el desenvolupament s'han de dut a terme de conformitat amb les disposicions prescrites en el contracte d'arrendament; en el cas dels projectes de construcció d'habitatges, s'ha de complir el 25 per cent de la inversió total; en el cas del desenvolupament de grans extensions de terra, s'ha de disposar de solars per a la construcció de projectes industrials o d'altre tipus.
Quan es transfereixi un immoble amb un edifici acabat, també es necessita el certificat de títol de l'edifici.
L'article 40 de la Llei d'administració de béns immobles urbans disposa que quan es transfereix un bé immoble amb dret d'ús del sòl obtingut mitjançant assignació, s'ha de presentar una sol·licitud a un govern popular habilitat per a la seva aprovació, d'acord amb les disposicions de govern del Consell d'Estat. Després de l'aprovació per part d'un govern popular relacionat, el cessionari s'ha

de sotmetre als procediments de transmissió del dret d'ús del sòl i pagar les taxes d'arrendament per a l'ús del sòl d'acord amb les disposicions estatals corresponents.

Si el govern popular relacionat es nega a efectuar els procediments de transmissió del dret d'ús del sòl d'acord amb les disposicions del Consell d'Estat, el cessionari, d'acord amb les disposicions del Consell d'Estat, ha de lliurar els ingressos per la transmissió del sòl derivats de la transmissió de béns immobles a l'Estat o gestionar-los d'una altra manera.

- (5) Art. 1 i 2 de l'Avis del Ministeri d'Habitatge i Desenvolupament Urbà i Rural i de l'Administració Estatal de Divises sobre la ulterior reglamentació de l'administració en matèria de compra d'habitatges per part d'institucions i persones que resideixen fora.
- (6) El sistema de fons d'acumulació d'habitatges és un sistema de seguretat de l'habitatge únic a la Xina. D'acord amb la Normativa sobre l'administració dels fons d'acumulació d'habitatge, les empreses paguen una determinada quantitat de fons d'acumulació d'habitatge per al treballador durant un llarg període de temps per pagar els costos de l'habitatge i la renovació de l'habitatge privat.
- (7) Article 6 de les Mesures per a l'administració de la venda anticipada d'habitatges comercials urbanes.
- (8) Article 8 de les mesures per a l'administració de la venda anticipada d'habitatges comercials urbanes.
- (9) Article 10 de les mesures per a l'administració de la venda anticipada d'habitatges comercials urbanes.
- (10) Article 16 de les Mesures administratives per a l'habitatge assequible a Pequín (per a la implementació de les mesures).
- (11) Yunminzhong n. 412 (2016) del Tribunal Suprem de la província de Yunnan.
- (12) Luerzhongminer(min)zhongn.2428 (2013) del Segon Tribunal Popular Intermedi de Xangai.

- (13) Pingminsanzhong n. 47 (2015) del Tribunal Popular Intermedi de Minxiang.
- (14) Ganzhongminyizhong n. 264 (2013) del Tribunal Popular Intermedi de Ganzhou.
- (15) Article 47 de la Llei d'administració de béns immobles urbans.
- (16) Article 36 de la Llei de garantia.
- (17) Article 34 de la Llei de garantia.
- (18) *Ibidem*.
- (19) Article 34 de la Llei de garantia.
- (20) L'article 34 i el tercer paràgraf de l'article 36 de la Llei de garantia estableix que: els drets d'ús del sòl de turons estèrils, barrancs, baixos i altres solars erms que el deutor hagi contractat legalment, amb l'aprovació de la part que va emetre el contracte; els drets d'ús del sòl per se del municipi i de les empreses del poble no poden ser hipotecats. Quan els edificis del municipi i les empreses del poble són hipotecats, els drets d'ús del sòl associats també seran hipotecats a el mateix temps.
- (21) Article 14 de Mesures administratives per a l'arrendament d'habitatges
- (22) L'article 6 de Mesures administratives per a l'arrendament d'habitatges estableix: no es pot arrendar un habitatge que es trobi en qualsevol de les circumstànciessegüents: 1. Es tracta d'un habitatge construït il·legalment; 2. No compleix amb les normes obligatòries per a la construcció de projectes pel que fa a la seguretat i la prevenció de desastres; 3. L'ús original de l'habitatge ha estat canviat incomplint les disposicions pertinents; 4. Es troba en qualsevol altra circumstància per la qual se'n prohibeix l'arrendament per llei o regulació.
- (23) Ruikun Zheng, The law of Real Estate trading, Peking University Press, (2007) P141.
- (24) Article 8 de la Normativa provisional relativa al registre de béns immobles.

The Legal Review of Real Estate Transfer System In Current China

Yang Song

Assistant Research Fellow

Law School of Southwestern University of Finance and Economics

1. Overview of Chinese Real Estate Law

1.1. Development of Chinese Real Estate Law

Real Estate Law in China regulates real estate development, management, transactions (including real estate transfers, real estate mortgages, and real estate leases) between real estate owners and non-owners. The general term for the legal norms of various relationships occurs in the process of real estate ownership and real estate management. It includes the provisions on the adjustment of real estate in the Constitution, civil law, and economic law, as well as specific laws including the Land Management Law, the Urban Real Estate Administration Law, and real estate administrative regulations and department or local regulations, etc.

According to the historical development, China's real estate legislation is based on the economic reform and opening up of 1978 as a dividing point. It can be roughly divided into two stages, that is, before 1978 and after 1978. The former stage focused on real estate ownership legislation, while the latter stage strengthened legislation on real estate development, trading, management and intermediary services.

The first stage: from the founding of People's Republic of China in 1949 to 1978

The legislative features of the real estate law at this stage are:

1. Establishment of state ownership of land. The Land Reform Law, which was implemented in 1950, began to completely abolish the land ownership system of landlord and implement peasant land ownership system and state-owned land reform.

2. Establishment of a collectively owned land system for farmers. Article 13 of the

Model Charter of Advanced Agricultural Production Cooperatives adopted at the third session of the First National People's Congress in 1956 clearly stipulates that China's rural land will be collectively owned by cooperatives, that is to determine the system of collective ownership and collective management of rural land in China.

3. Socialist transformation of urban private houses. In 1956 the Opinions on the Basic Situation of Current Urban Private Real Estate and Socialist Transformation transformed private houses by paying rents to homeowners, and redeemed the land occupied by private enterprises by the state to nationalize them, making urban land into public ownership. Since then, the socialist public ownership of urban real estate is fundamentally established.

The second stage: from 1978 to the present

The characteristics of real estate legislation at this stage are:

1. To establish and improve the legal system of urban housing management. China has successively promulgated the real estate laws from 1980s, included Regulations on the Administration of Urban Private Houses, Interim Measures on the Collection of Construction Taxes, Administrative Measures on the Management of Individual Houses in Cities and Towns in 1983; Regulations on Urban Planning and Some Provisions on the Management of Private Houses for Foreigners in 1984; Provisional Regulations on the Management of Villages and Towns Construction in 1985; Land Management Law of the People's Republic of China, and Provisional Regulations on Property Taxes in 1986, etc.

2. To establish and improve laws on real estate industry management and transactions. The main legislations include the Notice on Establishing and Improving the Management of the Real Estate Transaction Market issued by the former Ministry of Construction in 1988, the Transfer of Urban Land Use Rights of the People's Republic of China issued by the State Council in 1990 and the Interim Regulations on Transfer, and Land Management Law(revised) legislated in 1998, Measures for the Administration of Pre-sale of Urban Commercial Houses and Measures for the Management of Affordable Housing legislated in 2004, the Urban Real Estate Management Law and the Property law legislated in 2007 (both laws are revised in 2019) ⁽¹⁾, etc. All of these legislations are mainly to meet the needs of the development of a socialist market economy and to improve the legal system for real estate transactions with Chinese characteristics. At present, a real estate management system with the Land Management Law, the Urban Real Estate Management Law, and the Property Law as the core has been formed.

1.2. The concept of Chinese Real Estate Law

China's current laws and regulations do not clearly define the concept of real estate. The use of real estate in this article is a combination of house property and landed property. A house property is a property of a house that has a legally distinct ownership relationship. Landed property refers to land and related rights.

The real estate in a broad sense includes buildings such as land and houses, structures, supporting facilities for houses, and natural resources such as minerals and forests. Narrowly defined real estate refers



only to buildings on land and land, not including natural resources.

This article focuses on urban real estate, not including rural real estate.

1.3. Legal sources of Real Estate Law in China

The legal source of real estate law is the legal norms of real estate law. In China, real estate legal norms include constitutions, national laws, administrative regulations, local decrees, State Council administrative or local rules, national policies, judicial interpretations and other forms of expression. The legal effect of various types of legislation has the following levels according to the provisions of China's Legislation Law:

The first level: Constitution

The Constitution is the fundamental law in China. For real estate, the Constitution also provides principles. For example, Article 10 of the Constitution

The Constitution is the fundamental law in China. For real estate, the Constitution also provides principles. For example, Article 10 of the Constitution stipulates:

(1) Land in the cities is owned by the state. Land in the rural and suburban areas is owned by collectives except for those portions which belong to the state in accordance with the law; house sites and privately farmed plots of cropland and hilly land are also owned by collectives;

(2) The state may, for the public interest, expropriate or take over land for public use, and pay compensation in accordance with the law;

(3) No organization or individual may appropriate, buy, sell or otherwise engage in the transfer of land by unlawful means. The rights to the use of land may be transferred according to law.

The second level: national laws of real estate It refers to the laws legislated by the National People's Congress and its Standing Committee, and its legal effect is second only to the Constitution. China's current core laws in real estate sector mainly in-



clude the following: the Property Law, the Land Administration Law, and the Urban Real Estate Administration Law. In addition, the Guarantee law, Contract law and other laws also have legal norms concerning real estate.

The third level: real estate administrative regulations

It refers to the regulations legislated by the State Council concerning the adjustment of the real estate sector. Including the Regulation on the Administration of Development and Operation of Urban Real Estate, the Regulation on the Implementation of the Land Administration Law, etc.

The forth level: local decrees, State Council administrative or local rules for real estate

Local decrees are formulated by the People's Congress of a province, autonomous region, municipality directly under the central government and the Standing Committee. This local decree is valid in the region, such as the Regulations on the Management of Urban Real Estate Transactions in Anhui Province.

State Council administrative rules formulated by various ministries of the State Council and local rules formulated by local governments with legislative powers. There are many such administrative regulations,

such as the Measures for the Administration of Commercial Housing Sales (promulgated by the Ministry of Construction) and the Administrative Measures for Economically Affordable Housing (jointly issued by Ministry of Construction, National Development and Reform Commission, Ministry of Supervision, Ministry of Finance, Ministry of Land and Resources, People's Bank of China, State Administration of Taxation).

When there are inconsistencies between local decrees and State Council administrative or local rules, the relevant authorities shall make a ruling in accordance with the provisions of Article 95 of the Legislative Law.

The fifth level: The following norms are also one of the sources of real estate law when the above laws do not stipulate.

(1) National policy

Policy is the code of conduct established by the state to achieve tasks in a certain historical period and to implement its route. Article 6 of the General Principles of the Civil Law stipulates that: "Civil activities must abide by the law, and if the law does not stipulate, they should abide by the state policy." The State Council has issued a number of policy documents with significant guiding significance.

Although it is not a formal law, it can be used as a reference for handling real estate



disputes. For example, the “five policy measures to strengthen the regulation of the real estate market” formulated by the State Council executive meeting in 2013 are policy documents issued to adapt to the special circumstances of the real estate market at that time.

(2) Judicial interpretation

Judicial interpretation is the interpretation of the specific application of legal issues by the highest judicial organ of the state in the process of applying the law, including the trial interpretation made by the Supreme People’s Court and the prosecutorial interpretation made by the Supreme People’s Procuratorate. Among them, the judicial interpretation of the Supreme People’s Court plays an important role in the settlement of real estate cases.

(3) Local documents

It mainly refers to the administrative organs (such as the subordinate committees and bureaus of the people’s governments of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government) that are not authorized to make administrative regulations, and those documents that are formulated within the scope of their statutory functions and powers have binding force in certain areas. The legal effect of such documents is lower

than the above types of legal norms, but can be used as the basis for administrative agencies to make specific administrative actions.

2. Overview of China’s Real Estate Transaction System

2.1. Concepts and characteristics of real estate transactions

The fourth chapter of the Urban Real Estate Administration Law of China provides for the content of real estate transactions. Real estate transactions refer to the sum of various business activities such as real estate transfer, real estate mortgage, house leasing, and real estate agency services between the parties.

Real estate transactions have the following characteristics:

1. The parties to real estate transactions are equal civil subjects.
2. The object of real estate transactions is a special commodity. The forms of transactions include real estate transfer, real estate mortgage and house leasing, and real estate agency services.
3. The content of real estate transactions shall be stipulated by the parties.

2.2. Legal principles of real estate transactions

2.2.1. Principle of premises separation

Art.10 of China’s Constitution stipulates that land in the cities is owned by the state. Land in the rural and suburban areas is owned by collectives except for those portions which belong to the state in accordance with the law; house sites and privately farmed plots of cropland and hilly land are also owned by collectives. No organization or individual may appropriate, buy, sell or otherwise engage in the transfer of land by unlawful means. The rights to the use of land may be transferred according to law.

Therefore, in China there are only two forms of land ownership: state-owned and collective-owned. There is no private land. No individual can own land, but can only use it.

In urban real estate transactions, only house ownership and land use rights can be traded.

The land use rights in China are classified according to land use in the “Interim Regulations on the Transfer and Transfer of Urban State-owned Land Use Rights” according to land use: 70 years for residential land; 50 years for industrial land; 50 years for education, technology, culture, health, sports; Land for tourism and entertainment for 40 years; comprehensive or other land for 50 years.

Residential land use rights are automatically renewed upon expiration in accordance with Article 149 of the Property Law, and other types of land need to be renewed in accordance with Article 22 of the Urban Real Estate Administration Law.

2.2.2. Principle of the integration of premises ownership and use rights

Due to the inseparability of house and land, real estate transfer applies the principle of house to house and land to house. Because the law of our country stipulates the ownership of the house and the right to the use of land as two separate rights, the principle of integrated land and land transactions must be emphasized. According to Article 32 of the Urban Real Estate Administration Law: “When a real estate is transferred or mortgaged, the ownership of the building and the right to use the land



occupied by the building are transferred or mortgaged at the same time.”

2.2.3. Principle of timely registration of changes in rights

Real estate transactions are just that the rights of the subject matter flow between different parties and the subject matter itself does not cause physical movement. Only through legal registration can legal statutory credibility be generated in order to maintain the order and security of transactions. Article 36 of the Urban Real Estate Administration Law stipulates that, in the transfer and mortgage of real estate, the parties concerned shall go through the ownership registration in accordance with the law. Chapter 5 of the Urban Real Estate Administration Law contains many principles. The specific content of ownership registration will be introduced in the chapter six “Real estate ownership registration system”.

2.2.4. Principle of transaction prices management

Articles 33, 34, and 35 of the Urban Real Estate Administration Law stipulate that the state implements three systems of real estate price management, namely the regular price announcement system ⁽²⁾, real estate price evaluation system and real estate transaction price declaration system.

Article 14 ⁽³⁾ of the “Provisions on the Administration of Urban Real Estate Transfer” provides that the reported real estate dealing price shall be taken as the basis of payment of taxes and fees in real estate transfer. Where the dealing price is obviously below the normal market price, the evaluated price shall be taken as the basis

2.3. Real estate transaction forms and types of houses

According to Chapter four of the Urban Real Estate Administration Law, there are currently three forms of real estate transactions in China, including transfers, mortgages and leases. Specific transaction regulations will be explained in turn in Chapters three, four and five.

China’s housing types are both market-oriented and welfare guaranteed. Different types of homes have their own rules

when trading. Currently, houses are divided into the following types:

1. Commercial house

Based on China’s long-term implementation of nation supplied housing system, commercial housing only appeared in China after the 1980s. It refers to a house built and operated by a qualified real estate company. Commercial housing can be freely traded in the market in accordance with laws and regulations, including newly-built commercial housing and second-hand housing.

The newly-built commercial housing can be divided into existing commercial housing and advance sale commercial housing according to different delivery methods. According to Article 2 of “The Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses”, the term “advance sale of commercial houses” refers to the act that the real estate development enterprises sell the houses under construction to purchasers and the purchasers pay the earnest money or the prices of houses. According to regulations, the advance sale of commercial houses in China refers to houses under construction, excluding those that have not yet been built.

The newly-built commercial housing can be divided into existing commercial housing and advance sale commercial housing according to different delivery methods

The buying and selling behavior of advance sale houses is a trading transaction with a term. The buyer of the house under contract has the right to expect the house been completion, and after the delivery, he owns the ownership of the house according to the contract.

When the advance sale house trading contract was signed, its subject matter was not completely built. The buyer and seller agreed on the future delivery date of the house in the contract to enable the pre-purchaser to obtain the right to expect ownership of the house after completion. The seller can only give the house to the off-plan owner, and must not sell the house that has already been sold as off-plan for another person.

2. Affordable House

This is a kind of housing built by the state to solve the housing problem of middle and low-income families. Because this kind of housing reduces part of expenses incurred during the construction process, its price is lower than that of commercial housing, so it is called affordable housing, which has the characteristics of economy and applicability. Economy refers to the housing price is relatively moderate compared with the market price, which can adapt to the affordability of low-income families. Applicability refers to the emphasis on the use effect of housing.

Determined by the nature of affordable housing, in order to stabilize the market order, the state has imposed certain restrictions on the application qualifications and listing transactions of affordable housing.

3. Public owned house

Public owned house refers to housing which is invested, constructed and sold by the state and state-owned enterprises and institutions. Before the house is sold, the property rights of the house belong to the state and state-owned enterprises and institutions. At present, according to the housing reform policy, public owned housing is divided into two categories: one is for sale, and the other is not for sale. Buying public owned housing has a great price discount compared to commercial housing. When buying a house, factors such as the working age and rank will be added to determine the price. As a historical product of the real estate market transition, the main purpose of public housing is to complete the transition to commercial housing.

4. Small property rights house

This type of house refers to houses constructed on rural collective land without relevant certificates and fees such as land transfer fees. The property certificate is not issued by the State Housing Management Department, but by the township government or village. Therefore the small property rights house is the house with limited property rights which is not a legal concept, it is a customary title formed in social practice. The house purchase contract will not be filed with the government.



3. Introduction of China Real Estate Transfer System

3.1. Forms of real estate transfer

According to Article 37 of the Urban Real Estate Administration Law, there are three main forms of real estate transfer, included sale, donation and other legal means.

The "other legal means" used in the preceding paragraph mainly include the following acts (3):

(1) Establishing an enterprise with the status as a legal person by converting the real estate as shares, thus changing the ownership of the real estate;

(2) One party providing the land use right and the other party or parties providing the funds to develop and manage the real estate in the form of joint equity venture or contractual cooperative venture, thus changing the ownership of the real estate;

(3) The ownership of real estate being transferred because of the purchase, consolidation or merger of enterprise;

(4) Paying a debt in kind of real estate;

(5) Other circumstances provided for by laws and regulations.

This chapter will focus on real estate sales.

3.2. General valid requirements for real estate transfers

In China's real estate transfer, the sales is the most typical and main form. The valid requirements for sales basically represent the valid requirements for other forms of transfer.

3.2.1. Subject eligibility

1. Natural person subject. Natural persons must have capacity for civil rights and full capacity for civil conduct (aged 18 years or older); persons without or with limited capacity for civil conduct shall not engage in real estate transfers themselves, but shall be exercised by their legal agents.

2. Legal entity. Enterprises, public institutions, and government agencies that engage in real estate trading as the subject of rights must have legal personality.

Among them, as a transferor, whether a natural person or a legal person, it must also be the owner of the transferred real estate.

3.2.2. Legal requirements for the houses

The Urban Real Estate Administration Law and Provisions on the Administration of Urban Real Estate Transfer provide legislative definitions of real estate transfers, which can be grouped into two categories, conditional and prohibitive.

1. Conditions, that is, the conditions for the houses that must be met for real estate transfer as required by law.

Different transfer conditions are mainly set up in China due to different ways of obtaining land use rights. For details, these can be seen on article 39 and 40 of the Urban Real Estate Administration Law

Different transfer conditions are mainly set up in China due to different ways of obtaining land use rights. For details, these can be seen on article 39 and 40 of the Urban Real Estate Administration Law ⁽⁴⁾.

2. Prohibitive conditions, that is, situations where the transfer of real estate is prohibited by law.

Article 38 of The Urban Real Estate Administration Law states that real estate with following conditions shall not be transferred:

(1) The acquirement of the right of land use through lease does not comply with conditions as prescribed in Article 39 of this law;

(2) The title to the real estate has been sealed up or restricted in any form upon ruling or deciding of judicial authorities or administrative departments in accordance with the law;

(3) The right of land use has been taken back in accordance with the law;

(4) Without a written consent of other owners as under joint ownership;

(5) There are disputes on the title;

(6) Those which have not been registered and obtained title certificates in accordance with the law; and

(7) Other condition that the transfer is forbidden according to the law or administrative rules.

3.2.3. Transaction intension must be true

Real estate transfer must reflect the principles of voluntariness, equality, and equal compensation. The intention of both parties must be true, so that the interests of both parties can be effectively protected.

3.2.4. Complete form requirements

Real estate transfer is a formal legal act, and a written contract should be signed in accordance with the law. The transaction parties should go to the registration for transferring ownership and obtaining a real estate ownership certificate. Only when its legal form requirements are complete, the transferee can legally own real estate rights.

3.3. Special regulations for the transactions of various types of houses

In China, due to the significant interests of the parties involved in the sale of houses, in order to protect the parties' legitimate rights and interests and the trading order of the house sale market, China has adopted special laws and regulations on transferring different real estate.

3.3.1. Purchase restrictions on comercial houses

After the global financial crisis in 2008, China's loose monetary policy and vigorous rescue measures were implemented, and the real estate market continued to develop at a high speed. However, due to the relatively immature development of China's real estate market, problems such as overheated real estate investment, high house-to-income ratios, and excessively rapid house price increases have gradually emerged. Many cities have experienced house price growth that is not consistent with the level of economic development. For this reason, the Chinese government has issued a series of macro-control policies to try to curb



the excessive rise in real estate and prevent financial risks in real estate. The “purchase restriction order” is undoubtedly one of the most intensive control policies, which fully reflects the Chinese government’s determination to curb the real estate bubble.

In April 2010, after the State Council issued a notice on resolutely curbing the excessive increase of house prices in some cities, some cities with excessively high house prices successively promulgated regulations restricting the number of homes purchased by families, which are called “purchase restrictions.” Take Shanghai’s purchase restrictions as an example.

According to the Shanghai 2016 “Several Opinions on Further Improving the City’s Housing Market System and Security System to Promote the Stable and Healthy Development of the Real Estate Market”, the households with one home, which apply for the second housing loans, the down payment ratio is not less than 50%.

Restrictions on the purchase of a second house in Shanghai:

1. Local household registration residents who already have one house in Shanghai.

2. Non-city household registration residents that have paid social insurance or personal income tax in this city for 5 consecutive years or more are restricted to purchase one house.

Suspension of housing sales to the following in Shanghai:

1. Families with household registration who already own two or more houses;

2. Non-city household registration resident households with one or more houses;

3. Non-city resident households who cannot provide proof of payment of social insurance or personal income tax in this city for 5 consecutive years or more.

3.3.2. Specific regulations on transactions of affordable houses

Affordable housing is an ordinary house built by the state to solve the housing problem of low-and middle-income families. Therefore, the purchase subject, transaction period and repurchase subject are all restricted.



(1) Restrictions on purchase subject:

According to Article 25 of the Administrative Measures for Affordable Houses, to apply for purchasing an affordable house, an urban low-income family shall simultaneously satisfy the following requirements:

A. it has registered permanent residence in the city or town where the house is located;

B. its household income is below the low-income family line as determined by the municipal or county people’s government; and:

C. it has no house or the currently dwelling space satisfies the housing difficulty standards as determined by the municipal or county people’s government.

The low-income family line and the housing difficulty standards shall be determined by the municipal or county people’s government according to the local commercial housing price, the disposable household income, dwelling level and family structure. Such standards shall be subject to dynamic management and publicized to the general public once every year.

(2) Term of listing transaction:

According to Article 30 of the Administrative Measures for Affordable Houses, an affordable house may not be traded in the market within 5 years after it is purchased.

If the purchaser really needs to assign the house for special reasons, the house may be purchased back by the government on the basis of the original purchasing price after considering depreciation and price level. The above-mentioned provisions shall be brought into the affordable house purchase contract, and the relevant liability for breach of contract shall also be specified.

(3) Repurchase entity qualification restrictions

According to Article 31 of the Administrative Measures for Affordable Houses, Where a family which has already purchased an affordable house purchases another house, the former affordable house shall be bought back by the government in accordance with the relevant provisions and stipulations. Affordable houses bought back by the government shall be still used for solving the housing difficulty faced by low-income families.

The Article 32 states that families which have purchased affordable houses may not purchase such house any more.

3.3.3. Specific regulations on transactions of public owned house

(1) Restrictions on purchase subject:

Public owned house is targeted at specific groups of people. Not everyone can en-



joy the preferential policies of housing reform. People who buy public owned house can only be residents of public housing and workers who meet the conditions for housing allocation.

As the article 2 of Notice of the Ministry of Construction on Further Promoting the Reform of Existing Public Housing said the public-owned houses can be sold to the employees of the state-owned enterprises.

(2) Purchase approval system

The purchase of public owned house must be approved by the superior department in charge of the housing sales unit and submitted to the Housing Reform Office for record.

(3) Trading parties limit

For example, Article 9 of the Interim Measures for the Administration of the Sale of Publicly-owned Housing and Affordable Housing in Sichuan Province" stipulates that public-owned housing can only be sold to the original property rights institutions or institutions employees.

3.3.4. Specific regulations on transactions of small property house

China implements a dual ownership structure, namely state-owned and collective land ownership. According to Article

9 of the Land Administration Law, rural housing sites are collectively owned. The house trading between farmers and urban residents are not subject to the recognition and protection of the law, that is, not for land use permits, real estate license, deed permits and other legal procedures. Therefore, small property houses cannot be transferred or sold to a third person who is not a member of the collective, but can only be transferred or replaced within the village collective.

3.4. Regulations on foreigners buying a house in China

The regulations for foreigners to purchase a house in China areas follows according to the Chinese law ⁽⁵⁾:

1. An overseas individual can only purchase one unit for his own living. An overseas institution which establishes a branch or representative office within the territory of China can only purchase non-residential properties for office work in the city where it registers, unless it is otherwise provided by any law or regulation.

2. When handling the archival filing of the advance sale contract of commercial properties and the registration of property title for an overseas individual, the local competent department of real estate shall, besides examining the materials as pre-

scribed in the Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Properties and the Measures for Building Registration and checking the information of the purchaser's holding of housing property, also examine:

(1) The certification that an overseas individual (not including a Hong Kong, Macao or Taiwan resident or an overseas Chinese) has worked for more than one year within the territory of China issued by the relevant department; the certification that a Hong Kong, Macao or Taiwan resident or an overseas Chinese works, studies or resides within the territory of China.

(2) A written commitment that an overseas individual has no other residential property under his name within the territory of China.

3.5. Procedures for the transaction of real estate

3.5.1. General operating procedures for real estate transactions

According to Article 7 of the Provisions on the Administration of Urban Real Estate Transfer, those who handle real estate transfers shall follow the following procedures:

1. The parties to the real estate transfer shall sign the written transfer contract;

2. The parties should apply to the department of real estate administration and report the dealing price;

3. The department of real estate administration shall examine the relevant documents submitted;

4. The department of real estate administration shall verify the dealing price reported and shall make on-spot examination and evaluation of the real estate to be transferred according to needs.

5. The buyer make payment in accordance with the agreed method, time limit and place.

At present, China mainly has the following payment methods: (1) full payment; (2) installment payment; (3) bank mortgage loan.

The bank mortgage loan refers to the purchaser's mortgage on the property rights, and the bank advances the house



payment to the seller. Later, the purchaser pays the principal and interest to the bank in installments on a monthly basis. The duration varies from 1 to 30 years. Bank mortgages are the most effective way to boost the real estate market.

According to the different mortgage methods of banks, there are three types of loans: (1) housing accumulation fund loans⁽⁶⁾; (2) housing commercial loans; (3) combination of those two forms. Buyers can choose the appropriate loan method according to the actual situation, and provide supporting documents for evaluation in accordance with relevant bank requirements. Applications for accumulation fund loans should also be processed in accordance with the requirements of the Housing Accumulation Fund Management Center.

6. Pay the relevant taxes and fees.

7. Issue the real estate ownership certificate after verification.

3.5.2. Commercial house (already built) transaction procedure

The difference of sale commercial house which is already built is to need the sales license. Here are the steps:

1. The real estate enterprise applies for housing completion acceptance and sales license.

2. Buyers choose housing.

3. The parties sign a contract for the sale of commercial housing.

4. Due payment.

5. Delivery of commercial housing.

6. Apply for a housing property certificate from the housing management department.

3.5.3. Commercial house advance transaction procedures

Real estate developers can formally enter the commercial house advance sale process after obtaining the advance sale license. The Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses specifically stipulates the procedures for the sale.

1. Application for advance sale

The enterprise that conducts advance sale of commercial houses shall apply to the real estate management department for the advance sale license. Without the license, none of the sale is permitted⁽⁷⁾.

2. Issuing the Commercial Housing advance sale Permit. The procedure are following: acceptance-examination-approval-announcement⁽⁸⁾.

3. Sign a contract.

4. Go through the register and record formalities for the contract on the advance sale of commercial houses in the real estate administrative department⁽⁹⁾.

Real estate developers can formally enter the commercial house advance sale process after obtaining the advance sale license. The Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses specifically stipulates the procedures for the sale.

5. Delivery of the house.

6. Issue the real estate ownership certificate.

3.5.4. Affordable housing transaction procedures

Because the construction and sales of affordable housing in China are closely managed with the level of economic and cultural development in various places, local governments devote to issue regulations on operating procedures for the sale of affordable housing.

Affordable housing is subject to restrictions on the purchase subject, so the difference on procedures from ordinary commercial housing purchases lies in the qualification review. Taking the Administrative Measures for Affordable Housing in Beijing (for Trial Implementation) as an example, Beijing has implemented a three-level review and two-level publicity system for the determination of the qualifications of entities purchasing affordable housing⁽¹⁰⁾:

(1) Application: The applicant family applies to the sub-district office or township government.

(2) Preliminary examination: The sub-district office or township government conducts a preliminary examination of the income, housing, assets, etc. of the applicant family through audit materials, household surveys, organizational reviews, and publicity, and proposes preliminary examination opinions to the district and county housing security management department about eligible applicants.

(3) Re-examination: The district / county housing security management department will re-examine the applicant family. If it meets the requirements, the situation of the applicant family will be publicly announced.

(4) Filing: The municipal construction commission reviews the application materials submitted by the district / county housing security management department. If it meets the requirements, the municipal construction commission will record it. The district / county housing security management department establishes a housing demand file shared by the city, district, and county for the family of applicants who have been registered.

3.6. Judicial Practice of Real Estate Transaction

3.6.1. Commercial house transaction

1. Case focus: Commercial housing sales advertisements do not match sales contracts⁽¹¹⁾

Judges' opinion: If the developer's external sales advertisements do not make a specific and determined gift area for the area involved in the case, the sales advertisements should not be considered as the contract content. If the buyer claims that the developer's delivery area does not reach its promised gift area to constitute fraud, the buyer claims to cancel the contract and refund the house payment, and should not support it.

Legal basis: (1) Article 3 of Interpretation of the Supreme People's Court on the Relevant Issues concerning the Application of Law for Trying Cases on Dispute over Contract for the Sale of Commodity Houses stipulates the advertisements for sale



of and the materials for publicity of commodity houses shall be invitations to offer. However, if the statements and promises made by the seller in respect of the houses and the related facilities within the scope of commodity houses development and planning are specific and definite, and are of great influence to the conclusion of the contract for the sale of commodity houses and the determination of the prices of the houses, the above said advertisements and materials shall be regarded as offers. Such statements and promises shall be regarded as the contents of the contract for the sale of commodity houses even if they are not included in the contract. The party concerned shall bear the breach liabilities for his violation if any.

(2) Article 15 of the Contract Law stipulates mailed price lists, public notices of auction and tender, prospectuses and commercial advertisements, etc. are invitations for offer. Where the contents of a commercial advertisement meet the requirements for an offer, it shall be regarded as an offer, but when the contents of advertisements and promotional materials that are not included in the contract cannot be used as contract terms.

2. Case Focus: Disputes over quality defects in commercial housing ⁽¹²⁾.

Judges' opinion: Due to the slanted quality of the house sold by the seller, the buyer cannot use the house normally. Consider the maintenance period, the seller's fault, and the severity of the house quality problem to calculate the actual loss of the buyer.

Legal basis: Article 12 and 13 of Interpretation of the Supreme People's Court on the Relevant Issues concerning the Application of Law for Trying Cases on Dispute over Contract for the Sale of Commodity Houses stipulates due to the fact that the main structure of the house is unqualified in quality or cannot be delivered for use, or that the main structure of the house is inspected to be indeed unqualified in quality after it has been delivered for use, the buyer requests rescission of the contract or compensation for losses, such request shall be supported. And if there is any problem in the quality of a house having been delivered for use, the seller shall bear the repair liability within the period of quality warranty; if the seller refuses to repair the house or delays repairing it within a reasonable time limit, the buyer may repair it by him-

self or by entrusting others to repair it. The repairing expenses and other losses caused during the repairing period shall be borne by the seller.

3.6.2. Affordable house transaction

Case Focus: knowing that affordable housing does not meet the conditions of the transaction but still trading ⁽¹³⁾.

Key points of the judgment and legal basis: The affordable housing sale agreement entered into between the appellant Huang Mingxiong and the respondent Huang Tao violates the state's policy of not listing and trading in affordable housing for less than 5 years

Key points of the judgment and legal basis: The affordable housing sale agreement entered into between the appellant Huang Mingxiong and the respondent Huang Tao violates the state's policy of not listing and trading in affordable housing for less than 5 years. According to Article 52 of the Contract Law, this sale agreement between the two parties is invalid because it harms the public interest, and the appellant Huang Mingxiong and the respondent Huang Tao know that the houses involved do not meet the requirements. In the case of transaction conditions, a house sale agreement is still signed, and both parties have a subjective fault, so they should bear corresponding compensation for losses caused by invalid contracts.

3.6.3. Small property house transaction

Case Focus: trading small property houses between different village groups ⁽¹⁴⁾.

Judges' opinion: (the trial court) the right to use the rural collective land for housing sites is a right enjoyed by members of the rural collective economic organization and is linked to the specific status of the owner. The subject matter of the Purchase Agreement signed between the plaintiff and the defendant is not only the house, but also the right to use the corresponding collective land homestead. The agreement signed violates the compulsory provisions of relevant laws and regulations in China

and should be regarded as an invalid agreement. (Appeals court) The subject of the right to the use of house sites is the rural residents of specific rural collective economic organizations. The appellant and the appellee are not members of the same collective economic organization, they do not have the qualification to use the village house base, so the agreement is invalid.

4. Introduction of Real Estate Mortgage System

4.1. Concept of real estate mortgage

As the article 47 of Urban Real Estate Administration Law stated mortgage of real estate shall mean provision of legal real estate in non-transfer mode by the debtor to mortgagee as guarantee of debt payment. When the debtor fails to carry out the debt service, the mortgagee has the priority of being paid back first through the auction of the mortgaged real estate according to law.

4.2. Characteristics of real estate mortgages

1. Real estate mortgages are property guarantees, and their mortgages should be specific and legal. That is to say, the real estate ownership is clear, the ownership certificate, no ownership dispute, and there are no obstacles to setting up a mortgage. In the mortgage relationship, the mortgagor must have the right to dispose of the mortgaged property and have the ability to dispose. Otherwise, even the owner of real estate must not set up a mortgage.

For example, a house worth 1.2 million rmb is jointly owned by the four persons. Among them, Jack mortgages the house on the bank alone because of the need for a loan, with a loan of 1 million rmb. The other co-owners expressed their objections after they knew it, and reported it to the court. After hearing, the court determined that the mortgage established by Jack without the consent of the other co-owners was invalid.

2. Mortgages are established by non-transferring possession. That is, after the establishment of the real estate mortgage right until the realization of the mortgage, the mortgagor continues to retain the ownership of the mortgaged real estate, and has the right to use the mortgaged real estate income.



3. The mortgagee has the priority of first payment.

When the debtor fails to carry out the debt service, the mortgagee has the priority of being paid back first through the auction of the mortgaged real estate according to law ⁽¹⁵⁾.

4. No excess mortgage

According to Article 35 of the Guarantee Law, the creditor's rights that the mortgagor or mortgaged shall not exceed the value of the properties mortgaged. After being mortgaged, the balance of value of the properties that exceeds the creditor's rights can be mortgaged for a second time, but the sum of the mortgage shall not exceed the value of the balance.

5. House and land use right mortgaged simultaneously ⁽¹⁶⁾.

If legally-acquired buildings on State-owned lands are mortgaged, the land use rights of the land occupied by the buildings shall also be mortgaged at the same time.

The land use rights of State-owned lands acquired through means of transfer, when being mortgaged, the buildings on the land shall also be mortgaged at the same time.

4.3. Setting property for mortgages

The following real estate properties can be used as mortgages in China:

(1) The buildings and other fixed objects on the ground owned by the mortgagor ⁽¹⁷⁾;

(2) State-owned land use rights, buildings and other fixed objects on the ground that the mortgagor has the right to dispose of according to law ⁽¹⁸⁾.

The following real estate properties shall not be mortgaged in China according to the article 37 of Guarantee Law and article 8 of Measures on the Administration of Mortgage of Urban Real Estate:

(1) The ownership of lands ⁽¹⁹⁾;

(2) The land use rights of farmlands, house sites, lands and hills allotted for personal needs and other collective-owned lands except those listed in Section 5 of Article 34 and the third paragraph of Article 36 which can be used as mortgages ⁽²⁰⁾;



(3) Educational, medical and other public welfare facilities of schools, kindergartens, hospitals and other institutions and social groups with the aim of benefiting the public;

(4) Properties whose ownership and use rights are unclear or controversial;

(5) Properties that are legally confiscated seized or controlled;

(6) Buildings protected as culture relics and other buildings that have important memorial significance;

(7) Other properties that cannot be mortgaged according to law.

4.4. Realization of real estate mortgage

4.4.1. Conditions for realization of mortgage

After the parties to the mortgage sign the mortgage contract and register the real estate mortgage, the legally established real estate mortgage will have the corresponding legal effect, and the mortgagor and the mortgagee shall bear the corresponding rights and obligations according to the contract. The realization of the real estate mortgage right refers to the legal act of the mortgagee to give priority to the disposition of the mortgaged property when the creditor's rights have reached the redemption period but have not been fully paid.

According to the article 40 of Measures on the Administration of Mortgage of Urban Real Estate, under any of the following circumstances, the mortgagee shall have the right to demand the disposition of the mortgaged real estate:

(1) If the mortgagee hasn't been repaid upon the expiration of the time limit for the payment of debt, and the debtor fails to reach an agreement with the mortgagee on postponing the payment;

(2) If the mortgagor is dead, or is declared dead while there is nobody that will pay the due debt on his/her behalf; or the legal inheritor or legatee of the mortgagor refuses to pay the due debt;

(3) If the mortgagor is declared dissolved or bankrupt according to law;

(4) If the mortgagor, in violation of the relevant provisions of these Measures, disposes of the mortgaged real estate without authorization;

(5) Other circumstances agreed upon in the mortgage contract.

4.4.2. Mortgage realization procedure

According to Article 53 of the Guarantee Law, the specific steps for realizing the mortgage of real estate are as follows:



(1) Reach an agreement. When the deadline of a debt payment expires, the mortgagee can be paid off, with the agreement of the mortgagor, by converting the value of objects of pledge into money or by proceeds acquired through an auction, or sales of the objects;

(2) If the mortgagor and the mortgagee fail to reach an agreement, the mortgagee can file litigation with the people's court.

4.4.3. Ways of mortgage realization

According to Article 53 of the Guarantee Law, there are three ways to realize the real estate mortgage right in China:

(1) Auction. Auction refers to the public bidding, it will transfer the mortgaged property to the highest price. A higher price can be obtained through bidding, which can better realize the value of mortgaged real estate, which is a fairer choice for mortgagors and mortgagees.

(2) Convert the property under mortgage into money. It means that after the mortgage parties reach an agreement or after a trial by a people's court, the mortgaged real estate is converted into money according to the market price. The agreement must not damage the interests of third parties. According to Article 195 of the Property Law, in case the said agreement has dam-

aged the interests of any other obligee, the obligee may request the people's court to cancel this agreement within one year after he/it has known or should know the cause for cancellation.

(3) Sale of the property under mortgage. If the mortgagee and the mortgagor reach agreement through negotiation, they can also dispose of the mortgaged property, which has the advantages of being simple and easy, saving time and effort.

5. Chinese Real Estate Lease System

5.1. Definition and basic characteristics of real estate lease

Real estate leasing refers to the behavior of the less or renting the land use right to the building, other attachments or houses on the ground to the lessee, and the lessee pays the rent to the less or. Its basic characteristics are:

1. Real estate leasing is a dual-service, paid, promised, obligatory civil legal act. First, the less or is obliged to deliver the real estate to the lessee for use as agreed, and the lessee is obliged to pay the rent to the less or according to the contract; the establishment of the lease is subject to the agreement of the parties' intentions, and there is no need to actually deliver the real estate; the real estate lease should

generally take the form of a written lease contract.

2. The less or in the real estate lease must have the disciplinary power to conduct the lease. The lessee can only obtain the right to use the real estate, not the ownership, which distinguishes it from the real estate sale.

3. The subject of real estate lease is specific, including land use right and housing lease. In China, there is currently only one form of lease of state-owned land use right, and there are relatively many forms of housing lease.

4. The real estate lease has a term. The length of the term is determined by law or the parties. If the lease term of the state-owned land use right is restricted by the term of the state-owned land use right, the lease term of the private house is generally agreed by both parties.

5.2. House leasing contract

5.2.1. Contents of a house lease contract

House lease contracts follow the general contract format. According to Article 7 of the Administrative Measures for Commodity House Leasing, the parties to a house lease shall conclude a lease contract in accordance with the law. The contents of a house lease contract shall be agreed upon by the parties and shall generally include the following:

1. The names and domiciles of the parties to house leasing;

2. The location, area, structure and supporting facilities of the house, and the status of its indoor facilities including the furniture, home appliances, etc.;

3. The amounts and payment methods of rents and rental deposit;

4. The purpose for leasing the house and the requirements for the use thereof;

5. Safety performance of the house and its indoor facilities;

6. Lease term;

7. The responsibilities for the maintenance of the house;

8. Payment of the relevant fees on property services, water, electricity, gas, etc.;



9. Methods for resolving disputes and the liability for breach of contract; and

10. Other stipulations.

In addition, if the parties to a house lease have not signed a written house lease contract, China's contract law also gives limited approval to oral lease contracts. According to Article 215 of the Contract Law, where the lease term is six months or longer, the lease shall be in writing. If the parties fail to adopt a writing form, the lease is deemed a non-term lease.

5.2.2. Rights and obligations of parties in house lease contract

According to the Contract Law, the Administrative Measures for Commodity House Leasing, and Interpretation of the Supreme People's Court on the Relevant Issues concerning the Application of Law for Trying Cases on Dispute over Contract for the Sale of Commodity Houses, the rights and obligations of the parties to the lease have the following provisions:

1. Rights and obligations of the less or

(1) The rights of the less or: the right to collect rent, the right to supervise the house, the right to terminate the contract, and the right to recover the house;

(2) Obligations of the less or: Obligation to deliver the house, obligation to repair, obligation to guarantee defects, obligation to pay taxes.

2. Rights and obligations of the lessee

(1) The rights of the lessee: the right to use the house, the right of first refusal, the right to terminate the contract, and the right to sublet with consent.

(2) Obligations of lessees: Obligation to pay rent, obligate to keep the house properly, obligate to return the house according to the contract.

5.3. Special rules for house leasing

5.3.1. Sale does not break lease

This principle means that when the property rights of the leased house are transferred, the tenant's right to use the house is not affected by the sale of the house, and the house assignee should continue to

perform the provisions of the original lease contract.

According to Article 229 of the Contract Law, any change of ownership to the lease item does not affect the validity of the leasing contract.

5.3.2. Lessee's right of first refusal

The right of first refusal is the right granted to the lessee by law, and refers to the right of the lessee to be superior to other people's purchase under the same conditions when the less or sells the leased property under the lease contract.

Stipulated in Article 230 of the Contract Law' where the less or is to sell house under a lease, it shall give the lessee a notice within a reasonable time limit before the sale, and the lessee has the right of first refusal under the same conditions

Stipulated in Article 230 of the Contract Law' where the less or is to sell house under a lease, it shall give the lessee a notice within a reasonable time limit before the sale, and the lessee has the right of first refusal under the same conditions.

5.4. Housing lease registration and filing system

China implements a system of registration and filing of housing lease contracts. According to Article 54 of the Urban Real Estate Administration Law: When leasing a house, the less or and lessee shall sign a written lease contract,... and go through registration procedures for record with the real estate administration department.

The operating procedures for housing lease filing are as follows:

1. Application for filing

The parties to house leasing shall, within 30 days after the conclusion of the house leasing contract, handle the house leasing registration and filing formalities at the construction (real estate) administrative department of the people's government of the municipality directly under the Central

Government, city or county at the place where the leased house is located ⁽²¹⁾.

2. Examination the leasing contract

The examination contents include:

(1) The application materials submitted by the applicant must be complete and in the statutory forms;

(2) The less or should be consistent with the subject recorded in the house ownership certificate or any other lawful ownership certificate; and

(3) The house is not under any of the lease-prohibition circumstances in Article 6 of these Measures ⁽²²⁾.

3. Issue the house leasing registration and filing certificate

In conclusion, even though China clearly requires a registration and filing system for house leasing, the implementation of this system in practice is not optimistic. Most of the house leases have not been filed. First, because the system is not well publicized, people are unaware of the registration and filing system. The second is the lack of supporting disciplinary measures ⁽²³⁾.

6. Chinese Real Estate Ownership Registration System

6.1. Concept of real estate ownership registration

Real estate ownership registration, also known as real estate property registration, refers to the functions of the real estate administrative department (that is, the real estate registration management agency) to review, confirm, record, and issue certificates for the subject, nature, scope, and type of real estate rights according to their functions activity.

6.2. Contents and matters of real estate ownership registration

According to the Article 5 of Interim Regulation on Real Estate Registration, the following real estate rights shall be registered in accordance with the provisions of this Regulation:

(1) Collective land ownership.



(2) Ownership of constructions and structures, such as buildings.

(3) Ownership of forests and woods.

(4) Right to the contracted management of land such as farmland, forest land and grassland.

(5) Right to use land for construction.

(6) Right to use homestead land.

(7) Right to use sea area.

(8) Easement.

(9) Mortgage right.

(10) Other real estate rights required to be registered according to the relevant laws.

The real estate register shall record ⁽²⁴⁾:

(1) The natural conditions such as the location, boundary, space, acreage, and usage of the real estate;

(2) The ownership conditions such as the owner, type, content, resource, term, and change of ownership of real estate rights;

(3) The matters involving the limitation on and reminder of real estate rights; and

(4) Other relevant matters.

6.3. Types of real estate registration

According to Article 14 of the Interim Regulation on Real Estate Registration, the registration of real estate ownership in China includes:

(1) Initial registration: The application for the registration of the unregistered real estate is filed for the first time.

(2) Change registration: if the ownership is transferred due to sale, acceptance of bequests, inheritance, mortgage, court decision or arbitration agency decision, or change of the real estate use, right holder name, real estate division and merger, location, area increase or decrease;

(3) Deregistration: The party applies for deregistration since the real estate is lost or the right holder waives the real estate rights.

(4) Other registrations: the party applies for modification registration or dissent registration or any other circumstance under which a party may file an application unilaterally as provided for by any law or administrative regulation.

Real estate tax is an important part of China's taxation system. It is directly based on real estate or the real estate development and operation turnover.

7. China's Real Estate Tax and Fee System: Taking Beijing as an Example

According to China's current tax laws, China's real estate tax system mainly includes real estate tax, urban land use tax, stamp tax, deed tax, cultivated land occupation tax, land use right transfer and sales tax on real estate sales, fixed asset investment direction adjustment tax, urban maintenance and construction tax, land value-added tax and real estate income tax.

Due to the local differences in real estate tax in China, this article only uses Beijing's 2018 tax standards for various types of housing as an example.

1. How to pay taxes on commercial apartment?

Buyer Bear		Seller Bear		
Deed Tax	Tax Rate	VAT and Additional	Personal Income Tax	
First apartment $\leq 90m^2$	1%	Property rights for 2 years 【Ordinary Residence】:Tax-free	Tax-free	Property for five years and is the only family home
First apartment $> 90m^2$	1.50%	【Non-ordinary Residence】: Difference Taxation =Difference/1.05×5.6% (Outer suburbs and counties is 5.5%) Difference= Taxable Price-Original apartment price (Original purchase invoice or Deed Tax invoice price)	Full Tax	(Unable to retroactively purchase the original value of the home and cannot provide the original deed tax invoice or deed tax credit) Personal Income Tax=Taxable Price×1%
Second apartment	3%			If Minimum Transfer Guide Price>Net Sign Price So Personal Income Tax=Minimum Transfer Guide/1.05×1%
If Net Sign Price>Minimum Transfer Guide Price, so Deed Tax=(Net Sign Price-VAT)×Tax Rate If Minimum Transfer Guide Price>Net Sign Price So Deed Tax=Minimum Transfer Guide Price/1.05×Tax Rate		Property rights are less than 2 years		Personal Income Tax=Difference×20%
		Full Taxation =Taxable Price/1.05×5.6% (Outer suburbs and counties is 5.5%)	Differential Tax	If Net Sign Price>Minimum Transfer Guide Price Difference=Net Sign Price-VAT and Additional-Original Value-Original Deed Tax-Net Sign Price×10%-Loan Interest
				If Minimum Transfer Guide Price>Net Sign Price Difference=Minimum Transfer Guide Price/1.05- Original Value- Original Deed Tax-Additional-Minimum Transfer Guide×10%-Loan interest



2. How to pay taxes on purchased public apartment?

Buyer bear		Seller bear		
Deed Tax	Land Transfer Fee	Personal Income Tax	VAT and Additional	
Idem commercial apartment	Land Transfer Fee=Current Cost Price*Construction Area*1%	Idem commercial apartment	Property for 2 years	Tax-free
	Standard Price/Purchased public apartment at preferential price need to pay the cost price first		Property are less than 2 years	Taxable price/1.05*5.6% (Outer suburbs and counties is 5.5%)

3. How to pay taxes on affordable apartment?

Buyer bear		Seller bear	
Deed Tax	Comprehensive land price	Personal Income Tax	VAT and Additional
Idem commercial apartment	Affordable apartment purchased before Apr 11th,2008(inclusive) for 5 years, should pay: Taxable Price(The highest of the Net Sign Price/ Minimum Transfer Guide Price)×10%	Idem commercial apartment	Idem commercial apartment
	Affordable apartment purchased after Apr 11th,2008 for 5 years, apartment transaction government priority repurchase; No repurchase is required to pay:Difference×70% (Difference=Taxable Price-The price at the time of purchase of affordable apartment)		
Explain: This purchase date is based on the date at which the purchase contract was signed, not the date of registration of the title certificate.			

8. Reference books:

1. Dongfang Li, The Legal Study of Real Estate, China University of Political Science and Law Press, 2008.
2. Qilin Fu, The Law of Real Estate(The fourth edition),Law Press China ,2009.
3. He Huang, The Law of Real Estate, China University of Political Science and Law Press, 2008.
4. Ke Zhou, China's Real Estate, Law Press China, 2011.

5. Ruikun Zheng, The law of Real Estate trading, Peking University Press, 2007.

6. Wenge Wang, Real Estate Law: Theory, Practice and Case, China Legal System Publishing House, 2016.

7. Yanrong Li, The Study of Real Estate, China Renmin University Press, 2007.

9. Law references:

1. Constitution of the People's Republic of China

2. Property Law of the People's Republic of China

3. The Guarantee Law of the People's Republic of China

4. Contract Law of the People's Republic of China

5. Land Administration Law of the People's Republic of China (2019 Amendment)

6. Urban Real Estate Administration Law of the People's Republic of China (2019 Amendment)

7. Notice of the Ministry of Construction, the National Development and Reform Commission, the Ministry of Supervision, the Ministry of Finance, the Ministry of Land and Resources, the People's Bank of China and the General Administration of Taxation on Issuing the Administrative Measures for Affordable Houses (2007 Revision)

8. The Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses (2004 Amendment)

9. Provisions on the Administration of Urban Real Estate Transfer (2001 Amendment)

10. Administrative Measures for Commodity House Leasing

11. Measures on the Administration of Mortgage of Urban Real Estate (2001 Amendment)

12. Interim Regulation on Real Estate Registration (2019 Amendment PKULAW Version)

13. Interpretation of the Supreme People's Court on the Relevant Issues concerning the Application of Law for Trying Cases on Dispute over Contract for the Sale of Commodity Houses

14. Judicial Interpretation of the Supreme People's Court on Some Issues Regarding the Application of Security Law of the People's Republic of China

15. Administrative Measures for Affordable Housing in Beijing (for Trial Implementation).



NOTES

- (1) The revised China's Urban Real Estate Management Law and Land Management Law will come into effect on January 1, 2020. Therefore, all articles referencing the law are the latest revision.
- (2) Article 33 of Urban Real Estate Administration Law states that the standard land prices, the nominal land prices and the appraised prices of various buildings shall be determined and published regularly. The specific methods shall be stipulated by the State Council.
- (3) Art. 3 of Provisions on the Administration of Urban Real Estate Transfer.
- (4) Article 39 of Urban Real Estate Administration Law stipulates the transfer of real estate with the right of land use shall comply with the following conditions: (1) All the fees in concern with the lease of the right of land use have been paid in accordance with provisions prescribed by the contract for the lease and the certificate of the right to use the land has been obtained; and
- (2) Investment and development have been done in accordance with the provisions prescribed by the contract for the lease; for housing construction projects, 25 percent of the total investment has gone through; for development of large tracts of land, land has been available for the construction of industrial or other projects.
When a real estate is transferred with a finished building, title certificate for the building is also needed.
Article 40 of Urban Real Estate Administration Law stipulates when transfer of a real estate with the right of land use being obtained through allocation, an application should be submitted to an empowered people's government for approval, in accordance with the provisions of the State Council government. After the approval by a related people's government, the transferee

shall go through the procedures for transfer of the right of land use and pay lease fees for land use in accordance with the relevant State provisions.

If the related people's government refuses to carry out the procedures of the transfer of right of land use in accordance with the provisions of the State Council, the transferor shall, in accordance with the provisions of the State Council, hand over the income for transfer of the land arising from the transfer of real estate to the State or handle them otherwise.

- (5) Art. 1 and 2 of Notice of the Ministry of Housing and Urban-Rural Development and the State Administration of Foreign Exchange on Further Regulating the Administration on House Purchase by Overseas Institutions and Individuals.
- (6) The housing accumulation funds system is a unique housing security system in China. According to the Regulation on the Administration of Housing Accumulation Funds, the enterprises pay a certain amount of housing accumulation fund for the employee for a long period of time to pay for the housing costs and private house renovation.
- (7) Article 6 of the Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses.
- (8) Article 8 of the Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses.
- (9) Article 10 of the Measures for the Management of Advance Sale of Urban Commercial Houses.
- (10) Article 16 of Administrative Measures for Affordable Housing in Beijing (for Trial Implementation).
- (11) Yunminzhong No. 412 (2016) of the supreme court of Yunnan province.
- (12) Luerzhongminer (min) zhong No. 2428 (2013) of Shanghai Second Intermediate People's Court.

- (13) Pingminsanzhong No. 47 (2015) of Minxiang Intermediate People's Court.
- (14) Ganzhongminyizhong No. 264 (2013) of Ganzhou Intermediate People's Court.
- (15) Article 47 of Urban Real Estate Administration Law.
- (16) Article 36 of Guarantee law.
- (17) Article 34 of the Guarantee Law.
- (18) Ibid.
- (19) Article 34 of the Guarantee Law.
- (20) Article 34 and the third paragraph of Article 36 of The Guarantee Law states that: Land use rights of barren hills, ravines, shoals and other wastelands the mortgagor legally contracted, with the approval of the party that issued the contract; The land use rights per se of the township and village enterprises cannot be mortgaged. When the buildings of the township and village enterprises are mortgaged, the associated land use rights shall also be mortgaged at the same time.
- (21) Article 14 of Administrative Measures for Commodity House Leasing.
- (22) Article 6 of Administrative Measures for Commodity House Leasing states: A house falling within any of the following circumstances may not be leased: 1. It is an illegally built house; 2. It fails to conform to the mandatory standards for project construction with respect to safety and disaster prevention; 3. The original use of the house has been changed in violation of the relevant provisions; or 4. It falls within any other circumstance under which it is prohibited by any law or regulation from being leased.
- (23) Ruikun Zheng, The law of Real Estate trading, Peking University Press (2007) P141.
- (24) Article 8 of Interim Regulation on Real Estate Registration.

A propòsit de la STJUE de 16 de juliol de 2020 (C-80/19). La funció del Notari espanyol a la UE. Conseqüències. Eixos estratègics ⁽¹⁾

Javier Micó Giner
Notari de Sabadell

I. Objecte

El propòsit d'aquest article introductori ⁽²⁾ és destacar que la determinació de la funció del Notari espanyol a la UE hauria de ser un dels eixos estratègics del Notariat de manera immediata i en els propers anys.

En aquest article no pretenem formular cap dogma, ja que creiem que hi ha altres autors, Notaris i, especialment, catedràtics o estudiosos del Dret internacional privat, amb més fonament per poder donar resposta exacta a cada qüestió. La nostra aportació se centra a ressaltar que, dins uns hipotètics eixos estratègics del Notariat, la determinació d'acord amb el Dret de la Unió de la funció notarial és essencial.

Per això, la intenció és cridar l'atenció del Notariat sobre la conveniència de dissenyar una estratègia a mitjà i a llarg termini per tal de ser present als fòrums essencials sobre aquestes matèries ⁽³⁾.

L'article pretén ser "amigable" per al lector no expert en les matèries i intenta explicar el problema de manera planera.

II. Delimitació de l'abast

El Notari desenvolupa diverses funcions. Algunes les podem titllar de "tradicionals". D'altres, assoleixen tota la seva importància des de les reformes legislatives de 2015 i



mostren la seva transcendència en el Dret de la Unió.

En aquest article no ens referim a la funció tradicional del Notari com a únic funcionari públic delegat per l'Estat per a l'exercici de la funció pública de donar fe en l'esfera extrajudicial. Aquesta funció és de sobres coneguda i es resumeix en el fet que el document és públic perquè n'és públic l'autor ("auctor"), el Notari. Per tal que el document sigui públic (vegeu l'art. 1218 CC) és necessari 1) que l'autoritzi un funcionari públic, el

Notari; 2) que aquest funcionari tingui atribuïda la facultat de donar fe pública, en l'esfera extrajudicial el tal funcionari només l'és el Notari, i 3) que aquest funcionari actuï en l'àmbit de les seves competències (només el Notari en el camp extrajudicial, només el lletrat de l'Administració de Justícia en el judicial) i que compleixi els requisits exigits per la Llei (amb el control de legalitat notarial a què es refereix, entre altres, l'art. 17 bis LN). Acotada així la funció de dació de fe pública en l'àmbit judicial o extrajudicial, és clar que una actuació d'altres funcionaris

públics que no tinguin atribuïda aquesta funció no convertirà un document privat en document públic ni judicial ni extrajudicial. Aquesta és la raó per la qual un document públic autoritzat per Notari produeix els seus efectes privilegiats específics i per la qual no els poden produir documents privats per molt que accedeixin als registres públics⁽⁴⁾. Un document privat inscrit continua sent privat i no pot gaudir dels mateixos efectes que el document públic⁽⁵⁾.

No ignorem que hi ha interessos econòmics o corporatius que, mitjançant *lobbies*, intenten sembrar la confusió sobre aquests conceptes amb finalitats injustes, però no cansarem el lector amb això.

Aquest article es refereix a les altres funcions del Notari i, més concretament, analitza la necessitat d'investigar quan la funció del Notari espanyol encaixa en els conceptes d'"autoritat", "tribunal" o "òrgan jurisdiccional" que fan servir els diferents reglament europeus i les conseqüències que en deriven.

III. Importància de la qüestió

Els reglaments acostumen a distingir tres aspectes: regles de competència (de jurisdicció), llei aplicable i reconeixement de resolucions o circulació de documents públics. La llei aplicable afecta tant si s'actua com a òrgan jurisdiccional com si s'actua com a autoritat o professional jurídic. La clau són els altres dos elements i algun d'addicional que sorgeix com a corol·lari.

La qüestió és transcendental per tres motius.

El primer motiu és que s'ha de decidir si les **normes de competència** dels Reglaments són aplicables o no als Notaris en atenció a la funció que facin en cada cas. És a dir, la resposta a la pregunta de si el Notari ha de respectar o no les regles de competència jurisdiccional a l'hora d'autoritzar determinats documents o d'intervenir en determinats expedients. La primera intuïció és que s'ha de respectar quan actui com a "tribunal" o "òrgan jurisdiccional", però no quan no actui com a tal.

El segon motiu és que s'ha de decidir en cada cas si el Notari s'expressa a través de "**documents públics**" o "**resolucions**". La segona intuïció és que sembla que és raonable esperar que la resposta depengui de en



quin concepte actua el Notari. Quan actui com a "tribunal" emetrà resolucions; quan no, documents públics. La conseqüència lògica seria que la **circulació del document** serà diferent (fins i tot els models de certificats europeus que s'han d'emetre) en funció del tipus de document.

**Què és el protocol notarial?
Un mer arxiu o un registre? I el
protocol notarial combinat amb
les bases de dades de l'Índex Únic
Informatitzat?**

I el tercer motiu és que s'ha de decidir si és lògic que determinats documents o resolucions de Notaris espanyols tinguin reconeguts plens efectes i conseqüències en tot el marc de la Unió perquè el Notari actua com a "tribunal" o "òrgan jurisdiccional" i que accedeixin als registres públics atesos per funcionaris de tot Europa i, no obstant això, puguin ser qüestionats a l'interior del seu propi Estat per un tipus de funcionaris que, en general, a Europa no serien ni juristes. Aquesta diferència potser és admissible en l'àmbit del Registre de la Propietat, però n'ha decaigut tot el sentit en l'àmbit del Registre Mercantil amb la interconnexió europea d'aquests registres. **Tot el sistema de**

qualificació posterior es posa en qüestió i planteja les anomalies que produeix⁽⁶⁾.

Però fins i tot podríem afegir un quart motiu. **Què és el protocol notarial? Un mer arxiu o un registre? I el protocol notarial combinat amb les bases de dades de l'Índex Únic Informatitzat?** Tradicionalment, se'ns explica el tòpic del caràcter "públic" del registre i del caràcter "secret" del protocol. Fins i tot es diu que els logos del llibre obert i del llibre tancat responen a aquesta idea. Però en aquest article veurem que el Considerant 14 del Reglament (UE) 2019/1111 del Consell, de 25 de juny de 2019, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, i sobre la sostracció internacional de menors, assenyalava que, juntament amb els documents públics i les resolucions, hi ha els documents "*que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los notarios que registren acuerdos*". En el llenguatge del Dret de la Unió els qui "enregistren acords" són els Notaris. Aquesta idea ens podria portar a qüestionar-nos si el protocol notarial unit a l'accés a la base de dades del seu índex no seria el lloc idoni per reflectir els acords de les parelles estables i solucionar així de forma homogènia a tot Espanya el problema de si hi ha o no hi ha a totes les comunitats autònomes "unions



registrades” de l’art. 1104/16. Però aquest punt ens portaria massa lluny avui.

IV. Conseqüències de “ser o no ser” òrgan jurisdiccional. The importance of being earnest

A la Jornada sobre “Règim econòmic matrimonial i efectes patrimonials de les unions registrades. Dret internacional privat, dret comparat i harmonització del dret material”, que va tenir lloc al Col·legi Notarial de Catalunya el dia 13 de febrer de 2020, vaig recordar que, com deia Hamlet en l’obra de Shakespeare, “*ser o no ser (òrgan jurisdiccional) és la qüestió*”. I d’aquí deduïa, parafrasejant Oscar Wilde a “*The importance of being earnest*” (en cat., *La importància de ser Frank*), la importància de dir-se o no “òrgan jurisdiccional”.

IV.a. Esquema senzill

Es pot deduir del quadre següent un esquema senzill de les diferents conseqüèn-

cies del fet que el Notari sigui o no òrgan jurisdiccional:

És a dir, si el Notari actua com a “Tribunal” (p. ex. per exercir funcions jurisdiccionals) estarà vinculat per les normes de competència dels Reglaments, emetrà resolucions i aquestes circularan com a tals. Si no actua com a tal “Tribunal”, no estarà vinculat per aquestes normes de competència, autoritzarà documents públics i aquests han de produir efectes equivalents als del país d’origen a tota la Unió. Existeixen alguns documents amb regles específiques, com el certificat successori europeu.

IV.b. Incís sobre la qualificació de resolucions i documents públics

A les diferències sobre normes de competència i la circulació dels documents o resolucions, s’ha d’afegir una altra conseqüència: la relativa a **la limitació de la qualificació administrativa per funcionaris encarregats de registres públics dels actes de jurisdicció contenciosa i voluntària**.

“Òrgan jurisdiccional”	Competència	Llei aplicable	Circulació de documents o resolucions
Sí ho és ...	Arts. 4-19 RR	Arts. 20-35	Arts. 36-57 resolució / transacció judicial
No ho és	D. espanyol		Arts. 58-60 document públic (autoritat)

Si el document final expedit per un Notari té el caràcter d’emanat d’un tribunal o òrgan jurisdiccional i, per tant, de resolució, és obvi que no pot ser posat en qüestió a Europa per funcionaris administratius.

En el Dret espanyol s’acostuma a dir, seguint esquemes una mica antiquats basats en un Reglament que no té en compte les normes posteriors ⁽⁷⁾, que l’extensió de la qualificació administrativa registral respecte del fons és diferent per als documents notarials i els judicials (vg. arts. 98 i 100 RH). Amb tot, sense discutir en aquest article el que s’ha dit sobre aquesta regulació reglamentària, ara ens centrem en els casos on no hi ha diferència entre el Notari i el jutge. Doncs bé, de manera similar al que succeeix a Espanya, les resolucions d’un òrgan jurisdiccional no poden ser revisades per un funcionari tabular o un òrgan administratiu (un registrador) en aspectes merament formals ⁽⁸⁾ i ⁽⁹⁾. Aquesta limitació s’hauria de produir tant quan es qualifiquen sentències de l’òrgan jurisdiccional en procediments contenciosos com quan es qualifiquen resolucions de l’òrgan de jurisdicció voluntària. Al nostre parer, és clar que si l’art. 22.2 ⁽¹⁰⁾ de la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària ⁽¹¹⁾, limita a aspectes formals la qualificació registral, limitació que també es produeix respecte dels documents notarials quan el Notari actua com a òrgan de jurisdicció voluntària. N’hi ha prou de llegir la Rs de la llavors anomenada DGRN, de 16 de novembre de 2015 ⁽¹²⁾, per constatar que la limitació de la qualificació registral de l’art. 22.2 esmentat és aplicable als expedients notarials (p. ex. a les actes de declaració d’hereus abintestat). El que és sorprenent és que la DG, en lloc d’aplicar la conseqüència lògica, limitar la qualificació a les normes de les resolucions judicials o, com a mínim, aplicar l’art. 22 LJV, opta per tot el contrari i pretén que tot s’hagi de qualificar com si es tractés d’un “document públic” ⁽¹³⁾. Insisteix en aquest enfocament erroni al nostre parer la Rs DGRN de 27 de febrer de 2019. A més, cal destacar que aquesta concepció de la funció qualificadora administrativa atempta contra l’adaptació necessària del Dret a la realitat social (en el cas discutit es planteja si es pot aplicar o no la jurisprudència del Suprem sobre la ineficàcia de la crida testamentària de l’esposa quan, posteriorment, es produeix el divorci) ⁽¹⁴⁾. Si al Notari se li col·loca la funció de “Tribunal”, la transmissió dels criteris de justícia material del Tribunal Suprem seria molt més ràpida. Creiem que aquestes pràctiques no s’hau-

rien de qüestionar davant la DG, al cap i a la fi un òrgan administratiu, sinó davant els Tribunals.

IV.c. Incís sobre la qüestió prejudicial

Podríem afegir-hi més conseqüències. Fa poc, Marta Requejo Isidro ⁽¹⁵⁾ ha exposat si el Notari pot plantejar una **qüestió prejudicial davant el TJUE**, idea que havia estat apuntada també per José María Gómez-Riesco Tabernero Paz ⁽¹⁶⁾.

V. La tesi que destaquem

Quan debatem sobre aquesta qüestió del caràcter d'òrgan jurisdiccional dels Notaris, p. ex. en matèria dels Reglaments UE 1103 i 1104/16, ens trobem amb dues posicions. Malgrat l'autoritat dels qui les han defensades, creiem que no són encertades la vista de la jurisprudència actual del TJUE.

En un debat sobre la funció del Notari en els Reglaments 1103 i 1104/16 i en el posterior ja esmentat del Col·legi Notarial de Catalunya, s'han defensat diverses tesis.

1. Andrés Rodríguez Benot ⁽¹⁷⁾ afirmava que la clau és si l'Estat espanyol ha notificat o no que el Notari és òrgan jurisdiccional.

El Notari seria o no òrgan jurisdiccional en funció de la comunicació o no de l'Estat respecte de cada reglament en concret (en aquest sentit Espanya sí que va comunicar que el Notari era òrgan jurisdiccional per al Reglament de successions europeu, però no per als de règims econòmics matrimonials ni per al d'efectes patrimonials de les unions registrades). Per tant, el Notari tindrà un caràcter o un altre en funció de la comunicació estatal respecte del Reglament.

1.a. La tesi semblava que podia tenir alguns avantatges. Efectivament, respecta la literalitat dels Reglaments ⁽¹⁸⁾ i dona una solució senzilla, simplificant la tasca de l'interpret jurídic que no ha d'estudiar res, sinó només acatar el tràmit administratiu decidit per l'Estat en notificar o no.

1.b. No obstant això, la tesi s'ha de descartar radicalment. Cal notar que subjau a aquesta tesi la suposició que la determinació de si el Notari és o no és òrgan jurisdiccional depèn d'una decisió o exer-

cici d'una competència interna de l'Estat, de la seva declaració en un sentit o en un altre. Si és així, un Estat podria provocar que els Notaris siguin o no siguin òrgans jurisdiccional a l'efecte dels Reglaments 1103 i 1104 només per la seva voluntat i al marge de la funció que tinguin encomanada. Veurem que no és així. La STJUE de 23 de maig de 2019 descarta clarament aquesta posició. En descàrrec de Rodríguez Benot hem de dir que la seva afirmació va ser anterior a la Sentència.

2. Es va presentar una segona tesi, explotant alguna situació absurda conseqüència de la tesi anterior. Si (segons la tesi de la comunicació) el Notari és òrgan jurisdiccional en matèria de successions, però no ho és en matèria de règims matrimonials, es produïa un absurd perquè el Reglament 1103/16 (règims econòmics matrimonials) no s'aplica quan hi ha una successió (art. 1.2.d i art. 4). Amb la qual cosa es produeix la paradoxa pel fet que, si el Notari coneix d'una successió (matèria en la qual l'Estat espanyol ha comunicat que el Notari és òrgan jurisdiccional) podria decidir sobre el règim econòmic matrimonial (perquè aquesta competència està continguda en la competència sobre la successió); però si se li planteja que decideixi de forma autònoma sobre el règim matrimonial no podria decidir (perquè l'Estat espanyol no hauria comunicat que, en aquesta matèria, és òrgan

jurisdiccional). Seria absurd que en uns casos pugui i en d'altres, no. De la qual cosa seguiria, segons aquesta tesi, que el Notari sempre és òrgan jurisdiccional.

La paradoxa que denuncia aquesta tesi és certa i evident. Això no obstant, no ofereix arguments addicionals ni matisos. Per aquesta via, no quedaria mai clar el límit de la competència notarial com a òrgan jurisdiccional ja que, atesa l'amplitud de la matèria successòria, es podria anar expandint sense anàlisi de la funció jurisdiccional o no realitzada.

3. Altres afirmen que el Notari espanyol és òrgan de jurisdicció voluntària (que ho és ⁽¹⁹⁾). La clau de volta seria doncs si l'acte és de jurisdicció voluntària o contenciosa. El Notari seria sempre òrgan de jurisdicció voluntària a efectes europeus.

La tesi parteix d'una premissa certa, però presenta problemes col·laterals de diferent caràcter. Jurisdicció contenciosa i voluntària són dos conceptes la distinció dels quals no és tan clara com s'acostuma a afirmar. Per posar un exemple, ningú no dubta que el Notari és competent per l'acte de declaració d'hereus abintestat (art. 55 LN) i és òrgan jurisdiccional a aquest efecte en el Reglament Europeu (es va comunicar per l'Estat). No obstant això, la declaració d'hereus abintestat en el Dret espanyol no sempre va ser un acte de jurisdicció voluntària. Així, la LEC de





1881 la incloïa en el Llibre II de jurisdicció contenciosa (concretament, títol IX). Per aquest motiu, la reforma de les funcions notariales per la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària va portar Elías Campo⁽²⁰⁾ a qüestionar-se si s'havia canviat la funció notarial.

En qualsevol cas, aquesta tesi descansa sobre un concepte de “jurisdicció voluntària” que no veiem clarament explicat com diferenciador en la jurisprudència del TJUE. És cert que podríem trobar una definició d'acord amb el Dret intern en el preàmbul de la Llei de jurisdicció voluntària⁽²¹⁾, en la Resolució de la DGRN, de 16 de novembre de 2015⁽²²⁾, o en la de 6 d'agost de 2019⁽²³⁾. Però veurem que, en certes matèries, el TJUE no dona importància al fet que es consideri jurisdicció voluntària o contenciosa, sinó a la possibilitat de decidir en cas de controvèrsia.

VI. Problemes terminològics

La discussió sobre aquests conceptes ens permet assenyalar alguns dels problemes que la doctrina ha de resoldre i no necessàriament per aquest ordre.

Podem extrapolar sense altre els conceptes del Dret intern al Dret de la UE? Conceptes com jurisdicció, jurisdicció voluntària, tribunal o òrgan jurisdiccional en tenen un mateix abast en el Dret intern i en el Dret de

la UE? El concepte d'òrgan jurisdiccional de l'art. 267 actual del TFUE és el mateix que el dels reglaments? El concepte de “jutge” i el d'“òrgan jurisdiccional” són similars? Hi ha un concepte autònom del dret de la Unió sobre què vol dir “jutge” o “òrgan jurisdiccional”? Són conceptes equivalents amb independència del Reglament o instrument en què es trobin? O són al seu torn autònoms en cada Reglament? Fins i tot, si se'ns permet, té rellevància en les solucions de la jurisprudència del TJUE el caràcter contenciós o voluntari del procediment?

Aquests problemes conceptuals en dificulten la solució. Creiem que el concepte clau acabarà sent **què és susceptible de ser controvertit i què no ho és**.

VII. Apunts per a una solució raonable

Com apuntava al principi, el Notariat ha d'encomanar l'elaboració doctrinal d'aquesta matèria als autèntics experts en Dret internacional i en Dret notarial.

Des de l'absoluta modèstia d'aprenent em permeto d'oferir alguns elements.

El concepte d'“òrgan jurisdiccional” apareix al TFUE en els arts. 226 (que no ens interessa) i 267 (a l'efecte de plantejar la qüestió prejudicial).

En aquest espai només puc proporcionar apunts perquè d'altres més qualificats els puguin desenvolupar.

Creiem que el concepte clau acabarà sent què és susceptible de ser controvertit i què no ho és

VII.a. Separació i divorci (òrgan jurisdiccional)

El Reglament (UE) n. 1259/2010 del Consell, de 20 de desembre de 2010, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la Llei aplicable al divorci i a la separació judicial, i el Reglament (CE) del Consell n. 2201/2003 relatiu a la competència, reconeixement i execució de resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental (que el 2021 serà derogat pel Reglament 1111/2019, de 25 de juny) va donar lloc a la Resolució consultada de la llavors DGRN, de 7 de juny de 2016. La DG remet per a la jurisdicció i la competència a Brussel·les II bis i per a la llei aplicable a Roma III⁽²⁴⁾. D'ambdues regulacions dedueix que **“separaciones y divorcios ante Notario español son considerados realizadas ante órgano jurisdiccional”**. El Reglament s'aplica amb independència de la naturalesa de l'òrgan jurisdiccional (considerant 7) i no desconeix la diferència entre resolucions i documents públics (considerant 22). S'aplica amb independència de la naturalesa de l'“òrgan jurisdiccional” (art. 1) que es defineix en l'art. 2 “1) *órgano jurisdiccional, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1*”. El mateix concepte es fa servir en el Reglament 1259/2010.

La DG dedueix d'això que el Notari és òrgan jurisdiccional de conformitat amb el Reglament Brussel·les II bis. És competent si concorren els fòrums de competència de l'art. 3. Ara bé, *“Pese a ello, como el divorcio notarial se concibe como no contencioso, el notario no será competente para adoptar medidas provisionales o cautelares del art. 20 que solo cabría solicitar al Juez”*.

Com a conseqüència lògica ha de fer servir el formulari de l'Annex I que parla de resolucions judicials i d'òrgan jurisdiccional.

A partir de l'1 d'agost de 2022, regirà el Reglament (UE) 2019/1111 del Consell, de 25 de juny de 2019, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, i sobre la sostracció internacional de menors. Queda clar del seu Considerant 14 que el **Notari s'inclou, d'acord amb la jurisprudència del TJUE, en el concepte d'"òrgan jurisdiccional" en el sentit ampli** ⁽²⁵⁾ i ⁽²⁶⁾.

En resum, segons la DG, 1) el Notari espanyol és òrgan jurisdiccional a l'efecte de separació i divorci, 2) però, com que el divorci i la separació notariais són "no contenciosos", no pot adoptar les mesures cautelars de l'art. 20 que corresponen al jutge. Per la qual cosa en una mateixa institució el Notari és o no és òrgan jurisdiccional en funció de la matèria concreta.

A partir de l'1 d'agost de 2022, regirà el Reglament (UE) 2019/1111 del Consell, de 25 de juny de 2019, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria matrimonial i de responsabilitat parental, i sobre la sostracció internacional de menors

VII.b. Successions (tribunal). Apunt inicial.

El Reglament (UE) n. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu tracta la qüestió en els considerants 20, 21, 22 ⁽²⁷⁾ i 28. S'inclou el Notari en el concepte de "tribunal" en sentit ampli. La definició de "tribunal" apareix en l'art. 3.2. L'Estat espanyol va incloure els Notaris en la comunicació i s'han plantejat pocs dubtes.

Sobre aquesta matèria posa llum la **ST-JUE de 16 de juliol de 2020 (C-80/19, EE)**.



VII.c. Règims econòmics matrimonials i efectes patrimonials de les unions enregistrades (òrgan jurisdiccional)

La funció del Notari apareix en el Reglament (UE) 2016/1103 del Consell, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials i en el Reglament (UE) 2016/1104 del Consell, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria d'efectes patrimonials de les unions registrades. En el primer, s'han de veure els considerants 29, 30, 31 i 38 ⁽²⁸⁾. En el segon, els considerants 29, 30, 31 i 39 ⁽²⁹⁾. Els paràgrafs 1 i 2 de l'article 3 d'ambdós reglaments ens expliquen els conceptes de document públic i resolució i d'"òrgan jurisdiccional" ⁽³⁰⁾.

Què és un òrgan jurisdiccional en aquesta matèria? Al marge dels judicials i dels casos en què el Notari actuï per delegació del jutge o sota el seu control (que ara no interessen), serien òrgans jurisdictionals:

- "todas las demás autoridades y profesionales del Derecho", el Notario l'és.
- "... con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales", el Notari ostenta aquestes competències.

- "... y que ejerzan funciones jurisdiccionales", aquí comença la discussió ⁽³¹⁾. Són les funcions del Notari només de jurisdicció voluntària o de jurisdicció sens altre? És extrapolable el concepte de jurisdicció ordinària espanyol al Reglament?
- "... siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas", s'acostuma a dir que en la jurisdicció voluntària no hi ha parts, però n'hi hauria en una determinació de règim matrimonial mitjançant acta de notorietat instada per un cònjuge i rebutjada per l'altre?
- "y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial; b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia".

Es tracta, a parer nostre, de dirimir si cada actuació del Notari compleix o no aquests requisits. **La nostra tesi final és que ens hem d'atenir, en cada actuació notarial, al fet de si es compleixen o no els requisits per a la categorització del Notari espanyol com a "òrgan jurisdiccional" i que això depèn de la legislació interna apli-**



cable que pot dissentir d'aquesta qualificació per a un mateix acte segons si es tracta de Notari espanyol o de Notari d'un altre país.

Però el cert és que l'Estat espanyol no va comunicar la inclusió del Notari entre els "òrgans jurisdiccionals" d'aquests reglaments. Significa que no ho és? En absolut, aquesta dada és –com demostrarem ara– irrellevant.

VIII. La irrellevància de les comunicacions dels Estats membres per determinar "l'òrgan jurisdiccional"

VIII.a. La STJUE de 23 de maig de 2019, respecte del Notariat polonès en matèria successòria.

La STJUE, de 23 de maig de 2019, encara que referida a la funció del Notari respecte del Reglament 650/2012, ens orienta en la solució de la matèria. Resol una qüestió doble.

D'una banda, quin és l'efecte de la notificació o absència de notificació pels Estats sobre quines autoritats es consideren "òrgan jurisdiccional".

D'altra banda, si ateses les característiques de l'actuació notarial, som o no en presència d'un òrgan jurisdiccional.

Respecte de la primera qüestió (l'efecte de la notificació o de l'absència de notificació pels Estats) condueix pràcticament a la irrellevància l'actuació de l'Estat. Considera que la comunicació o la seva absència tenen un valor merament indicatiu. **El Dret de la Unió es veuria amenaçat tant si els Estats s'abstenen d'incloure en la seva comunicació els Notaris quan exerceixin aquestes funcions, com si els inclouen quan no hi concorren els requisits establerts. Per això, la manca de comunicació (o la comunicació) és merament indicativa** ⁽³²⁾.

Respecte de la segona qüestió, **la clau per definir la funció jurisdiccional és l'existència de la facultat de resoldre per pròpia potestat quan hi ha controvèrsia entre les parts; és la facultat de resoldre un eventual litigi**; no és el cas quan la competència professional depèn exclusivament de la voluntat de les parts. La clau passa a ser si aquest òrgan podria resoldre en el cas que hi hagi controvèrsia entre les parts. En aquest cas, sí que seria òrgan jurisdiccional, però no en un altre cas. Per això, en el cas concret, perquè el Notari polonès no pot resoldre en el cas de controvèrsia, sinó només en el marc de qüestions no litigioses, el Notari polonès no és òrgan jurisdiccional en matèria successòria ⁽³³⁾.

D'aquí (obviant altres temes menors que s'esmenten com el cobrament segons un barem d'acord amb les parts i que no sem-

blen la *ratio decidendi*) deriven les conclusions:

"En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) El artículo 3, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, debe interpretarse en el sentido de que la circunstancia de que un Estado miembro no haya realizado la notificación relativa al ejercicio por parte de los notarios de funciones jurisdiccionales, prevista en esa disposición, no resulta determinante a efectos de la calificación de esos notarios como «tribunales».

El artículo 3, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento n.º 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que un notario que redacta un documento a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial, como el del litigio principal, no constituye un «tribunal» en el sentido de esa disposición y, por consiguiente, el artículo 3, apartado 1, letra g), de ese Reglamento debe interpretarse en el sentido de que tal documento no constituye una «resolución» en el sentido de esta disposición.

2) El artículo 3, apartado 1, letra i), del Reglamento n.º 650/2012 debe interpretarse en el sentido de que un certificado de título sucesorio, como el del litigio principal, redactado por el notario a solicitud de todas las partes del procedimiento notarial constituye un «documento público» en el sentido de esta disposición, cuya expedición puede ir acompañada del formulario contemplado en el artículo 59, apartado 1, párrafo segundo, de dicho Reglamento, y que se corresponde con el que figura en el anexo 2 del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento n.º 650/2012.

VIII.b. Aquesta STJUE amb quasi tota la seguretat no es predicaria respecte del Notari espanyol

A diferència dels Notaris polonesos, que només poden actuar en marcs no contenciosos, a Espanya tota la competència per

declarar hereus abintestat recau en el Notari. L'art. 55 LN permet que el requeriment el formuli un interessat i que d'altres s'hi oposin; per tant, en matèria de determinar els hereus d'una successió, el Notari espanyol entenem que sí que exerceix funcions jurisdiccionals.

La competència dels tribunals en aquesta matèria ha desaparegut, sens perjudici, lògicament, que es pugui impugnar la resolució notarial davant d'aquests.

VIII.c. Conseqüència del caràcter d'òrgan jurisdiccional successori del Notariat espanyol en els Reglaments 1103 i 1104/2016

La conseqüència és que hauríem de considerar que el Notari pot tenir un caràcter híbrid en matèria de règim econòmic matrimonial.

Sembla defensable que, si el Notari té competència exclusiva i funció jurisdiccional en la designació dels hereus, en la matèria successòria també la tindrà (recordem l'exclusió del Reglament 1103 i 1104 de la successió i l'atribució de competència quan la qüestió es planteja amb motiu de la defunció d'un cònjuge o membre de la unió), quan –coneixent de la successió– determini el règim econòmic matrimonial o els efectes de la unió registrada.

Alhora, en funció de si admetem que la determinació del règim econòmic matrimonial per la via de l'art. 53 LN es pot fer pel Notari a requeriment d'un dels cònjuges i malgrat l'oposició de l'altre (o no) afirmarem que té funció jurisdiccional (o no). Carlos Jiménez s'inclina per l'afirmativa i nosaltres hi coincidim.

La competència dels tribunals en aquesta matèria ha desaparegut, sens perjudici, lògicament, que es pugui impugnar la resolució notarial davant d'aquests

A l'extrem oposat, quan el Notari autoritza l'escriptura per la qual es pacta un règim matrimonial per acord dels cònjuges o futurs cònjuges o els efectes d'una unió registrada o quan se n'acorda la dissolució o la liquidació, no exerceix funcions jurisdiccionals.



Finalment, queda la qüestió de si quan el Notari autoritza una escriptura de divorci o separació està o no està complint funcions jurisdiccionals. C. Jiménez considera que sí. No veiem la qüestió gens clara perquè, si ens atenim al concepte de la UE d'"òrgan jurisdiccional", el Notari en matèria de divorci i separació només pot actuar amb el comú acord d'ambdues parts i aquesta actuació no és, per tant, controvertida en el sentit apuntat pel TJUE.

Insistim, com a mers aprenents, no pretenem donar la solució, sinó destacar la necessitat imperiosa que el Notariat espanyol, des dels organismes internacionals de rellevància dels quals forma part, faci una actuació decidida per aclarir el seu estatus a la UE i als Estats membres.

IX. STJUE de 16 de juliol de 2020 (EE) assumpte C-80/19

No hi ha cap dubte que és en matèria successòria que es produeixen els pronunciaments i posarem una certa llum sobre la matèria. La STJUE tracta temes interessants sobre l'àmbit del Reglament per determinar què és i què no una successió amb repercussions transfrontereres, la necessitat de determinar una sola residència habitual, l'admissió o no de l'elecció del fòrum i de la llei aplicable, com també les normes transitòries. Però el nostre objecte d'estudi no més és la funció del Notari.

IX.a. Les conclusions de l'Advocat General presentades el 26 de març de 2020 en l'assumpte C-80/19

De nou, l'advocat general Manuel Campos Sánchez-Cardona⁽³⁴⁾ s'ha pronunciat –de moment– en l'assumpte C-80/19 sobre matèria successòria i la competència dels Notaris lituans. Deixant al marge el supòsit de fet, el rellevant és que centra molt bé la qüestió en termes similars als que apuntem. Si el Notari és òrgan jurisdiccional, sí que se li apliquen les normes de competència i les seves decisions són resolucions que circulen com a tals, quan no actua com a tal, no se li apliquen les normes de competència i emet documents públics que circulen com a tals⁽³⁵⁾.

En el cas concret, el Notari lituà "carece de competencia para resolver sobre los extremos controvertidos que existan entre las partes"⁽³⁶⁾. Aquesta és la *ratio decidendi*.

És aplicable al Notari espanyol? Creiem que no. L'Estat espanyol va comunicar el caràcter d'òrgan jurisdiccional del Notari espanyol en successions, però (com ja hem demostrat) aquesta comunicació no és rellevant. El rellevant és que el Notari espanyol sí que decideix en l'acta de declaració d'hereus abintestat encara que es pretenguin alegacions en contra del que ha asseverat el requeridor. És a dir, el Notari espanyol haurà de resoldre encara que hi hagi controvèrsia entre els qui compareguin per determinar



els hereus⁽³⁷⁾. Si pot resoldre aspectes controvertits entre les parts, és òrgan jurisdiccional.

En el procediment van dipositar observacions els governs d'Àustria, Hongria, Lituània, el Regne d'Espanya i la República Txeca, com també la Comissió.

Amb tot, la qüestió és ben complexa. M'atreveria a dir que és d'autèntic detall.

IX.b. Lectura del Reglament 650/2012 per a entendre la sentència

Ens permetem recomanar que el lector que no sigui expert en la matèria tingui a mà el Reglament per entendre les nostres afirmacions o deduccions sobre aquest perquè intentarem fer un esquema de cada punt.

1. Del considerant 20 resulta:

Hi ha un **concepte en sentit ampli de Tribunal** que arriba a:

- a) Òrgans jurisdiccional que exerceixen funcions jurisdiccionals
- b) Notaris
- b.1. Notaris que, *per se*, exerceixen aquest tipus de funcions (jurisdiccionals).
- b.2. Notaris que, per delegació d'un Tribunal, exerceixen funcions jurisdic-

cional en una successió determinada.

La conseqüència és que qualsevol que sigui el "tribunal" queda vinculat per les **normes de competència** del Reglament.

En canvi, **s'exclou del concepte de Tribunal** al Notari que es limita a "substàncies successions" sense exercir funcions jurisdiccionals.

La deducció és clara: **quan el Notari exerceix funcions jurisdiccionals⁽³⁸⁾ és tribunal i se li apliquen les normes de competència del Reglament. La clau seria definir la "funció jurisdiccional" com a concepte autònom del Dret de la Unió.**

2. Del considerant 22 es dedueix l'esquema inicial que apuntàvem abans:

- a) Si el Notari sí que exerceix funcions jurisdiccionals
 - a. Sí que el vinculen les normes de competència
 - b. Dicta resolucions
 - c. Les resolucions circulen d'acord amb les disposicions sobre reconeixement, força executiva i execució de resolucions.
- b) Si el Notari no exerceix funcions jurisdiccionals

- a. No el vinculen les normes de competència
- b. Expedeix (autoritza) documents públics
- c. Els documents públics circulen d'acord amb les seves disposicions.

La deducció és clara: **quan el Notari exerceix funcions jurisdiccionals, és tribunal, se li apliquen les normes de competència del Reglament, expedeix resolucions i com a tals han de circular.**

3. Del considerant 59:

- a) Les resolucions circulen com a tals **independentment que s'hagin dictat en un procediment contenciós o no contenciós.**
- b) Els documents públics han de tenir el mateix valor probatori o l'efecte més proper comparable que el designat en el Dret de l'Estat membre d'origen.

La deducció és clara: **la resolució és tal que emani d'un procediment contenciós o voluntari.**

4. De l'art. 3.1.g) i i) s'obtenen les definicions de **resolució** i de **document públic**.

- a) La **resolució** emana d'un "tribunal" *independentment de la seva denominació.*
- b) El **document públic** es caracteritza per la seva *autenticitat*⁽³⁹⁾ sobre la *signatura i contingut* establerta per un *poder públic o autoritat autoritzada a l'efecte per l'Estat membre d'origen.*

La deducció és clara: **quan el Notari actua com a Tribunal, expedeix "resolucions".**

5. De l'art. 3.2 obtenim novament quan el Notari actua com a Tribunal⁽⁴⁰⁾. Deixant de banda els òrgans judicials veiem que primer incorpora el cas del "control" als que ja s'han vist en el considerant 20.

- a) Notaris que exerceixen funcions jurisdiccionals. En aquest cas ens hem de centrar, ja que ja hem vist que la clau és que la jurisdicció sigui contenciosa o voluntària.
- b) Notaris que actuen per delegació d'un òrgan judicial (actualment no interessa en el nostre Dret).

- c) Notaris que actuen sota el control d'un òrgan judicial (actualment no interessa en el nostre Dret).

Però afegeix requisits addicionals.

1. Imparcialitat del Notari. Creiem que aquesta característica no ofereix dubtes en el Dret espanyol.
2. Respecte a les "parts" a ser escoltades. Creiem que, p. ex. en les actes de declaració d'hereus abintestat el Notari no queda vinculat pel requeriment i, un cop escoltats els qui s'hi poden oposar, dictarà la resolució que consideri oportuna.
3. Expedeix una resolució que pot ser objecte de revisió o recurs davant un òrgan judicial. Creiem que sempre que el Notari actua en els expedients de jurisdicció voluntària es compleix aquesta premissa.
4. La resolució notarial ha de tenir força i efectes anàlegs als d'una resolució judicial sobre la mateixa matèria. És aquí que la doctrina ha d'indagar i investigar. Què vol dir? Com a intuïció apuntem que, en la mesura que les actes de declaració d'hereus abintestat a Espanya són **competència exclusiva notarial**, és evident que produeixen els mateixos efectes que els pronunciaments judicials anteriors.

Però la qüestió planteja debats doctrinals interessants. Concretament, com es predica l'efecte de "cosa jutjada material i formal" en la jurisdicció voluntària? La matèria ha estat tractada per Antonio Fernández de Buján i Fernández⁽⁴¹⁾. En resum, afirma que les resolucions de jurisdicció voluntària sí que produeixen l'efecte de cosa jutjada material (amb efectes negatiu i positiu) en l'àmbit de la mateixa jurisdicció voluntària, però no fora d'aquest àmbit. Diu que "*unas mismas resoluciones no pueden existir y dejar de existir para las distintas jurisdicciones: voluntaria y contenciosa*". Per això, afegeix, despleguen efectes positius prejudicials no només en la jurisdicció voluntària, sinó també sobre la jurisdicció contenciosa.



No entrem en altres preceptes que són la base de la decisió del Tribunal ni ens aturem en el certificat successori europeu.

IX.c. La STJUE de 16 de juliol de 2020

Als nostres efectes només interessen les qüestions prejudicials segona, tercera i quarta.

Ja hem anticipat que el TJUE considera que, en el cas concret, els Notaris lituans no actuen com a Tribunal. Però, de la mateixa manera que hem vist respecte de la decisió sobre els notaris polonesos, la legislació de partida no és la mateixa. L'art. 1 de la Llei del Notariat lituà només reconeix competència en "drets subjectius no controvertits", creiem que això no és així en els expedients de jurisdicció voluntària encomanats al Notariat espanyol.

El TJUE parteix del que ja es va afirmar en la STJUE de 23 de maig de 2019 (WB). Reiterant la irrellevància de la comunicació o no per l'Estat, se centra en la qüestió. I la clau de volta de la decisió, en la línia de la dita sentència (sigui o no exactament coherent amb la STJUE Oberle⁽⁴²⁾) és aquesta:

51. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que una autoridad ejerce funciones jurisdiccionales cuando puede ser competente en caso de que exista una controversia en

materia de sucesiones. Este criterio se aplica con independencia de que el procedimiento de expedición de un certificado de título sucesorio sea de naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria (sentencia de 23 de mayo de 2019, WB, C-658/17, EU:C:2019:444, apartado 56).

Per tant, la clau per a qualificar de Tribunal és que l'òrgan "pugui ser competent en el cas que hi hagi una controvèrsia en matèria de successions", criteri que "s'aplica independentment que el procediment sigui de naturalesa contenciosa o de jurisdicció voluntària".

És important que es tracti d'una **controvèrsia potencial i no necessàriament existent en el cas concret**. Si el Notari pogués resoldre una controvèrsia en una acta de declaració d'hereus abintestat, sempre serà tribunal, encara que en les que resolgui no es produeixi cap controvèrsia i es qualifiqui o no de jurisdicció voluntària.

I d'aquí deriven les conseqüències vistes.

- Si el Notari és tribunal, expedeix una resolució, independentment de la naturalesa contenciosa o de jurisdicció voluntària del procediment i queda subjecte a les normes de competència internacionals.



- Si no ho és, som davant un document públic i el Notari no queda subjecte a les normes de competència internacionals.

Es important destacar que, en el punt 70, el TJUE afirma que aquesta interpretació no queda desvirtuada pel fet que l'art. 64 del RUE 650/2012 estableixi un "règim jurídic autònom" per determinar la competència per expedir el certificat successori europeu.

En resum, **les afirmacions del TJUE determinant el concepte de tribunal, resolució i aplicació de normes de competència, s'apliquen com a regla general i hi ha un règim autònom per al certificat successori europeu.**

IX.d. I qui decideix o comprova si el Notari exerceix funcions jurisdiccionals per a poder resoldre encara que hi hagi una controvèrsia?

El TJUE no dubta que és competència de l'òrgan judicial remitent comprovar aquests aspectes.

X. Una posició personal

Amb totes les cauteles en una matèria a la qual m'aproximo amb la humilitat de l'aprenent, crec que algunes idees són molt clares i d'altres, menys.

Ha passat a ser qüestió essencial el concepte de "tribunal" i el d'"òrgan jurisdiccional". La notificació d'autoritats que fa cada Estat té el valor de simple presumpció (sentència W.B.). La clau és el **criteri funcional**. El Notari és o no és tribunal o òrgan jurisdiccional en funció de si té competències per resoldre "controvèrsies" entre les parts. Es tindrà capacitat per a resoldre quan la seva actuació no depengui exclusivament de la voluntat de les parts. Des de la meua perspectiva, el Notari espanyol exerceix en la declaració d'hereus abintestat facultats de prova i decisòries, i no necessita el consentiment de totes les parts (es pot al·legar en contra de les asseveracions del requeridor). El Notari decideix de forma imparcial després d'escoltar totes les parts. I si té aquesta funció, és tribunal a l'efecte del Reglament 650/2012.

Per nosaltres, amb la mateixa humilitat, la decisió del Notari és una autèntica resolució

en aquesta matèria i no només un document públic. No ignorem que veus autoritzades poden discutir aquesta afirmació, però no entenem que s'afirmi que exerceix funcions jurisdiccionals i que s'afirmi que es plasma en "document autèntic" i no en "resolució". Som en matèria de Dret de la UE i els conceptes són els de la UE.

En resum, les afirmacions del TJUE determinant el concepte de tribunal, resolució i aplicació de normes de competència, s'apliquen com a regla general i hi ha un règim autònom per al certificat successori europeu

I segons cada actuació específica (no amb caràcter general i universal per Reglament) el Notari serà o no serà tribunal, òrgan jurisdiccional o similar. La terminologia és la de la UE, no la del Dret intern.

XI. Però en aquestes matèries el Notariat espanyol ha de ser humil i recollir l'opinió de veus autoritzades

Després d'haver tractat aquests temes descobreixo que Marta Requejo Isidro⁽⁴³⁾ ha analitzat en un treball infinitament superior a qualsevol que jo pugui plantejar la coordinació entre les conclusions de l'advocat general en l'assumpte C-80/19, la STJUE de 23 de maig de 2019, WB⁽⁴⁴⁾, i la de 21 de juny de 2018, Oberle.

Llegint el seu treball, es percep la sensació que els temes no estan gens tancats. Donaré algunes pinzellades perquè el lector percebi els problemes. **No obstant això, el seu treball és anterior a la STJUE de 16 de juliol de 2020 (almenys a la sentència en si, no al cas).**

L'autora afirma que la lectura de les dues sentències "ha generado más desconcierto que certezas". Així ressalta la controvèrsia entre Mariño Pardo i Espiñeira Soto. En principi, semblaria que les regles de competència no s'apliquen als Notaris quan no actuen com a tribunals però, quan actuen com a tals, remet a la STJUE WB (del qual creiem deduir que sí que se'ls aplicarien quan actuen com a tribunals, i per a nosaltres és clar el considerant 22 del Reglament 650/2012).

Requejo critica en la nota a peu 13 la presentació del sistema alemany que es fa a la STJUE Oberle i que l'emissió del certificat successori per un tribunal és una resolució.

En analitzar la sentència WB, Requejo afirma: *"declara expresamente que 'debe considerarse que una autoridad ejerce funciones jurisdiccionales cuando puede ser competente en caso de que exista una controversia en materia de sucesiones'". Añade, en fin, que este criterio "se aplica con independencia de que el procedimiento de expedición de un certificado de título sucesorio sea de naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria"; en apoyo de esta última afirmación remite al apartado 44 de la sentencia Oberle (que, probablemente, no dice eso)".* És a dir, Requejo ens diu que les afirmacions de la STJUE WB i Oberle no són tan exactament coincidents com sembla. I més endavant assenyalava que *"hay un salto importante entre esa afirmación (una autoridad ejerce funciones jurisdiccionales) quan pot ser competent en el cas de controvèrsia en matèria de successions; afegeix que el tal criteri s'aplica amb independència del caràcter contenciós del procediment –in casu, d'expedició d'un certificat successori) y la de WB, en la que se asocia la función de resolución de controversias a cualquier tipo de procedimiento al margen de que sea contencioso o no".*

I posa el dit a la nafra: **"el alcance exacto de las decisiones, especialmente de WB, a propósito de la función jurisdiccional de operadores jurídicos que no son órganos judiciales, va a depender en gran medida de qué se entienda por 'controversia' o 'litigio' en este contexto".**

Conclou que *"Solo los órganos judiciales están sometidos a las reglas de competencia del Reglamento en todo caso: ya ejerzan funciones jurisdiccionales tal como las define WB, ya otras, como ocurre en Oberle".* D'aquí creiem deduir que, quan el Notari actuï (en canvi), només estaria subjecte a les normes de competència quan actuï com a òrgan jurisdiccional. És clar que la conseqüència és que hi podrà haver fraccionament de la successió (és a dir, que hi hagi pronunciaments diferents).

A continuació, afirma que l'equació *"jurisdicción voluntaria=ausencia de controversia"* es incorrecta. El correcte seria *"ausencia de controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso"*. La jurisdicció voluntària comprèn casos amb controvèrsia i casos

en què, per definició, no pot existir una tal controvèrsia.

L'objectiu d'aquest article introductori és destacar la gran importància de la matèria pel present i el futur del Notariat

A l'efecte que ens interessa afirma: *"Por lo que aquí importa, si la oposición no pone fin al expediente obligando al solicitante original y a los interesados a acudir a un contencioso, sino que el operador jurídico (juez o no) está facultado para seguir adelante y formarse, a la luz de lo alegado, un juicio autónomo que dirime materialmente un conflicto, cabe afirmar que el operador posee la facultad de resolver, en virtud de su propia potestad, sobre los aspectos controvertidos entre los intervinientes. Desempeña, en definitiva, 'funciones jurisdiccionales' en el sentido de la sentencia WB. En la medida en que el resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que resuelve un conflicto entre interesados tenga un efecto vinculante, de forma que no quepa iniciar otro expediente de jurisdicción voluntaria con el mismo objeto salvo cambio de circunstancias, su 'exportación' a otros Estados miembros necesitará reconocimiento. Si posee fuerza ejecutiva en origen, que la despliegue en otros Estados miembros requerirá el exequátur. En ambos casos, la resolución recaída en un Estado miembro estará amparada por el régimen del capítulo IV del Reglamento 650/2012".*

Després d'examinar les condicions de l'activitat jurisdiccional necessàries per a considerar que el Notari les està fent, conclou que la clau per saber si som o no en presència d'una "resolució" és si l'autoritat està o no dotada de la facultat de valorar les postures sobre les conseqüències jurídiques si difereixen entre elles, tancant els desacords i amb efecte vinculant per a altres autoritats, després d'una valoració de proves i arguments (d'una intensitat que no serà –com tampoc davant un jutge– la pròpia d'un contenciós).

I conclou plantejant els seus dubtes sobre la correcció de considerar que els termes "tribunal" i "resolució" siguin un concepte autònom que s'entendria igual en tots els instruments. Més aviat sembla afirmar que el concepte autònom pot variar en cada



Reglament. Nosaltres afirmem que pot variar en diferents apartats d'un mateix Reglament, per complex que pugui resultar el sistema derivat d'aquesta tesi.

Insistim, el seu treball és anterior a la ST-JUE de 16 de juliol de 2020 i aquesta sentència manté la tesi de la sentència WB.

XII. Conclusions

L'objectiu d'aquest article introductori és destacar la gran importància de la matèria pel present i el futur del Notariat.

Amb tota la humilitat m'he permès aproximar-me a una matèria de la qual no soc cap expert. Sí, després d'algunes lectures, tinc algunes intuïcions que m'he permès compartir amb el lector. El concepte del que és controvèrsia i amb aquest el concepte de jurisdicció evolucionaran. En aquest moment, la meua tesi seria que, **per decidir si el Notari és o no és "tribunal", "jutge" o "òrgan jurisdiccional" com a concepte autònom de cada Reglament o actuació a dins un Reglament, cal ajustar-se al criteri funcional, analitzar la funció que fa i comprovar si compleix les exigències del Reglament concret de la UE que, pel que es veu, ara per ara, poden ser diferents en cada reglament, tot i que el TJUE sembla intentar generar un concepte homogeni.** Insistim, diferents no ja per cada

Reglament, sinó per a cada actuació a l'empara del Reglament.

Però aquesta és una conclusió d'aprenent que ha de ser avalada o no pels veritables experts en la matèria. I si això em passa a mi, també els passarà als meus companys. De fet, com hem vist, fins i tot la doctrina llegeix els articles dels Notaris i detecta que, de vegades, no tenim un criteri uniforme.

Però aquesta no és la conclusió –el valor doctrinal de la qual és molt limitat i que d'altres donaran per vera o refutaran– que volia transmetre. Les meves conclusions són d'altres:

1r El Notariat llatínogermànic (almenys, la UINL) es troba implantat en uns 120 països, representant 2/3 de la població mundial i més del 60% del producte interior brut mundial.

2n La CNUE agrupa els Notariats de 22 dels Estats membres de la Unió.

3r El Notariat espanyol té reconeguda una funció de lideratge en totes dues institucions. El valor d'aquesta posició del Notariat espanyol és un actiu de l'Estat espanyol que no s'ha de dilapidar. Probablement, cap altra institució de l'Estat té, entre els seus iguals, un tal grau de reconeixement internacional, dit amb tota modèstia, però amb tota rotunditat.



4t En els darrers anys (especialment d'ençà del 2015 i 2020) la funció tradicional del Notariat s'ha vist ampliada per les funcions derivades dels reglaments europeus i de la jurisdicció voluntària espanyola.

5è No obstant això, en ser el Dret europeu un dret en formació, manca assentar conceptes, definir conceptualment les nocions i derivar-ne les conseqüències.

6è És fonamental determinar si el Notariat espanyol exerceix en cada cas concret funcions jurisdiccionals.

D'això depèn que se li apliquin les normes de competència jurisdiccional o no.

D'això depèn que els seus documents circulin com a resolucions o documents públics.

D'això depèn que s'hagin de respectar en tot l'àmbit europeu sense que puguin ser qüestionats per funcionaris tabulars administratius o no.

7è Ha de constituir un eix estratègic essencial del Notariat espanyol i europeu i crear el corpus doctrinal sobre les seves funcions.

8è Al mateix temps s'observa l'absència d'una regulació detallada dels procediments que cal fer servir en cada cas.

9è Avui, el menys rellevant del Notari és gairebé la seva "presència" en el moment o acte de l'autorització; el més rellevant és que està present en tot el procés "d'informació precontractual" (vegeu l'LCCI), la informació equilibrada que elimina asimetries informatives, la formació de voluntats, el control de càrregues, la redacció del document, els judicis d'identitat, la capacitat, la legitimació, el consentiment informat i la prestació de voluntat... El Notari no està sol en un acte final, està auxiliant durant tot el procés.

10è El Notariat ha, doncs, d'implementar l'estratègia que garanteixi que pot prestar la funció de seguretat jurídica preventiva que li està encomanada en exclusiva. Diem en exclusiva perquè qualsevol altra aportació al moment de la veritat, al del consentiment davant Notari, ja no és preventiva i no aporta res des del punt de vista de l'anàlisi econòmica del Dret, ja que sempre genera

un perjudicat i perquè és el concepte paral·lel al de fe pública.

11è. Per tant, l'atenció del Notariat en el desenvolupament i la formació del Dret europeu és essencial.

12è. S'ha escrit que dissenyar una estratègia és irrellevant si es té la capacitat d'implementar-la. Què pot i ha de fer el Notariat?

a) Dotar de més recursos i mitjans els qui ja assumeixen aquestes funcions en el si del CGN o de la DGSJFP.

b) Crear una delegació a Brussel·les.

c) Mobilitzar el Notariat europeu en una tasca comuna liderant la generació de doctrina sobre la matèria.

d) Crear aliances i col·laboracions estables amb els experts nacionals i estrangers en Dret europeu per adequar les nostres institucions als nous temps, escoltant activament.

e) Proposar les mesures legislatives necessàries per solucionar els conflictes de Dret interregional que s'estan produint per la distorsió amb les normes europees.

f) Crear un Institut Max Planck en aquesta matèria al nostre país i col·laborar activament amb els existents a Alemanya i Luxemburg.

g) Establir el full de ruta.

h) Dissenyar el desenvolupament reglamentari de les actuacions notariales en les noves funcions.

i) Ajustar el sistema de seguretat jurídica preventiva evitant les duplicitats que no aporten res i millorant els temps⁽⁴⁵⁾.

Tot això és possible, però no pot ni ha de ser flor d'un dia. Si coincidim en el fet que aquesta matèria és un eix estratègic del Notariat, n'hem d'implementar l'estratègia. Exigeix organigrames clars, replegar recursos potser avui dispersos col·legialment, establir processos i fites per assolir. Es necessitarà un seguiment i un control de compliment d'objectius.

Cal pensar a més que la ciència ens demostra que els papers personals per dissenyar l'estratègia difereixen dels necessaris per implementar-la i aquests dels necessaris per al seu seguiment i control.

Què aspirem a veure? Un Notariat que escolta aquestes necessitats de la societat (avui dia cada cop més globalitzada) i dels partits polítics i que hi respon eficientment⁽⁴⁶⁾. El talent de molts Notaris i mitjans hi són. Es tracta de posar fil a l'agulla o, si es prefereix, de posar mans a l'obra.

NOTES

(1) Molt sovint és inevitable que les meves reflexions siguin conseqüència d'aportacions, idees o indicacions de persones que dominen les matèries sobre les quals escric. De vegades penso que "vampiritzo" i desenvolupo idees alienes o que, donada una idea, senzillament la divulgo i la desenvolupo. Entre les moltes persones a les quals dec idees en aquestes matèries (encara que després les hagi seguides o modificades o n'hagi discrepat) cal esmentar Ana María Fernández Trespallares, Palmira Delgado, Javier Martínez del Moral, Javier Oñate, Tomás Giménez-Duart, Inmaculada Espiñeira Soto, Francisco M. Mariño Pardo, Carlos Jiménez Gallego, Cristina González Beilfuss y Beatriz Añoberos Terradas, etc. o la lectura de treballs aliens que diluciden la matèria, com el de Marta Requejo Isidro que esmentarem.

(2) Raons personals i terminis de lliurament m'impedeixen aprofundir en la matèria com es mereixeria, però crec que és matèria que han de desenvolupar companys amb més criteri.

(3) P. ex. The Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law o the Max Planck Institute for Comparative Law and Private International Law. Per posar un exemple, no deixa de ser un sense sentit que el Notariat espanyol, amb òrgans homòlegs a tota la UE, no tingui la figura de la qual sí que s'ha dotat el CORPME, la figura del delegat del Departament de Relacions Internacionals per a l'Oficina del Col·legi de Registradors a Brussel·les, quan a Europa els registres (servits per funcionaris que no necessiten ni ser llicenciats en Dret i que no cobren un aranzel per a ells, sinó una taxa per a l'Estat) no s'assemblen gens als espanyols.

(4) Com apunta Javier Martínez del Moral en intercanvi privat d'idees: "La STS de 2 de novembre de 2001 Sala II, Ponent Sr. Sierra Gil de la Cuesta", a propòsit de la inscripció de

documents privats en el Registre de Béns Mobles va declarar com *ratio decidendi* que "... la incorporación de un documento privado a un Registro público, sólo hace que, con respecto a terceros, sea constante su fecha, pero tal inscripción no da fe del contenido del documento en cuestión, y así se infiere de lo dispuesto en el artículo 1227 CC". Se pretendía iniciar juicio ejecutivo presentando como título certificación registral".

Per aquest motiu afirmem que s'ha d'emmarcar en els seus termes justos i limitats la Instrucció de 22 de juny de 2020 DGSJFP (BOE de 4 de juliol de 2020), i més quan s'arriba a l'article segon i es llegeix que "El arrendador/vendedor/financiador que haga uso del sistema a que se refiere la presente instrucción, responderá frente al Registro de la adecuación del procedimiento usado a los anteriores requerimientos" i per això el Preàmbul deixa clar que "dada la naturaleza privada de la documentación que accede al Registro". El document privat, per molt que accedeixi a un Registre, continua essent privat, no públic i no pot produir l'efecte d'aquest. També és rotunda i clara la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica l'article 3 de la qual distingeix els documents públics, els oficials i els privats i afirma: "7. Els documents a què es refereix l'apartat anterior tenen el valor i l'eficàcia jurídica que correspon a la seva respectiva naturalesa, de conformitat amb la legislació que els és aplicable."

- (5) Per això és una mala praxi no indicar adequadament la identitat del Notari autor del document que causa la inscripció.
- (6) Només des de la perversió del llenguatge es pot pretendre que un funcionari que no està present en el moment de la veritat, en el de l'autorització davant funcionari públic, davant el Notari, sinó molt després, aporti alguna cosa a la seguretat jurídica "preventiva". Si la seva intervenció és posterior, ja no és preventiva en absolut. S'ha apuntat (Martínez del Moral) que, des del punt de vista de l'anàlisi econòmica del Dret, el sistema registral no aporta res, perquè sempre es perjudica algú (p. ex. el no inscrit), quan un sistema preventiu el que ha d'intentar és evitar que sorgeixi el conflicte.
- (7) P. ex. les tres sentències del TS que declaren que el judici de suficiència dels poders o la representació de societats és competència exclusiva notarial, hauria de conduir a acotar aquestes normes als seus termes justos.
- (8) L'art. 100 RH assenyala que la possible qualificació del registrador "se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro".

- (9) En rigor, els documents públics també haurien de rebre un tractament similar (el judici d'identitat, capacitat, legitimació, consentiment informat i prestació de consentiment, com ara també el control de legalitat de l'acompliment del principi de transparència material en la informació precontractual de préstecs hipotecaris és competència exclusiva notarial), però és cert que en la pràctica s'observa una tendència constant a hipertrofiar la qualificació registral intentant assumir-ne alguna funció.

- (10) *La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro.*

- (11) En relació amb la qualificació registral de les actes de jurisdicció voluntària autoritzades notarialment, no hi ha precepte semblant, però s'ha de prendre en consideració l'article 22. 2 esmentat de la Llei de la jurisdicció voluntària ja que el Notari exerceix aquí la funció de jurisdicció voluntària –fins ara atribuïda també als jutges– en exclusiva, i s'ha d'harmonitzar amb els articles 17 bis de la Llei del Notariat i 18 de la Llei hipotecària.

En virtut del que s'ha exposat, la qualificació registral de les actes notariales de declaracions d'hereus abintestat ha d'abastar la competència del Notari, la congruència del resultat de l'acta amb l'expedient –inclosa la congruència respecte del grup de parents declarats hereus–, les formalitats extrínseques i els obstacles que sorgeixen del Registre.

- (12) *"La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro".*
- (13) Diu la Rs amb un criteri erroni al nostre parer i sense tenir en compte la LJV: "Las Resoluciones de 12 de noviembre de 2011 y 12 de junio de 2012 expresaron lo siguiente: «(...) no puede olvidarse que el procedimiento de declaración de herederos abintestato pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en el sentido indicado".

- (14) El Notari va aplicar la jurisprudència de les SSTS 539/2018, de 28 de setembre i 531/2018, de 26 de setembre. El registrador va negar que es pogués aplicar aquesta jurisprudència sense pronunciament judicial, col·lapsant la tasca dels Tribunals. No seria millor a l'inrevés? Entendre que s'ha de respectar la jurisprudència del TS i acceptar que s'admeti la impugnació del cònjuge divorciat?

- (15) Requejo Isidro, Marta. "El artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho". REEI, núm. 39, juny 2020. DOI: 10.17103/reei.39.03
<http://www.reei.org/index.php/revista/num39/articulos/articulo-3-apartado-2-reglamento-n-6502012-autoridades-judiciales-otros-profesionales-derecho>

- (16) Gómez-Riesco Tabernero de Paz, José María. "El instrumento público como garantía institucional y el notario como autoridad y como órgano de jurisdicción voluntaria: Constitución española y Derecho de la Unión Europea". *Revista Jurídica del Notariado*. Extraordinari 2018. 40 aniversari CE.

- (17) Resposta a les qüestions plantejades per la Comissió de Cultura del CNC a la Jornada "Els Reglaments europeus de règim matrimonial i unions registrades". Barcelona, 13 març 2019.

- (18) Veure l'últim paràgraf dels arts. 3.2 dels Reglaments UE 1103 i 1104/16 "Los Estados miembros notificarán a la Comisión las demás autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 64."

- (19) Vd. art. 3 RN: "El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria..."

- (20) <https://elderecho.com/se-ha-modificado-la-naturaleza-juridica-de-la-funcion-notarial-por-la-ley-152015-de-2-de-julio-de-jurisdiccion-voluntaria>
¿Se ha modificado la naturaleza jurídica de la función notarial por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria?

- (21) "Si bé la màxima garantia dels drets de la ciutadania la dona la intervenció d'un jutge, la desjudicialització de determinats supòsits de jurisdicció voluntària sense contingut jurisdiccional, en els quals predominen els elements de naturalesa administrativa, no posa en risc el compliment de les garanties essencials de tutela dels drets i interessos afectats ... La reforma preveu, amb un criteri de prudència atesa la procedència d'aquests expedients de l'àmbit judicial, certs límits al principi de lliure elecció del notari pel requeridor, ja que estableix criteris de competència territorial que tenen una connexió raonable amb els elements personals o reals de l'expedient. No obstant això, s'avança cap a una flexibilització més gran de les regles



competencials respecte de les vigents actualment en l'àmbit judicial.”

- (22) La R. DGRN de 16 de novembre de 2015 va fer un bon esforç per caracteritzar la jurisdicció voluntària (ometem la part en què explica que després de la Llei de jurisdicció voluntària la qualificació registral no abasta els actes de jutges i Notaris en matèria de jurisdicció voluntària per no ser ara la matèria). D'altra banda, cal recordar la doctrina d'aquesta Direcció General sobre qualificació de la declaració judicial d'hereus com a acte de jurisdicció voluntària, predicable igualment respecte de l'acta de notorietat sobre declaració d'hereus abintestat. Les Resolucions de 12 de novembre de 2011 i 12 de juny de 2012 van expressar el següent: “(...) no puede olvidarse que el procedimiento de declaración de herederos abintestato pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que el juez en rigor no realiza funciones de carácter propiamente jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en el sentido indicado. En efecto, de los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la Constitución resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, y, además, pero sin carácter de exclusividad, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho (cfr. Autos del Tribunal Constitucional 599/1984, de 17 de octubre, y 5856/2005, de 13 de diciembre). Dentro de esta segunda esfera se sitúa la impropia denominada jurisdicción voluntaria, que encuentra su amparo en el apartado 4 del citado precepto constitucional, como función expresamente atribuida a los juzgados y tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, amparado en el artículo 117.3. Ambos tipos de procedimientos, los contenciosos o propiamente jurisdiccionales, y los de jurisdicción voluntaria, tienen un ámbito de aplicación y unas características claramente diferenciadas, siendo los respectivos principios rectores de cada uno de dichos procedimientos también distintos. De este modo, el principio de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, está ausente en la jurisdicción voluntaria, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante. Tampoco está presente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el principio contradictorio, habida

cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional. En definitiva, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria un particular solicita la intervención de un tercero investido de autoridad sin que exista conflicto o contraposición de intereses, según resulta con claridad de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, conforme a la cual los actos de jurisdicción voluntaria son ‘aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas’ (cfr. artículo 1811). Y como dijo este Centro Directivo en su Resolución de 1 de febrero de 2007 (recaída en recurso en materia de Registro Civil), la jurisdicción voluntaria pertenece a ese ‘agregado de actividades que se ha dado en llamar la Administración pública del Derecho privado, también identificada genéricamente como función legitimadora, y cuyas actividades vienen atribuidas por la Ley ya a órganos jurisdiccionales, ya a órganos administrativos, ya a notarios o registradores. Esta función legitimadora, como categoría propia del Estado y con autonomía específica dentro de la administrativa, pero claramente diferenciada de la jurisdiccional, ha sido explicada por la civilística moderna con precisión. Así se afirma que la misión del Estado en orden a la realización del Derecho no sólo supone formular abstractamente la norma jurídica, tarea que entraña la función legislativa, y declarar el Derecho en los casos de violación de la norma, actividad consistente en la función jurisdiccional, sino que exige, además, coadyuvar a la ‘formación, demostración y plena eficacia’ de los derechos en su desenvolvimiento ordinario y pacífico, no litigioso, mediante instituciones que garanticen su legitimidad, confieran autenticidad a los hechos y actos jurídicos que les dan origen y faciliten la publicidad de los derechos que tales actos originen. Y no hay duda de que los procedimientos de declaración de herederos abintestato participan de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. En los mismos no hay propiamente partes procesales, ni actúa el principio de contradicción, ni generan efectos de cosa juzgada. Así lo confirma la propia naturaleza de la función concreta de las resoluciones judiciales de declaración de herederos abintestato. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1964 la define con claridad: ‘la declaración judicial de herederos abintestato no es más que algo individualizador de un llamamiento hereditario operado por virtualidad de una norma legal, carente de eficacia jurídico-material y meramente limitado a justificar formalmente una titularidad sucesoria preexistente ope legis. De tal manera que todo aquello que las separe de esta finalidad resultará incongruente con esta clase

de procedimientos y podrá ser calificado por el registrador. Así lo entendieron ya la Resolución de esta Dirección General de 5 de diciembre de 1945, el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de julio de 1993 y la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de 11 de julio de 2007”.

- (23) La R. DGRN 6 agost 2019 ens recorda que ja “La resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 2015, declara que la jurisdicción voluntaria es un procedimiento con asiento en el art. 117.4 de la Constitución Española, sin dualidad de partes ni fase contradictoria, ni eficacia de cosa juzgada”; i que els procediments de jurisdicció voluntària davant Notari, poden constar en normes diverses (p. ex. interpellatio in iure 1005 CC i en el 461.12 CCAT i 348 del Codi de Dret Foral d'Aragó i la Llei 315 de la compilació o Fur Nou de Navarra).
- (24) “... legislación nacional se enmarca en la normativa europea, relativa a la competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de separación y divorcio –también de nulidad, aunque no afecta al objeto del presente informe– siendo la norma de referencia el Reglamento (CE) n. 1215/2003 –Bruselas II bis– y ley aplicable (Reglamento (UE) n.º 1259/2010 –Roma III) solo para separación y divorcio. De ambas resulta que las separaciones y divorcios ante Notario español, son considerados realizadas ante órgano jurisdiccional atendiendo a la actividad nacional jurisdiccional, en el ámbito de ambos Reglamentos”.
- (25) (14) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe darse al término «órgano jurisdiccional» un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Todo acuerdo que apruebe el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales debe ser reconocido o ejecutado como una «resolución». Cualquier otro acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas del presente Reglamento sobre documentos públicos y acuerdos. El presente Reglamento no debe autorizar la libre circulación de acuerdos meramente privados. Sí debe autorizar, en cambio, la circulación de los acuerdos que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los

notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal.

(26) Cal notar que qui “registra els acords” són els notaris. Una afirmació que té importants derivades. Aquest concepte s’aplica al Notariat. Es pot suscitar així si les “unions registrades” poden ser-ho si es “registren” davant Notari, cosa que alteraria moltes de les afirmacions doctrinals que s’han anat abocant.

(27) (20) El presente Reglamento debe respetar los distintos sistemas para sustanciar sucesiones que se aplican en los Estados miembros. A efectos del presente Reglamento, se debe dotar al término “tribunal” de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal. Todos los tribunales tal como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo. En cambio, el término “tribunal” no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro que, en virtud del Derecho nacional, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros, en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen funciones jurisdiccionales.

(21) El presente Reglamento no afecta a las competencias que los Estados miembros atribuyan a los notarios en materia de sucesiones. La vinculación de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento depende de si están incluidos en la definición de “tribunal” contenida en el mismo.

(22) Los actos expedidos por notarios en materia de sucesiones en los Estados miembros deben circular de acuerdo con el presente Reglamento. Cuando los notarios ejercen funciones jurisdiccionales, están vinculados por las normas de competencia, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones. Cuando los notarios no ejercen funciones jurisdiccionales, no están vinculados por las normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre estos.

(28) R (UE) 1103

(29) El presente Reglamento debe respetar los distintos sistemas para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial que se aplican en los Estados miembros. A efectos del presente Reglamento, el término «órgano jurisdiccional» debe entenderse en un

sentido amplio, que incluye no solo a los órganos jurisdiccionales en el sentido estricto de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinadas cuestiones del régimen económico matrimonial, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen funciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional. Todos los órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el presente Reglamento, deben regirse por las normas de competencia establecidas en el mismo. Por el contrario, el término «órgano jurisdiccional» no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales.

(30) El presente Reglamento debe permitir a todos los notarios competentes en materia de régimen económico matrimonial en los Estados miembros ejercer esas competencias. La sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento debe depender de si están o no incluidos en la definición de «órgano jurisdiccional» a los efectos del presente Reglamento.

(31) Los actos expedidos por los notarios en materia de régimen económico matrimonial en los Estados miembros deben circular de conformidad con el presente Reglamento. Cuando los notarios ejerzan funciones jurisdiccionales, deben estar obligados por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento sobre el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones. Cuando los notarios no ejerzan funciones jurisdiccionales, no deben estar obligados por dichas normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento relativas a los documentos públicos.

(39) El presente Reglamento no debe obstar a que las partes resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto relativo al régimen económico matrimonial, por ejemplo ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir aunque la ley aplicable al régimen económico matrimonial no sea la de dicho Estado miembro.

(29) El R (UE) 1104

(29) El presente Reglamento debe respetar los distintos sistemas para resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de las uni-

ones registradas que se aplican en los Estados miembros. A efectos del presente Reglamento, el término «órgano jurisdiccional» debe entenderse en un sentido amplio, que incluye no solo a los órganos jurisdiccionales en el sentido propio de la palabra, que ejercen funciones judiciales, sino también, por ejemplo, a los notarios de algunos Estados miembros que, en determinados asuntos del régimen patrimonial de las uniones registradas, ejercen funciones judiciales del mismo modo que los órganos jurisdiccionales, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen funciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas por delegación de poderes de un órgano jurisdiccional. Todos los órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el presente Reglamento, deben regirse por las normas de competencia establecidas en el mismo. Por el contrario, el término «órgano jurisdiccional» no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro facultadas con arreglo al Derecho nacional para resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros cuando, como suele ser el caso, no ejercen funciones judiciales.

(30) El presente Reglamento debe permitir a todos los notarios competentes en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas en los Estados miembros ejercer esas competencias. La sujeción de los notarios de un Estado miembro a las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento debe depender de si están o no incluidos en la definición de «órgano jurisdiccional» a los efectos del presente Reglamento.

(31) Los actos expedidos por los notarios en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas en los Estados miembros deben circular de conformidad con el presente Reglamento. Cuando los notarios ejerzan funciones jurisdiccionales, deben estar obligados por las normas de competencia establecidas en el presente Reglamento, y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento sobre el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones judiciales. Cuando los notarios no ejerzan funciones jurisdiccionales, no deben estar obligados por dichas normas de competencia, y los documentos públicos que expidan deben circular de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento relativas a los documentos públicos.

(38) El presente Reglamento no debe obstar a que las partes resuelvan amistosa y extrajudicialmente el asunto, por ejemplo ante un notario, en el Estado miembro de su elección, en caso de que ello sea posible en virtud de la ley de dicho Estado miembro. Tal posibilidad debe existir, aunque la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada no sea la de dicho Estado miembro.



(30)

3.2. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «órgano jurisdiccional» toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de regímenes económicos matrimoniales y que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan:

- a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial;
- b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión las demás autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 64.

3.2. A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «órgano jurisdiccional» toda autoridad judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de una autoridad judicial o bajo su control, siempre que dichas otras autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de todas las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, adoptadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan:

- a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante la autoridad judicial;
- b) tengan una fuerza y unos efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión las demás autoridades y profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 64.

(31) L'acta de notorietat del règim econòmic matrimonial de l'art. 53 LN s'emmarcaria en el cas de la jurisdicció voluntària. Però l'escassa regulació ens fa tenir dubtes. En el decurs d'aquest expedient, ¿pot ser que un cònjuge desitgi que consti un règim i l'altre, un de diferent? En aquest cas, ¿som davant d'una jurisdicció voluntària o contenciosa? Està previst que el Notari doni per concloua l'acta si no es considera acreditat el règim. Només en el cas que el Notari consideri que no queda acreditat podrà acudir a la via judicial. Però la lògica ens diu que també es podria fer alguna mena d'impugnació (judicial, mai registral) de la resolució notarial.

(32) (46) En este sentido debe señalarse que el objetivo del Reglamento nº 650/2012, que persigue asegurar la correcta administración de justicia en la Unión Europea, se vería seriamente amenazado si cada Estado miembro pudiera, absteniéndose de incluir en la comunicación a la Comisión contemplada en el artículo 79 del Reglamento nº 650/2012 o, por el contrario, inscribiendo sus nombres en ella, a las autoridades y los profesionales del Derecho que ejercen funciones jurisdiccionales en condiciones iguales a las de los tribunales, determinar la calificación de «tribunal», en el sentido del artículo 3, apartado 2, párrafo primero, de dicho Reglamento, sin que concurran los requisitos establecidos expresamente en esa disposición.

47 De este modo, no cabe deducir de la falta de notificación a la Comisión por parte de la República de Polonia de los notarios polacos, en el sentido del artículo 79 del Reglamento nº 650/2012, que estos no puedan recibir la calificación de «tribunal» cuando cumplan los requisitos establecidos por dicho Reglamento.

48 Se sigue de lo anterior que reviste un valor meramente indicativo el hecho de que la República de Polonia no haya realizado la notificación, prevista en el artículo 3, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento nº 650/2012, de que los notarios ejercen funciones jurisdiccionales.

(33) (55) A este respecto debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado que el ejercicio de funciones jurisdiccionales implica disponer de la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los posibles puntos controvertidos que existan entre las partes en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 1994, Solo Kleinmotoren, C-414/92, EU:C:1994:221, apartados 17 y 18). Para que se considere que una autoridad, habida cuenta de la naturaleza específica de la actividad que lleva a cabo, ejerce una función jurisdiccional, esta autoridad debe tener reconocida la facultad de resolver un eventual litigio (véase, en este sentido, el auto de 24 de marzo de 2011, Bengtsson, C-344/09, EU:C:2011:174, apartado 19 y jurisprudencia citada). Este no es el caso cuando la competencia del profesional en cuestión depende exclusivamente de la voluntad de las partes.

(56) En consecuencia, debe considerarse que una autoridad ejerce funciones jurisdiccionales cuando puede ser competente en caso de que exista una controversia en materia de sucesiones. Este criterio se aplica con independencia de que el procedimiento de expedición de un certificado de título sucesorio sea de naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de junio de 2018, Oberle, C-20/17, EU:C:2018:485, apartado 44).

(34) Hem treballat sobre l'«edició provisional». <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=224736&pagelndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=967432>

(35) b) ¿Sujeción a las reglas de competencia judicial previstas en el Reglamento?

74. La calificación de una autoridad no judicial (o de un profesional del derecho) como «tribunal», en el sentido del Reglamento, genera dos consecuencias: una, en el contexto de la competencia judicial internacional; otra, en el del régimen de circulación del producto de su actividad.

75. Cuando la autoridad no judicial (o el profesional del derecho) actúa como «tribunal», entonces, y únicamente entonces, queda sujeta a las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento. (23) Se garantiza, de este modo, que sus intervenciones darán satisfacción al objetivo de proximidad entre la autoridad y la sucesión, necesaria para la buena administración de la justicia, y al de evitar la fragmentación de la sucesión en cuanto al fondo. (24)

76. Fuera de este supuesto, el notario no está sujeto a las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento. Por extensión, tampoco le corresponde determinar si los tribunales de la jurisdicción en la que ejerce son competentes con carácter general para, en un segundo paso, decidir sobre su propia competencia, en cuanto notario, conforme a la distribución territorial que opere la ley del foro.

(36) 81. De la información proporcionada por el tribunal de reenvío, que fue confirmada en la vista, se desprende que un notario lituano carece de competencia para resolver sobre los extremos controvertidos que existan entre las partes. No ostenta la facultad de establecer elementos de hecho que no sean claros y evidentes, ni de pronunciarse sobre hechos controvertidos; cuando hay dudas sobre el contenido del testamento, no le concierne explicarlo, ni puede seguir la interpretación que ofrece uno de los herederos, ni, si hay desacuerdo entre estos, dilucidar qué comprensión del texto refleja la voluntad real del de cuius.

82. Ante cualquier controversia o duda, el notario lituano debe abstenerse de decidir, siendo el juez quien ha de resolver. Son las autoridades judiciales las que, en todo caso, dirimen litigios sobre el lugar de apertura de la sucesión, la validez del testamento, su ejecución, o la administración de la sucesión, entre otros. (26)

83. De estas informaciones (que el tribunal de reenvío deberá corroborar) se infiere que la expedición de un certificado de derechos sucesorios nacional por los notarios lituanos no comporta el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Esos notarios no son, pues, «tribunal» del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 650/2012.

84. Como consecuencia de lo anterior, el notario lituano no está sujeto a las reglas de com-

petencia judicial internacional del Reglamento ni condicionado por la circunstancia de que estas confieran, o no, competencia judicial a los órganos jurisdiccionales lituanos para dirimir un litigio acerca de la sucesión.

(37) L'art. 56 LN: *Cualquier interesado podrá oponerse a la pretensión, presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio dentro del plazo de un mes a contar desde el día de la publicación o, en su caso, de la última exposición del anuncio.*

(38) Ens centrem en quan les exerceix *per se*, perquè per delegació dels jutges no és la figura del nostre Dret.

(39) La STJUE de 16 de juliol 2020 (EE) assenyala en el punt 73 que s'ha de seguir una interpretació autònoma del concepte d'autenticitat: veracitat del document, requisits formals, facultats de l'autoritat, procediment seguit, compronent els fets consignats, la compareixença de les parts, la data i les declaracions formulades.

(40) 2. *A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «tribunal» todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes*

de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan:

a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y

b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 79.

(41) Fernández de Buján i Fernández, Antonio. *La cosa jutjada en la Llei 15/2015 de la jurisdicció voluntària.*

(42) La STJUE de 21 de juny de 2018 (Oberle, assumpte C-20/17) només havia dit en el punt 44: *44 En consecuencia, el artículo 4 del Reglamento n.º 650/2012 determina la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros relativa a los procedimientos sobre medidas acerca de la totalidad de una sucesión, tales como, en particular, la expedición de los certificados sucesorios nacionales, con independencia de la naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria de esos procedimientos.*

(43) *op. cit.*

(44) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214397&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=40877>

(45) Un mer exemple d'absurds: ningú no entén en el món actual que una societat se signi en notaria en minuts o hores i després s'hagi d'esperar la inscripció durant quinze dies per a la inscripció i deu dies més per tal de notificar aquesta qualificació (en el supòsit que s'hagi fet en el termini de quinze dies). Cal afegir que aquests dies han de ser hàbils. Tampoc no entén ningú que no es pugui estar segur en temps real de la situació de càrregues dels immobles. No es pot explicar senzillament perquè cap ment racional consideraria un sistema idoni aquestes demores i inseguretats, i més perquè quan es vol (com en les constitucions de societats per Notari i el CIRCE) la inscripció es produeix en hores...

(46) Demano disculpes per no poder aprofundir més. Em vaig comprometre a presentar en temps i termini i circumstàncies personals han complicat poder complir com m'hauria agradat. Malgrat això, crec que és important aportar, amb humilitat, aquestes idees.

Drets legals d'adquisició preferent en matèria d'habitatge a Catalunya

Víctor J. Asensio Borrellas
Notari de Malgrat de Mar

1. INTRODUCCIÓ

Per a l'adquisició d'habitatge, de sòls destinats a habitatge o a altres finalitats socials o d'interès públic, sembla que l'Administració ha trobat en l'exercici del tanteig i del retracte una solució ràpida, econòmica i eficaç respecte d'altres possibilitats amb les quals continua coexistint com l'expropiació. En exercir aquests drets d'adquisició preferent no cal una valoració prèvia ni el llarg i, a vegades, tediós expedient d'expropiació forçosa. Amb aquests drets, l'Administració s'assegura una possible adquisició d'un bé que li interessa i a un bon preu, o si no ho considera com tal, sempre pot no exercir-los.

L'acumulació de diferents regulacions d'aquests drets, amb objectes, terminis, beneficiaris i formes d'exercici diferents fa que el coneixement en sigui cada dia més complex i la seva aplicació pràctica encara més, si és possible.

En aquest article estudiarem la regulació actual dels principals d'aquests drets, l'última reforma dels quals s'ha produït amb els Decrets 17/2019 i 1/2020. Es tracta de normes administratives, evidentment, però de vital incidència en el Dret privat o, almenys, en la manera de dur a terme els negocis privats sobre els objectes que afecta, entre els quals trobem els habitatges com un dels principals supòsits.



2. SISTEMÀTICA

El primer que veiem és la pobra o directament mala sistemàtica existent en la regulació d'aquests drets. Les regulacions de cada dret es troben en normes diferents cosa que, a més, en algun cas no és la pertinent. Així tenim:

1.- Dret d'adquisició preferent en àrees destinades al patrimoni públic de sòl i habitatge. Regulats en la Llei d'urbanisme de Catalunya (LUC). Article 172 i 174.

2.- Drets de tanteig i retracte en relació amb els objectius dels plans locals d'habitatge. Similar a l'anterior i regulat a l'article 15 de la Llei d'habitatge de Catalunya (LHC). I, també, en els diferents planejaments en els quals s'ha constituït, en què destaca la situació del municipi de Barcelona amb l'Edicte de 14 de desembre de 2018.

3.- Drets de tanteig i retracte de sòl reservat a l'ús d'habitatge de protecció oficial. Regulats en la LUC, articles 173.1.a. i 174. També en la LHC, articles 87 i següents.

4.- Drets de tanteig i retracte sobre edificis sencers. Regulats en la LUC, articles 173.1.b. i 174.

5.- Drets d'opció i retracte en habitatges de protecció oficial. Regulats en la LHC, articles 86 a 91.

6.- Drets de tanteig i retracte sobre habitatges que provenen d'execucions hipotecàries. Regulats en el Decret 1/2015 de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària. I també per remissió als articles 86 a 91 LHC.

Els he exposat i els estudiarem seguint "l'ordre" de les lleis, articles 172 LUC, 15 LHC (que deriva de l'anterior article 172 LUC), 173 LUC i RD 1/2015.

3. DRET D'ADQUISICIÓ PREFERENT EN ÀREES DESTINADES AL PATRIMONI PÚBLIC DE SÒL I HABITATGE

Com hem avançat, es troben regulats en l'article 172 de la Llei d'urbanisme de Catalunya.

I també és en aquest tipus de dret o podríem enquadrar els drets del 15 LHC, encara que, si som rigorosos, després de les darreres reformes trobem diferències importants, per la qual cosa els veurem després.

D'aquests drets de l'article 172 LUC des- taquem:

1. Definició de les àrees destinades al patrimoni públic de sòl i habitatge.

La trobem en l'article 160 de la Llei d'Urbanisme ⁽¹⁾. Es tracta d'aquelles àrees destinades a una finalitat social o d'interès públic, no únicament per a l'accés a l'habitatge de la població, sinó també a d'altres com l'expansió de la població, la millora de la seva qualitat de vida o, fins i tot, la protecció del sòl no urbanitzable. Per tant, en sòl rústic hi pot haver aquests drets. Aquí ja veiem una diferència d'aquestes àrees de tanteig i retracte del 172 LUC amb les de l'article 15 LHC que es refereixen exclusivament a habitatges.

També cal distingir aquestes àrees d'aquelles que tenen per objecte els tantejos i retractes del sòl reservat a l'ús d'habitatge de protecció oficial, que veurem després, regulats en el 173.1.a. LUC. Ara bé,



ambdues àrees poden coincidir, ja que les del "sòl reservat a l'ús d'habitatge de protecció oficial" poden ser dins les primeres que ara veurem, que són més genèriques.

Conflicte de drets

En el cas que coincideixin ja tenim un possible conflicte de drets. Quin preval? Si es tracta de la mateixa Administració, la qüestió és més teòrica que pràctica perquè, sigui quin sigui el règim, del 173 o del 172, igualment s'ha de notificar a aquesta Administració.

En tot cas, si són diverses les Administracions implicades la solució ens la proporciona l'article 174.5 LUC que diu que n'hi ha prou que l'administrat ho comuniqui a qualsevol de les Administracions amb dret d'adquisició preferent, la qual ha de comunicar aquest fet a l'altra o les altres i totes s'han de "coordinar" entre elles. A més, aquest mateix article ens diu (en cas de conflicte) que són preferents els tantejos del 173, és a dir que el que tractem ara no és preferent ⁽²⁾.

El fonament d'aquesta preferència segurament és que s'ha considerat més necessitat de protecció i més important el dret a l'habitatge que els altres drets que intenta protegir el 172, ja que aquell és un dret fonamental d'acord amb l'article 47 de la Constitució.

Règim jurídic

Aquest tipus de drets requereixen una constitució expressa. Només pel que pre-

veu la llei, aquests drets no existeixen; **és necessari que el municipi o la Generalitat constitueixi aquests drets**. Per això s'ha d'actuar com estableix l'article 172 LUC que es el que els regula.

Procedim a sistematitzar aquest article 172 ⁽³⁾.

1r. Cal delimitar aquesta classe de sòl mitjançant un "*projecte de delimitació de les àrees*". Això es pot fer en el plantejament urbanístic corresponent o mitjançant un instrument separat. Ara bé, si tot el municipi es vol delimitar com aquest tipus d'àrea, llavors és obligatori que ho delimiti el plantejament general.

2n. La delimitació ha de ser motivada. En delimitar aquestes àrees cal "*especificar la finalitat concreta que justifiqui l'adquisició de béns i dret en aquesta àrea*".

La motivació és respecte de la delimitació de l'àrea, però entenc que l'exercici del dret de tanteig ha de respondre a aquesta finalitat, ja que l'actuació de l'Administració no pot ser arbitrària. Aquí s'obre una porta per a impugnar l'exercici d'un tanteig si, en el cas concret, aquest exercici no respon a la motivació de la delimitació d'aquesta àrea.

En aquesta motivació trobem diverses possibilitats: l'article 172 LUC es remet al 160.5 que hem vist abans i que fa referència a les finalitats d'interès públic urbanístic, inclòs el sòl no urbà.

3er. La delimitació ha d'establir el règim previst per a l'adquisició del sòl o dels béns



en aquestes àrees. Aquí és on trobem els nostres drets de tanteig i retracte. L'article 172 proporciona 2 opcions per l'adquisició de sòl en aquestes àrees:

1.- L'expropiació. No entrarem en l'estudi d'aquest tema.

2.- La constitució de drets de tanteig i retracte. D'acord amb aquest article 172 LUC:

a.- Cal determinar un termini d'exigència, el màxim del qual és de 12 anys.

b.- Cal identificar el seu objecte: els terrenys i els edificis afectats amb indicació dels carrers, polígons, sectors o paratges afectats. O bé, com avançàvem, es pot establir en el planejament general que sigui tot el municipi i llavors no cal aquesta identificació.

c.- Se'n limita l'origen: el dret de tanteig només es constituirà respecte de les transmissions oneroses i diu l'article expressament que "incloent-hi les que es duen a terme mitjançant l'adquisició d'accions o participacions socials a canvi de l'aportació de la titularitat de l'immoble afectat".

d.- En relació amb el seu exercici: no ho regula el 172 perquè es preveu de manera conjunta per a tots els tantejos i retractes urbanístics en l'article 174 LUC.

e.- Se'n "permet" la inscripció. El dret de tanteig es pot inscriure en el Registre de

la Propietat d'acord amb la legislació en la matèria.

Els apartats a.- i b.- al meu parer no plantegen gaires problemes, el d.- prefereixo abordar-lo de manera més àmplia en tractar els casos del 173 LUC, per la qual cosa ara veurem els apartats c.- i d.-.

Origen del dret de tanteig: negocis jurídics

Són les transmissions oneroses. Això suposa una diferència important respecte de la configuració tradicional del dret de tanteig i retracte del Dret civil comú, però no del Dret civil català. Tradicionalment, el tanteig prové de poder pagar un "tant", equiparable al preu de la venda. Així sembla que resulta de l'article 1521 del Codi civil que limita els retractes legals als casos de compra o dació en pagament. El Codi civil de Catalunya també preveu aquesta limitació en l'article 568-18 en el cas de confrontants i en el 568-23 per a la torneria. No obstant això, el Dret civil català està ple de casos en els quals aquests drets no es limiten a vendes o dacions en pagament.

El cas principal, el tanteig i retracte de comuner, es regula en l'article 552-4 en els casos "d'alienació a títol oneros" i "pel mateix preu o valor i en les condicions convingudes amb aquelles". En l'article 561-10, en el cas de "transmissió" del dret d'usdefruit, fins i tot s'estén a les transmissions gratuïtes. En la fadiga, l'article 565-5 parla novament

d'alienacions "a títol oneros". I en els tantejos i retractes voluntaris, sens perjudici de l'autonomia privada, l'article 568-14 diu que, a manca de pacte, es poden exercir en la primera transmissió "onerosa".

En el cas de tantejos i retractes de l'Administració objecte d'aquest article sempre es tractarà de transmissions "oneroses", encara que hi hagin especialitats en cada cas.

En el tanteig i retracte que ara ens ocupa la norma parla clarament de "transmissions oneroses". Això seria suficient per saber quan existirà aquest dret perquè doctrinalment està ben definit què és una transmissió onerosa (amb contraprestació) davant una altra que no ho és, gratuïta (sense contraprestació). això Amb tot, i per evitar dubtes, s'inclou expressament "l'adquisició d'accions o participacions socials a canvi de l'aportació de la titularitat de l'immoble afectat".

Al meu parer, l'aclariment que fa la llei confon més que aclareix,. No calia: on la llei no distingeix, no s'ha de distingir i aquests casos hi entrarien sense més. Però la llei distingeix, llavors? El fet de fer constar expressament aquest cas suposa que en els altres no hi haurà tanteig? I si es tracta d'una permuta? I, fins i tot, d'una dació en pagament? Al meu parer cal entendre que sí, encara que a la pràctica pugui donar lloc a problemes de valoració de la contraprestació. Caldrà estar al cas concret per a aquesta valoració. Imaginem-nos que es permuta un sòl d'aquesta àrea per un o diversos béns perfectament valorables com a actius financers o que en la mateixa escriptura es determina el valor que s'atribueix a la permuta (cosa que sempre es fa per imperatius fiscals, la qual cosa em permet un incís important: compte amb les valoracions baixes a efectes fiscals i la possible aplicació de la teoria de no anar en contra del actes propis). També en el cas de dació en pagament s'ha de determinar el deute i valorar l'immoble transmès fent constar si s'ha produït o no condonació parcial d'aquest deute (o s'hauria de fer). Novament aquí compte amb les condonacions i la baixa valoració a efectes fiscals perquè el preu serà el deute pagat o compensat, no el deute condonat.

En definitiva, no es parla de "venda" (com fa la LAU en l'article 25, per exemple), sinó de "transmissions oneroses" i, a més, s'utilitza el gerundi "incloent-hi" que fa que el cas següent (aportacions societàries) sembli que és merament a títol enunciatiu i no ex-

haustiu. No obstant això, sempre algú pot intentar utilitzar l'argument "en contra".

Respecte del cas concret d'aportacions d'immobles a les societats són necessàries dues puntualitzacions:

1.- Cal determinar el valor dels immobles. En el cas de les societats cal entendre que és el valor nominal de les accions o participacions socials. I en el cas d'un augment de capital, aquest valor juntament amb la prima d'emissió.

En definitiva, no es parla de "venda" (com fa la LAU en l'article 25, per exemple), sinó de "transmissions oneroses" i, a més, s'utilitza el gerundi "incloent-hi" que fa que el cas següent (aportacions societàries) sembli que és merament a títol enunciatiu i no exhaustiu. No obstant això, sempre algú pot intentar utilitzar l'argument "en contra"

2.- Cal distingir aquest cas del de transmetre accions o participacions de societats que tenen els immobles (com es fa i s'inclou, per exemple, en la MPGM de Barcelona). Aquest no és el cas que preveu la norma i, a manca d'una expressió expressa i encara que es pugui titllar de frau de llei, jo crec que no entraria en el supòsit de fet de la norma. Es transmet un objecte diferent, el tanteig és una limitació del domini d'interpretació restrictiva (en principi) i, a més, en d'altres normes sí que s'ha previst el cas de la venda d'accions i això fa que l'argument en contra agafi força. En concret, en el cas que dèiem de les modificacions introduïdes en el Planejament de Barcelona per part de l'Edicte de 14 de desembre de 2018. I, a més, la modificació recent d'aquesta norma (de l'article 172 LUC) és posterior a l'edecte anterior i en aquesta modificació no s'ha previst expressament com feia aquell. Això no obsta que, si realment s'ha utilitzat injustificadament la transmissió d'accions o participacions socials en frau de la norma, mitjançant els processos judicials corresponents es pugui arribar a exercir el retracte.

Aportació i transmissió d'una part indivisa: Al meu parer no hi hauria d'haver dret de tanteig i retracte perquè no hi ha identitat



d'objecte, però aquesta no és la interpretació que ha donat la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques. En la seva resolució JUS/743/2020, de 12 de març de 2020 i en relació amb l'article 15 LHC i l'Edicte 14/12/2019 de l'Ajuntament de Barcelona que, com dèiem, té una naturalesa molt semblant a la del 172 LUC, la Direcció ha considerat que sí que existeixen els drets de l'Administració en el cas de venda de part indivisa. La Resolució ressenyada diu que *"A criteri d'aquesta Direcció General, al vendre A. M. P. la totalitat de la seva participació en l'immoble tal com consta a l'escriptura notarial, el dret de tanteig i retracte a favor de l'Ajuntament de Barcelona és plenament vigent i eficaç, i ha de notificar la venedora a l'Administració local la decisió de vendre la seva part, i les condicions essencials de la transmissió, sense perjudici del dret de l'altra copropietària, que en el supòsit de voler exercir el seu dret de retracte haurà d'acudir a la via judicial."*

Aquesta és la situació actual i a la pràctica ens hi hem de cenyir, encara que des d'un punt de vista doctrinal sigui discutible. La Direcció General es basa, d'una banda, en el fet que la venda de la totalitat de la part indivisa del transmissent és el 100% de l'immoble per a ella. És un argument que deixa el dubte de què passaria si s'hagués venut una participació menor de la totalitat de la venedora, com si la venedora fos titular del 100% i hagués transmès aquest 50% o un percentatge qualsevol inferior al 100%.

D'altra banda, la Resolució diu que no admetre aquests drets en aquests casos po-

dria donar lloc a *"una situació clara de frau de llei"* en el cas que s'arribessin a vendre totes les participacions en diferents moments sense l'existència d'aquests drets. Encara que, respecte d'això, es podria discutir que només quan es transmetin la totalitat de les participacions és quan hi podria haver frau i, en el cas que es produís, es podria acudir als tribunals. La situació tracta d'evitar un frau gairebé "presumint-lo" quan no sempre n'hi haurà i fins i tot el normal serà que no n'hi hagi. No obstant això, avui dia i amb la Resolució ressenyada és clar que, en el cas d'aportació de part indivisa, naixerà el dret i caldrà notificar, tret d'un canvi de criteri de la Direcció General o de decisions jurisprudencials que avui dia no s'han produït.

Veiem en aquesta resolució la interpretació extensiva que fa la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques per afavorir aquests drets de l'Administració, pel seu caràcter social, davant la interpretació tradicional restrictiva que sembla que hauria d'afectar els drets limitatius del domini. I aquesta resolució no és l'únic exemple, com tindrem l'oportunitat d'exposar.

Conflicte de drets d'adquisició preferent. Finalment, el reconeixement d'aquests drets en el cas de transmissió d'una part indivisa pot suposar un conflicte amb el tanteig i retracte de comuners. Abans hem vist abans la possible existència de diversos retractes (del 172 i 173 LUC) i la seva solució, però aquests retractes eren de caràcter administratiu. La Llei no dona una solució al conflicte amb el retracte de comuners (perquè potser no s'hauria de produir), però la

Resolució que hem vist sembla que dona preferència a aquest darrer, encara que per a l'exercici remet als tribunals. Entenc que amb una comunicació a l'Administració aquesta hauria de reconèixer el dret i permetre el retracte. Si no és així és quan s'hauria d'acudir als tribunals els quals determinaran aquesta preferència i, si és **el cas**, l'execució del seu exercici.

El conflicte també es podria donar amb altres tantejos i retractes existents en Dret civil (usufructuaris, censataris, etc.) i no tenim una norma a l'efecte com abans. Per això crec que s'hauria d'aplicar el que disposa l'article 568-27 del Codi civil de Catalunya, que estableix un ordre de preferència en els drets d'adquisició preferent: copropietaris i cohereus, la torneria, usufructuaris, censataris, arrendataris, confrontants i, finalment, estableix que "4. El que estableix aquest article s'entén sens perjudici del que estableix l'article 568-26 amb relació a la torneria i del que estableixen les lleis especials amb relació als retractes establerts a favor de la Generalitat, l'Estat o les corporacions locals." Entenc que són aquestes lleis especials les que han d'establir aquesta preferència i, a manca de disposició expressa, no tenen preferència especial i haurien de quedar al final. Encara que dic això amb la cautela que mereix la interpretació cada cop més extensiva que la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat està fent d'aquests drets.

Qualsevol transmissió: primera, segona i posteriors. El supòsit de fet de la norma no es limita a les primeres transmissions,

però tampoc no es regula expressament que es produeixi en les segones i posteriors, a diferència del tanteig en el cas de béns procedents d'execucions hipotecàries (que veurem després). En aquest cas, per la mateixa naturalesa d'aquests drets, cal entendre que s'*originaran* en totes les transmissions que es produeixin durant la seva vigència, en primeres, segones o posteriors, com passa en d'altres supòsits de tanteigs i retractes legals (a diferència dels convencionals). Sempre que es produeixi el supòsit de fet, naixeran els drets de l'Administració. Precisament per això, a més, s'estableix un termini màxim de la seva existència de 12 anys. I té sentit i és conforme amb la finalitat d'aquests drets perquè potser no sigui en la primera, sinó que en una segona o transmissió posterior s'obtingui un bon preu o valor pel qual tantejar.

d.- Inscripció registral

L'article permet expressament la inscripció registral d'aquests drets i al meu parer ho fa per dissipar dubtes: la possibilitat de la seva inscripció podria xocar amb la no-inscripció dels drets de tanteig legals. Però, per una banda, hem dit que aquests no són d'origen totalment legal, sinó que la seva constitució requereix un instrument més: un plantejament especial o general. I, a més, el caràcter normatiu tant de la llei com del planejament dels quals procedeix el tanteig podria donar lloc a dubtes sobre si, tot i que sigui necessari inscriure, això no fos possible perquè és un tipus de tanteig legal (que ho és). Per evitar dubtes, es per-

met expressament aquesta inscripció subjecta a les normes registrals ordinàries.

L'objectiu ha de ser evitar possibles tercers de bona fe. Ara bé, si l'existència del tanteig prové d'un planejament, que és una norma de compliment obligatori, llavors es pot considerar l'adquirent com de bona fe? És una qüestió que té arguments a favor i en contra.

Personalment, i encara que no m'acaba d'agradar a la pràctica, crec que la solució correcta és la inexistència de tercers de bona fe malgrat la no-inscripció sobre la base dels arguments següents, sabent que n'hi pot haver d'altres en contra:

a.- El planejament d'una norma, la ignorància de la qual no n'excusa el compliment.

b.- La diligència exigible a qualsevol adquirent si passa per conèixer les normes urbanístiques de l'objecte comprat.

c.- L'eventual perjudici de l'adquirent és petit, puix que, en ser un tanteig, rebrà la mateixa quantitat lliurada.

d.- Tot això sens perjudici de la responsabilitat eventual del venedor pels altres danys i perjudicis que hi pugui haver, sobretot si és un cas de compravenda de consumidors.

També és important que, a diferència d'altres tantejos, en relació amb la transmissió feta sense les notificacions corresponents, no es diu expressament que s'impeixi l'atorgament de l'escriptura pública ni la inscripció corresponent en el Registre de la Propietat. Entenc, doncs, que seria possible tal atorgament d'escriptura i la inscripció a manca d'una norma similar a la de l'article 135 de la LHC que veurem i que imposa aquest tancament als altres tantejos si falten les notificacions a l'Administració.

Aquest argument es reforça pel fet que la redacció anterior de l'article 172 apartat 7 establia expressament que "La manca d'acreditació d'haver-se notificat segons el reglament l'alienació de béns afectats per delimitacions d'àrees impedeix la inscripció en el Registre de la Propietat de la transmissió efectuada". Aquest apartat ha estat derogat expressament per la redacció actual que ja no fa referència al tancament registral, sinó a la seva "possible inscripció".

A més, amb l'article 174, que veurem després, es regulen les conseqüències d'una



transmissió sense notificació o mal notificada, comptant el temps des de la inscripció.

És possible que algun registre entengui aplicable l'article 135.2 LHC, que estableix aquest tancament registral, perquè, a manca de notificacions, serà difícil que l'Administració pugui exercir els seus drets d'adquisició preferent. Però no s'estableix expressament, com passa en altres casos que veurem, que la manca d'un tanteig fa, precisament, que neixi el retracte, i ja hi ha tantejos i retractes legals que permeten l'atorgament d'escriptura (amb les advertències corresponents) i la inscripció, com passa amb el de comuns i el de confrontants. Al meu parer sí que s'hauria de permetre la inscripció, encara que potser la qüestió s'arribarà a plantejar davant la DGDEJ.

Això sí, a manca de notificacions prèvies a la transmissió, el tanteig es convertirà en retracte per aplicació de la normativa civil: qualsevol tanteig comporta el retracte en els termes de l'article 568-15 CCCat: si la manca de notificació fefaent dels elements essencial o si la transmissió es fa en condicions diferents o abans de vèncer el termini per a tantejar⁽⁴⁾.

4. DRETS DE TANTEIG I RETRACTE EN RELACIÓ AMB ELS OBJECTIUS DELS PLANS LOCALS D'HABITATGE

Serien els regulats per l'article 15 LHC. Aquest article també preveu la possibilitat de declarar unes àrees de tanteig i retracte i conté una regulació específica. Hi ha qui podria considerar-lo el mateix tipus de dret que el del 172 LUC (i potser abans ho era, ja que la seva regulació procedia d'aquest article), però després de les darreres modificacions introduïdes pels decrets esmentats abans una anàlisi profunda ho desmenteix, la qual cosa és deguda precisament al fet que aquestes modificacions s'han introduït en l'article 172 LUC però no en el 15 LHC. Ara veurem aquí uns elements especials d'aquest article 15⁽⁵⁾.

1.- Es requereix la constitució expressa d'aquest dret mitjançant delimitació en el planejament de les àrees de tanteig i retracte. I igualment requereixen motivació. Això sí que seria igual que el cas de l'article 172 LUC.

2.- La finalitat és una mica diferent. en el sentit que la del 172 LUC és més ampla i la del 15 LHC es limita a política d'habitatge.



3.- L'objecte també és diferent, derivat de la finalitat anterior: edificis sencers destinats principalment a habitatge i habitatges concrets ubicats a les àrees delimitades. Però es preveu un cas especial: la transmissió de participacions o d'accions de societats d'objecte immobiliari tenidores d'aquests habitatges o edificis. Sembla una norma que tracta d'evitar un frau de llei (en la línia de la resolució vista abans de 12 de març de 2020, si bé la llei és anterior). Al meu parer és criticable perquè, d'una banda, davant el frau de llei sempre és possible anar als tribunals i, de l'altra, una norma com aquesta tindrà una aplicació pràctica poc viable: el Notari no pot controlar els actius de la societat que es ven. A tot estirar, si hi ha algun indici d'aplicabilitat (qualsevol societat d'objecte immobiliari?), les parts haurien de manifestar que no són tenidores d'aquests habitatges o edificis o, potser de manera més senzilla, dir que la transmissió no està subjecta a aquests drets. Queda, per tant i inevitablement, a les manifestacions i a la bona fe d'uns atorgants que, si pretenen el frau, no la tindran.

4.- Respecte dels negocis jurídics que donen lloc a l'existència d'aquests drets, només es parla de "transmissió" sense delimitar si és o no onerosa, i si es produeix en primeres o també en segones i transmissions posteriors, però per la seva naturalesa cal entendre que sí que han de ser oneroses. L'onerositat resultaria de la naturalesa dels drets de tanteig i retracte, perquè en Dret civil català crec que només existeix com a supòsit de tanteig en transmissió

gratuïta el cas de l'usufructuari i s'estableix de manera expressa; i l'article 568-14 CCCat disposa l'onerositat de la transmissió en defecte de pacte en el retracte convencional i, per aplicació analògica, diria jo, això seria aplicable a aquests drets a manca de regulació expressa. I com passa amb el cas anterior hi haurà els tantejos i retractes en segones i transmissions posteriors pels mateixos arguments exposats al moment oportú.

Sí que destaquen com a diferències:

a) Que sí que es preveu expressament la transmissió d'accions i de participacions de societats immobiliàries en el sentit que acabem de veure en els paràgrafs anteriors i que només seria aplicable a aquests tantejos i retractes del 15 LHC, no als anteriors del 172 LUC, i

b) Que no es preveu expressament el cas de les transmissions a canvi d'accions o de participacions en augments, constitució de societats, etc. En aquets cas i encara que no es prevegi expressament, sí que hi haurà tanteig i retracte en aquests casos perquè, per la seva pròpia naturalesa, es tracta de transmissions "oneroses", d'acord amb els mateixos arguments abans exposats.

De fet, tota la resta que abans hem vist sobre els negocis jurídics dels tantejos anteriors de l'article 172 LUC entenc que serien aplicables perfectament a aquests casos de l'article 15 LHC. També el possible conflicte entre drets d'adquisició preferent.

5.- Es preveu la figura del "beneficiari" del tanteig diferent de l'Administració, en



cara que sense terminologia. En aquest cas aquests beneficiaris se'ls pot imposar condicions sobre ús i dedicació de l'immoble adquirit.

Aquesta figura del beneficiari també la veurem en els casos de l'article 173 LUC. I també és una diferència amb l'article 172 LUC.

6.- Es preveu una norma estranya. En aquestes àrees no és possible fer transmissions sota cap concepte (!) si l'immoble és un habitatge i no compleix ni pot complir les obres de rehabilitació pertinents, les condicions d'habitabilitat exigides legalment.

Cal relacionar aquesta norma amb el que disposa l'article 132 LHC que impedeix la transmissió a títol oneros d'habitatges sense cèdula o, si no n'hi ha, sense l'informe tècnic que digui que complirà les condicions d'habitabilitat si es fan les obres corresponents. Però prohibir la transmissió "per cap títol" em sembla excessiu i fins i tot inacceptable. S'haurà de transmetre a títol successori, sinó, en el cas de defunció del seu titular, de qui serà la propietat? És millor interpretar que ens trobem en matèria de tantejos i que es refereix a transmissions oneroses per "qualsevol títol de transmissió" però oneroses, encara que la literalitat de la norma no ajudi a fer aquesta interpretació.

7.- Es diu que s'aplicarà la normativa urbanística a la delimitació d'aquestes àrees de tanteig i també, i això és important, a l'exercici d'aquests drets.

Per tant, s'aplicarà el procediment de l'article 174 LUC, igual que per al cas anterior del 172 LUC. Aquest article l'estudiarem després. Però en aquest cas del 15 LHC en l'exercici hi ha una diferència fonamental: també s'aplicaran els articles 134 i 135 LHC als tantejos i retractes de l'article 15 LHC (que no són nous) per disposició expressa de l'article 134.4 LHC ⁽⁶⁾. A la pràctica hi ha una diferència fonamental: l'article 134 LHC exigeix que s'acrediti al Notari autoritzant la pràctica de les notificacions corresponents al tanteig que s'han de testimoniar a l'escriptura. I el 135 impedeix la inscripció sense aquesta acreditació, la qual cosa fa que, si hi ha escriptura i inscripció, el retracte no es pot produir perquè la inexistència de les notificacions del tanteig veta l'escriptura i la inscripció en el Registre de la Propietat. A la pràctica, el que es testimonia és la declaració de l'Administració de l'exercici o no dels drets de tanteig, declaració que no és, però que sí que pressuposa l'existència de les notificacions. A més, el 135.2 disposa que:

"Les limitacions establertes per la regulació dels drets d'adquisició preferent de l'Administració pública, i les garanties de l'exercici d'aquests drets, s'han de consignar expressament en la corresponent inscripció registral, en els termes establerts per aquesta llei i per la legislació hipotecària."

És a dir, les limitacions derivades del tanteig i les garanties del seu exercici s'han d'inscriure. S'estableix la inscripció i això és una altra diferència fonamental amb el 172 LUC que parla de la inscripció com a "possi-

bilitat" en aquests drets d'origen legal d'inscripció innecessària.

En definitiva, veiem que, encara que el tanteig del 172 LUC i el del 15 LHC es podrien considerar gairebé el mateix dret perquè tots dos procedeixen d'una delimitació i declaració expressa per part d'un instrument urbanístic, són diferents en coses molt importants.

BARCELONA. És important destacar el cas de Barcelona i l'EDICTE de 14 de desembre de 2018, sobre un acord de la Subcomissió d'Urbanisme del municipi de Barcelona. En virtut d'aquest es procedeix a la Modificació del Pla General Metropolità precisament per la declaració d'àrea de tanteig i retracte a la ciutat i definició dels terminis d'edificació, al terme municipal de Barcelona.

Aquest article es basa en el 15 LHC i en l'antic 172 LUC (el vigent en aprovar-se l'Edicte, és clar) que té algunes diferències amb el que hem vist.

Ho sistematitzo a efectes pràctics:

Article 1.- Estableix la delimitació de les zones de tanteig i retracte, amb la motivació corresponent.

A més, sotmet al tanteig les "transmissions oneroses" i preveu el supòsit de l'article 15 de venda d'accions de societats, però exclou expressament "les transmissions entre les societats del mateix grup". Matís important perquè el 172 preveu aportacions socials (que podrien ser a societats del mateix grup) i l'Ordenança les exclou. Com *lex specialis*, i com a drets d'interpretació restrictiva, al meu parer aquestes operacions quedarien excloses del tanteig.

Article 2.- Estableix els objectes del tanteig, que són:

a) Els edificis plurifamiliars sencers utilitzats especialment com a habitatge.

b) Els terrenys sense edificar, solars o parcel·les, en qualsevol tipus de sòl.

c) Els terrenys amb edificacions ruïnoses o totalment desocupades.

d) Els habitatges buits sotmesos a l'impost regulat a la Llei 14/2015, de 21 de juliol.

Article 3. Permet subjectar a tanteig altres immobles relacionats amb els plans de millora urbana, però això requereix la

delimitació d'unes zones més específiques.

Article 4. Estableix el termini de vigència de 6 anys prorrogables per uns altres 6, que serien el màxim de 12 que permet la llei.

Article 5. Publicitat. Preveu un cens especial, sense perjudici de la publicitat registral que correspongui.

Article 6. Estableix els criteris per a l'exercici dels drets. Aquests podrien servir de base per a eventuais impugnacions si no se segueixen.

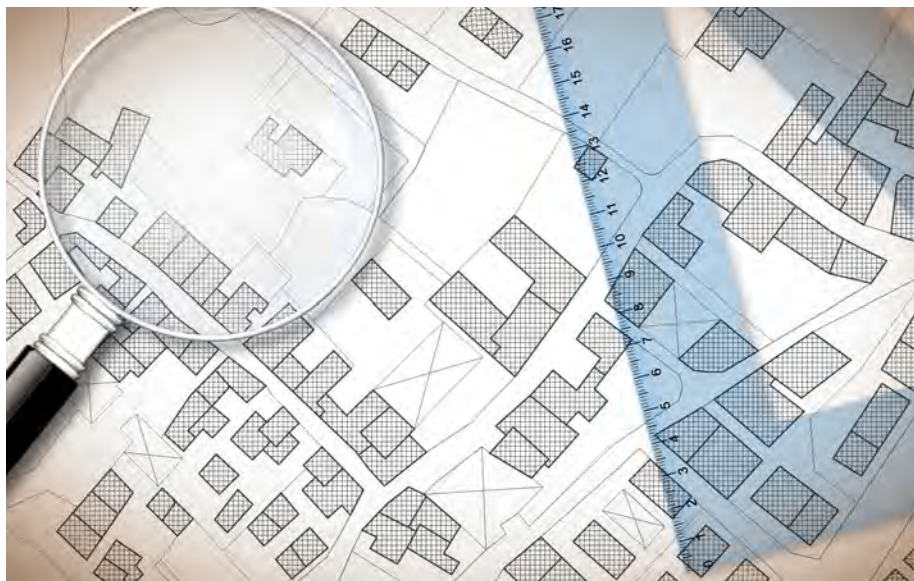
Article 7. Preveu una ordenança de desenvolupament sobre l'exercici del tanteig per l'Ajuntament i, a més, per part d'altres entitats urbanístiques especials. En la data de redacció d'aquest article aquesta ordenança s'està tramitant i el tràmit de consulta pública s'acaba el 4 de febrer de 2020.

La referència a l'existència d'un cens especial "sens perjudici de la publicitat registral" que correspon, crec que ha pogut ser el detonant de la referència expressa a la inscripció registral del 172 LUC. El tema de la publicitat és molt important per poder fer transmissions amb seguretat. Encara que sempre hi ha idees de centralitzar tota la informació en un Registre i preferiblement en el de propietat, a la pràctica cal consultar arxius i registres diferents: cadastre, registre sobre les cèdules d'habitabilitat (si no la incorporen), certificats d'eficiència energètica (també si no la incorporen), els ajuntaments o les diputacions provincials sobre l'IBI, els arxius de l'administrador de finques relatius als pagaments de la comunitat de propietaris, etc. Cal afegir doncs l'accés a aquest Cens, la publicitat del qual l'Edicte disposa que serà "adequada".

5. DRET DE TANTEIG I RETRACTE DE SÒL RESERVAT A L'ÚS D'HABITATGE DE PROTECCIÓ OFICIAL

Regulats en la Llei d'urbanisme de Catalunya. Article 173.1.a i 174 LUC. I en els articles 87 i següents 134 i 135 de l'LHC.

El 174 en regula l'exercici, que és comú a aquests casos i, en part, als del 173.1.b, que estudiarem després. Vejam doncs ara només les especialitats i diferències amb el cas del 173.1.b i després examinarem tot el comú.



De la seva regulació es desprèn:

1.- El subjecte d'aquests drets és la Generalitat de Catalunya.

2.- El negoci que els origina és la transmissió onerosa.

3.- L'objecte són els sòls de determinades característiques: de titularitat privada i reservats a l'ús d'habitatge de protecció pública pel planejament urbanístic.

4.- El mode d'exercici. Regulat en el 174.

Vejam aquests elements exposats.

1.- Subjecte del dret. És la Generalitat de Catalunya. La Generalitat és una Administració complexa, però evidentment es pensa en el Departament d'Habitatge.

En aquest supòsit del 173.1.a, l'article 173.2 estableix una habilitació expressa perquè l'Institut Català del Sòl pugui ser el que pugui exercir aquests drets. Pensa clarament que som davant un tipus especial de sòls (ni habitatges ni construccions) i el normal és que la Generalitat ho faci a través de l'INCASÒL.

A més, d'acord amb la DA 16a LUC que modifica precisament el Decret 17/2019, l'Ajuntament de Barcelona també és subjecte del dret de tanteig, evidentment respecte dels béns situats al seu municipi.

Però en l'àmbit subjectiu apareix un altre subjecte: el subjecte beneficiari. Per la seva complexitat ho veurem també de mane-

ra conjunta amb els altres drets als quals s'aplica el 174 LUC.

2.- El negoci jurídic. És la transmissió onerosa.

Es comú al cas del 173.1.b i ho exposarem després quan tractem aquest cas.

3.- L'objecte. Sòls de titularitat privada reservats a l'ús d'habitatge de protecció pública pel planejament urbanístic.

Per l'existència d'aquest dret es requereix, de nou, un acte previ per part de l'Administració urbanística, que generalment és l'ajuntament, perquè en el planejament es prevegin aquest tipus de sòls. Sobre aquests hi ha el tanteig amb la clara finalitat d'incrementar el patrimoni públic de sòl i d'habitatge destinats a HPO.

Ja hem vist que aquest sòl pot coincidir amb el supòsit dels tantejos anteriors i ja n'hem estudiat el conflicte eventual; aquest tanteig del 173 és preferent davant el del 172.

Però encara que es requereixi també un acte de l'ajuntament, la diferència entre aquest tanteig i el del 172 és important:

- En el cas del 172 el planejament ha de preveure zones de tanteig i, per tant, parlar expressament de tanteig.

- En el cas del 173.1.a el planejament no ha de parlar en cap moment de l'existència del tanteig. Sí que s'han de preveure zones, però el tanteig existeix directa-



ment *ex lege* amb l'existència d'aquestes zones.

4.- Forma d'exercici. Es regula en l'article 174 LUC i és comú al cas de tanteig i retracte sobre edificis sencers per la qual cosa ho estudiarem també conjuntament.

I ara ja hi entrem.

6. DRET DE TANTEIG I RETRACTE SOBRE EDIFICIS SENCERS

Regulats en la Llei d'urbanisme de Catalunya. Articles 173.1.b. i 174.

El supòsit de fet es regula en l'article 173.1.b ⁽⁷⁾ i d'aquesta norma es desprèn el següent, que després matisarem:

1.- El subjecte d'aquests drets és la Generalitat de Catalunya.

2.- El negoci jurídic és la transmissió onerosa.

3.- L'objecte. Són els habitatges de determinades característiques (habitatges arrendats quan, d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans, es transmetin conjuntament amb la resta d'habitatges o locals que formin part del mateix immoble).

4.- El mode d'exercici. Regulat en la LAU per remissió de l'article 174.

5.- Finalment, tractarem breument la seva possible inscripció en el Registre de la Propietat.

1.- Subjecte del dret: com en el cas anterior, es tractarà de la Generalitat. En aquest cas no es dona l'habilitació expressa a l'INCASÒL que es referia exclusivament al cas de la lletra a), perquè es tracta d'habitatges, no de sòls.

Sí que es preveu un altre subjecte en l'article 173.2: el Departament competent en matèria d'habitatge (fet normal) i també les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia competents en matèria d'habitatge, com l'Agència de l'Habitatge o l'Institut Patronat d'Habitatge de Barcelona, per exemple. I també, és clar, el mateix Ajuntament de Barcelona en virtut de la DA 16a de la LUC.

Subjecte beneficiari. Apareixen en l'art. 174. Poden ser:

- L'INCASÒL.
- Els ajuntaments.
- Els promotors socials i altres subjectes dels articles 51 i 87.3 LHC. És un llistat molt extens i amb remissions intricades entre les normes que els determinen, però que podem resumir en:
 - o Entitats de dret públic.
 - o Entitats de dret privat amb control o amb participació directa o indirecta (per control o finançament) de capital públic.
 - o Entitats de dret privat que tinguin per objecte la promoció d'HPO en venda o lloguer ⁽⁸⁾.
- Els ocupants legals de l'habitatge tantejat o d'un altre al mateix immoble que compleixi determinades condicions subjectives. Aquestes condicions subjectives són les d'accés al Registre de Sol·licitants d'Habitatge de Protecció Oficial.

Aquest subjecte "beneficiari" és el que hagi d'adquirir l'objecte del tanteig. És a dir, el tanteig serà exercitat per l'Administració que correspongui (l'INCASÒL en el cas de solars o si són habitatges l'Agència Catalana de l'Habitatge, o qui correspongui), i després del seu exercici, o mitjançant aquest, aquest beneficiari farà l'adquisició. És una situació especial parlant civilment perquè normalment l'exercici del tanteig suposa ja la conclusió el contracte de transmissió i qui conclou el contracte és l'adquirent, és clar.

En aquest cas un subjecte tanteja i un altre adquireix. Exercir el tanteig suposa acceptar l'oferta existent i, si hi ha concurs entre oferta i acceptació, el contracte s'ha perfeccionat. Però en aquest cas el contracte es perfecciona en favor d'un tercer. No podem parlar de representació i per això la llei parla de "beneficiari".

Al meu entendre, si volem emmarcar en alguna figura de Dret civil la situació creada amb un tanteig exercit i amb aquest "beneficiari" crec que la podríem trobar en una cessió de drets. El tantejador cedeix el seu dret a un tercer. Aquesta cessió del seu dret és per habilitació legal i és gratuïta. Parlar directament de "beneficiari" ajuda per evitar la "tributació" d'aquesta cessió, que a més seria una mica confusa. I si la cessió no és consentida pel beneficiari entenc que l'adquisició és de l'Administració que exerceix el tanteig.

A la pràctica caldrà veure quins mecanismes s'articulen per a aquest cas, si l'Administració contacta abans amb aquestes entitats beneficiàries o si ho farà després. Si ho fa abans, s'ha d'entendre que aquestes s'obliguen a l'adquisició en les condicions pactades. Si ho fa després i accepten, igual, però si els beneficiaris no volen adquirir l'objecte de tanteig entenc que l'Administració que ha exercit el tanteig ha de ser l'adquirent única i final.

La determinació de qui "ha" d'adquirir té molta importància en el cas que no es dugui a terme la formalització de l'adquisició ja que, sens perjudici de la caducitat del dret i de la nova possibilitat de l'alienant de poder transmetre'l a tercers, hi pot haver una responsabilitat per part de l'Administració si, exercit el tanteig, l'adquisició no es formalitza adequadament i això comporta perjudicis.

Davant un incompliment contractual d'un contracte sinal·lagmàtic sempre hi ha la possibilitat de demanar la rescissió *ex article 1124 CC* o exigir-ne el compliment forçós i, en ambdós casos, la indemnització dels danys i perjudicis causats. Des d'un punt de vista pràctic i, havent-hi la figura de la "caducitat" com veurem, jo em decanto perquè l'interessat intenti transmetre al tercer inicial amb el que volia transmetre pel preu estipulat i, si és el cas, exigir aquests danys i perjudicis.

Però què pot passar si no es porta a terme la transmissió ni pel tercer ni per l'Adminis-

tració? Aquí ens podem trobar amb un problema de responsabilitat de l'Administració a la qual sempre és difícil demandar.

Per això, jo recomanaria que es prevegi la possible manca d'exercici del tanteig en la transmissió de sòls d'aquest tipus, quan es faci un contracte d'arres o un precontracte de transmissió. Que es prevegi l'obligació de l'adquirent de comprar en un termini prou llarg perquè el dret de l'Administració pugui ser exercit i/o caducat o que es prevegi una suspensió del temps per escripturar perquè l'Administració exerceixi aquest dret i formalitzi la transmissió. Encara que evidentment caldrà estudiar el cas concret perquè potser no interessa a l'adquirent estar pendent aquests 5-6 mesos entre notificació, exercici de tanteig i formalització de l'adquisició.

Arrendataris beneficiaris. Un cas de beneficiari que requereix un estudi especial és el del darrer incís: *"Els ocupants legals de l'habitatge objecte de l'exercici del dret de tanteig o de qualsevol altre habitatge de l'immoble on s'ubiqui aquest, sempre que compleixin les condicions d'accés al Registre de Sol·licitants d'Habitatge de Protecció Oficial"*.

Aquests beneficiaris suposen un problema teòric i pràctic perquè són beneficiaris en relació amb un habitatge i, per tant, no coincideixen com a adquirent en relació amb l'objecte del tanteig que és tot l'edifici. Però des de l'exercici del tanteig ells són "adquirents" d'acord amb l'article 174.1.

Vejam els problemes i les solucions que es plantegen davant aquesta situació.

Problema 1.- L'arrendatari no pot adquirir tot l'edifici. Segurament no pot perquè no disposa de tots els diners per a la compra, però igualment tampoc no és beneficiari en relació amb tot l'edifici, sinó només en relació amb el seu habitatge. La solució, inicialment, la dona el mateix article en el darrer incís del 174.1 en permetre l'adquisició de l'edifici "conjuntament" per part de l'Administració i el beneficiari.

Aquesta solució, parcial, deixa en l'aire altres problemes que exposo i als quals intentaré donar solució.

Problema 2.- Si l'edifici està dividit horitzontalment, sembla que no hi ha problema: l'arrendatari adquireix el seu habitatge i l'Administració, la resta. Però queda el pro-



blema de la determinació del preu concret per a l'habitatge en relació amb tot l'immoble. El més normal, si es ven tot l'edifici, és que sigui per un preu fix. Si el negoci ja distingia preus, cap problema, si no, crec que el més pràctic i objectiu és fer servir al coeficient de participació en els elements comuns i aplicar-ne el percentatge al preu global.

Problema 3.- Si l'edifici no està dividit horitzontalment. D'acord amb el 174.1 *in fine* el beneficiari és adquirent directament, aleshores han de comprar tots dos, però com?

Vejam un cas semblant. Per a la inscripció separada dels arrendaments en un edifici no dividit horitzontalment hi ha una solució, però és legislativa. Es troba en el Reial decret 297/1996, de 23 de febrer, sobre inscripció en el Registre de la Propietat dels Contractes d'Arrendaments Urbans. Aquest preveu en l'article 6⁽⁹⁾ la possible inscripció separada dels lloguers sobre habitatge d'un edifici que no està dividit horitzontalment. Es pot fer constar el lloguer de l'habitatge en el foli de l'edifici o en un foli separat amb el mateix número i un altre de correlatiu i sempre cal descriure i delimitar l'habitatge.

Una solució seria aplicar analògicament aquesta norma, però em sembla desgavellat. No parlem d'inscripció de lloguers, sinó del dret real més important, que és el de propietat. Obrir foli sense divisió horitzontal donaria entrada al Registre a una situació jurídica nova que no sabríem com definir (propietat horitzontal de fet però

també de dret "registral"?). No crec que tingui sentit.

Per a una inscripció separada sense divisió horitzontal es requereix una llei (com el Reial decret llei esmentat) i m'atreviria a dir fins i tot una llei estatal ja que l'ordenació dels registres públics és competència de l'Estat (article 149.1.8è CE). Per això cal optar per altres solucions.

Imposar la divisió horitzontal crec que és la solució ideal però comporta els problemes de qui la paga i quan es fa, ja que per a l'adquisició separada per part de l'arrendatari la divisió hauria de ser prèvia a l'adquisició.

Una possible solució pràctica passa per una adquisició en indivís entre l'Administració i l'arrendatari. El percentatge hauria de ser, de nou, el coeficient de participació de l'habitatge a l'edifici però, si no està dividit horitzontalment, com podem saber aquest coeficient? No podem, així que cal remetre's a la normativa sobre propietat horitzontal, a l'article 553-3.2 del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya, en el qual se'ns diu que cal calcular aquest coeficient en relació amb la superfície però tenint en compte també altres elements com l'ús, la destinació i altres dades físiques i jurídiques de l'edifici⁽¹⁰⁾. Així, com que no és només la superfície, no és per tant una operació matemàtica, i entenc que l'Administració s'ha de posar d'acord amb el beneficiari (o potser en la pràctica l'imposarà basant-se en algun informe tècnic i objectiu) per fixar aquest teòric coeficient que correspondrà



al percentatge que ha d'adquirir l'arrendatari perquè després, en fer la divisió horitzontal, es pugui adjudicar aquest habitatge que equivaldrà al valor del percentatge comprat.

I sobre qui paga la divisió horitzontal, de nou hem de remetre'ns a la llei (en aquest cas la de l'Impost d'AJD) i hauran de ser tots dos atorgants, Administració i arrendatari, com a subjectes passius de l'impost; el que passa és que l'Administració gaudirà d'una exempció subjectiva i l'arrendatari, no. L'Administració sola no podria fer-ho (per evitar impostos) perquè l'adquirent i el propietari són ella i l'arrendatari des del principi: no compra primer l'Administració i després revèn a l'arrendatari.

Fins que no s'atorga la divisió horitzontal, la situació queda regulada per l'article 551-2.2 del CCCat⁽¹¹⁾, que dona entrada al pacte, de manera que les parts poden pactar que l'arrendatari-adquirent utilitzi només el seu pis. Però serà una situació peremptòria que haurà de resoldre perquè la destinació és la venda separada dels diferents habitatges.

Hi podria haver una altra solució, més pràctica que teòrica al meu parer, aportada per Alejandro Fuentes-Lojo Rius en un article recent de la *Revista de Dret Immobiliari* de Lefevre, que seria entendre que, en aquests casos, només l'Administració exerceixi el dret de tanteig o retracte, sens perjudici que, una vegada atorgada l'escriptura de divisió horitzontal per part de l'Administració, cedeixi l'habitatge a l'arrendatari (cessió que haurà de ser onerosa i pel preu de la venda o el proporcional, al meu

parer). Dic més pràctica que teòrica perquè és una bona solució però xoca amb el 174,1 *in fine* al·ludit que diu que els beneficiaris ja "adquireixen" amb l'exercici del tanteig. De tota manera, fent servir la figura teòrica de la cessió que he apuntat es pot defensar i, fins i tot, pot ser, com dic, una altra solució pràctica davant aquest problema de difícil solució.

2.- Negoci jurídic. L'article 173 parla de "transmissions oneroses" i el 174 d'"alienacions oneroses".

No es parla de "venda" com fa la LAU tot i que el supòsit de fet tingui a veure amb aquesta LAU. I no apareixen aquí com en els casos anteriors les aportacions a societats ni la venda de participacions de societats "immobiliàries", i tampoc no s'exclou cap transmissió. Abans criticàvem que l'article 172 parlés expressament de les aportacions a societats i no d'altres negocis jurídics i per això aquí hem de dir que és un encert que la llei no els distingeixi. Són, per tant, totes les transmissions oneroses i aquí entren les dacions en pagament, les permutes, les aportacions socials, etc.

No s'inclouen les transmissions d'accions o participacions de societats d'objecte immobiliari tenidores d'aquests edificis com succeïa en l'article 15 LHC. També critiquem aquest supòsit i, en aquest cas, a més, plantejaria problemes addicionals si hem de comptar amb l'arrendatari beneficiari. Això no obsta, crec, el fet que, si l'operació és un frau per evitar l'aplicació de la norma, que es pugui arribar a anul·lar o no impedeixi

l'exercici del dret que s'ha tractat de burlar, el tanteig, però sobre la base que la transmissió onerosa real és la de l'immoble, no la de les accions o participacions socials.

De nou, el problema de la valoració no ha d'impedir l'existència del tanteig, ja es veurà el cas concret per determinar-lo com hem dit abans per al supòsit del tanteig de l'article 172 LUC.

Finalment, respecte del negoci és destacable que l'article "habilitant" de la norma, que és el 25.7 LAU, no parla de transmissions oneroses, sinó de "venda", per la qual cosa es podria esgrimir com a argument que només hi ha tanteig en el cas de venda. Un altre argument que podria sustentar que només es tracta de "vendes" és que es diu expressament "*d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans*". Tot i això no cal entendre que la manca d'aquesta habilitació expressa impedeixi que es pugui donar en qualsevol transmissió onerosa diferent de la venda, perquè la competència de la Generalitat en matèria d'habitatge i urbanisme és clara i, fins i tot, en matèria d'obligacions i contractes i, per tant, d'arrendament, ja que el Llibre Sisè del CCCat d'obligacions i contractes ha estat declarat constitucional per part del TC en sentència de 13/11/2019. I la referència a la legislació d'arrendament no existeix per a la determinació del negoci que dona lloc al tanteig, sinó en relació amb l'objecte del tanteig en l'estudi del qual entrem.

Pel que fa a la venda d'una participació indivisa, es repeteix la situació i, per tant, els arguments vistos anteriorment i derivats de la Resolució de 12 de març de 2020 de la DGDEJ. El supòsit de fet és gairebé el mateix: un edifici destinat a habitatges, si bé en aquest cas llogat. La identitat de raó és claríssima al meu parer i això encara que ens podem trobar aquí amb algun problema (més pràctic que teòric) si el beneficiari és l'arrendatari. En definitiva, malgrat els importants arguments teòrics que hi ha per defensar la postura contrària, en la pràctica cal entendre que sí que hi haurà el dret d'adquisició preferent en el cas de venda d'una part indivisa de l'edifici arrendat si seguim la interpretació de la Direcció General.

3.- Objecte del retracte. Literalment el 173.1.a parla de "*Els habitatges arrendats, quan, d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans, es transmetin conjuntament amb la resta d'habitatges o locals que formin part del mateix immoble*".

Es tracta del cas en què la LAU exclou els drets d'adquisició preferent de l'arrendatari. Precisament una modificació de la LAU és la que ha donat peu a l'existència d'aquest dret. En concret, la modificació operada en l'article 25.7 LAU ⁽¹²⁾ pel Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer.

Aquest article 25.7, d'una banda, exclou els drets d'adquisició preferent de l'arrendatari en el cas de venda de l'habitatge arrendat en 2 casos:

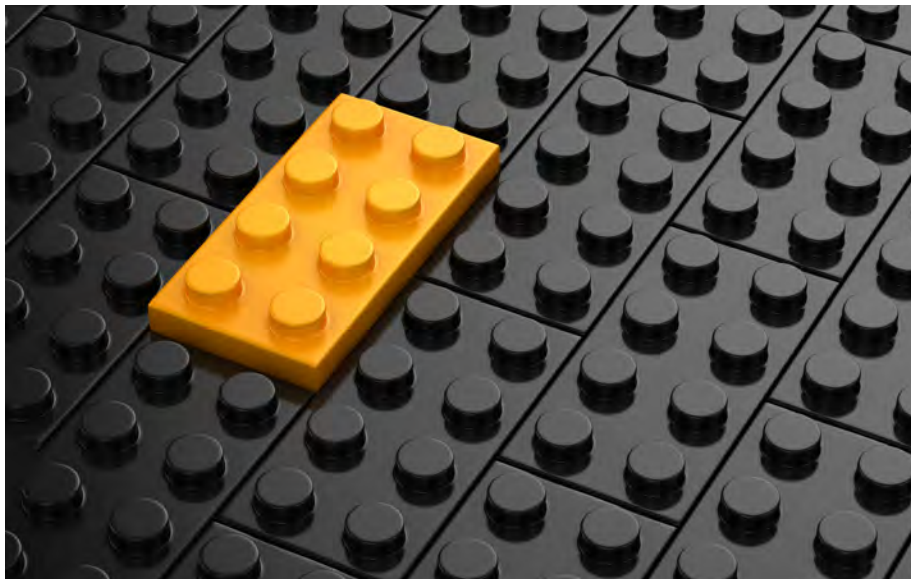
Pel que fa a la venda d'una participació indivisa, es repeteix la situació i, per tant, els arguments vistos anteriorment i derivats de la Resolució de 12 de març de 2020 de la DGDEJ. El supòsit de fet és gairebé el mateix: un edifici destinat a habitatges, si bé en aquest cas llogat. La identitat de raó és claríssima al meu parer i això encara que ens podem trobar aquí amb algun problema (més pràctic que teòric) si el beneficiari és l'arrendatari

1.- Quan l'habitatge arrendat es vengui conjuntament amb la resta d'habitatges o locals propietat de l'arrendador que formin part d'un mateix immoble.

2.- Quan es venguin de forma conjunta per diferents propietaris a un mateix comprador la totalitat dels pisos i locals de l'immoble.

I d'altra banda, en aquests casos el mateix apartat disposa que "la legislació sobre habitatge pot establir el dret de tanteig i retracte, respecte a la totalitat de l'immoble, a favor de l'òrgan que designi l'Administració competent en matèria d'habitatge, i és aplicable el que disposen els apartats anteriors als efectes de la notificació i de l'exercici d'aquests drets".

Observem que la LAU es refereix a la "legislació sobre habitatge" i a Catalunya s'ha regulat en la Llei d'urbanisme. És un dels defectes de sistèmica als quals ja apuntàvem al principi, però que no ens ha de portar a pensar que aquests drets s'enquadren en actuacions urbanístiques més enllà de la finalitat social que guia



aquesta legislació urbanística i que també guia, és clar, la legislació sobre habitatge.

També és curiós que s'hagi esperat aquesta mena d'"habilitació" per part de la LAU a la legislació sobre habitatge, la qual és totalment innecessària si com diem la competència ja era de la Generalitat, però el cert és que ha donat el "tret de sortida" per a aquesta regulació.

Tornant a l'objecte, l'important és que es vengui TOT l'edifici i que no hi hagi el dret de tanteig de l'arrendatari. Així entenc que cal interpretar que l'article disposi expressament que el dret es dona en les transmissions "d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans", perquè literalment no hi ha una identificació perfecta entre l'exclusió de la LAU i el dret de l'Administració.

Existència de locals. Si en aquest edifici hi ha locals, ens trobem amb el problema de si el tanteig s'estén a aquests. El 173.1.a diu que el tanteig és sobre "els habitatges arrendats" quan es venen amb tot l'edifici. Però aleshores sorgeixen molts dubtes:

- es fa un tanteig només sobre els habitatges?

- no hi tenen cabuda els locals? I els trasers? les places d'aparcament?

- es respecta aleshores la transmissió inicial respecte d'aquests altres departaments de l'edifici?

- com distingim el preu que s'ha de pagar si aquest és global per a tot l'edifici?

- i si l'edifici no està dividit horitzontalment, com distingim les transmissions?

Tots els dubtes es resolen de la mateixa manera. És jurisprudència i doctrina consolidada que el tanteig s'exerceix sobre l'objecte transmès, no sobre una part d'aquest. Fins i tot en la LAU 1964 era un cas d'exclusió del tanteig si l'objecte venut era més gran que l'arrendat. El problema, crec, és que la norma està feta per un expert en Dret administratiu però no ha tingut en compte la legislació i la doctrina civil.

El tanteig ha de ser de tot l'edifici perquè som davant la venda de tot l'edifici, no dels habitatges. El preu i les condicions de la venda es determinen per aquesta circumstància i potser el seu preu és inferior per aquesta venda en globus. No dic que entendre que hi ha un tanteig només dels habitatges no es pugui defensar en Dret (gairebé es pot tot en cas de dubte), però va en contra de la teoria tradicional i a més ens porta a tots els carrerons sense sortida i dubtes que he exposat i a molts més, segur.

Amb aquesta posició es resol la qüestió. També és indiferent si l'edifici està dividit horitzontalment o no, ja que el tanteig i l'adquisició és de tot aquest edifici. Una altra qüestió és la del beneficiari diferent de l'Administració i la determinació del seu percentatge i preu de compra si no hi ha divisió, però aquesta qüestió ja l'hem tractada i hem intentat resoldre-la abans.



4.- Forma d'exercici. Regulat en l'article 174 LUC⁽¹³⁾. És un article extens que ja hem estudiat en alguns aspectes. Es refereix als 2 casos del 173.1, a) i b) i, de fet, més a a), relatiu a zones d'HPO, que a b), d'edificis com veurem. Ara ho sistematitzarem pel que fa a aquest exercici del tanteig i el retracte.

4.1.- Comunicació. El transmetent ha de comunicar a l'Administració (a qualsevol de les que tantegen) les condicions de transmissió. Es configura com una obligació i, per tant, el seu incompliment pot suposar una infracció urbanística. Ara bé, desconec l'existència d'una norma que prevegi com a infracció un incompliment d'aquest tipus i tampoc la que preveu la corresponent sanció que podria imposar-se davant aquest incompliment.

4.2.- Decisió de l'Administració. L'Administració té 2 mesos per decidir si exerceix el tanteig o no l'exerceix, o si ha d'inspeccionar abans els béns o demanar informació, encara que també pot no fer ni decidir res.

4.3.- Suspensió del còmput del termini. El termini de còmput dels 2 mesos queda en suspens si l'Administració vol inspeccionar l'habitatge o vol demanar informació sobre els seus ocupants i els seus títols (saber si l'arrendament està vigent, qui en són els titulars, etc.). És un cas de suspensió d'un terme de caducitat, institució que es recull avui al CCCat.

Aquesta suspensió pot tenir dos tipus de durada:

- L'un, el de 15 dies si s'excedeix aquest termini per causes imputables a l'Administració;

- L'altre, sense un límit concret, si les causes són imputables als particulars. Faltaria en aquest cas un límit final perquè encara que falti la culpa de l'Administració, tampoc no és just que la demora per culpa dels ocupants o arrendataris sigui en perjudici del propietari venedor.

4.4.- Sí que exerceix. Si l'Administració decideix que exerceix el tanteig, comunicarà de forma oficial l'exercici del tanteig. L'article diu que amb aquest exercici ja és "adquirent" l'Administració i/o els beneficiaris. Però això no és exacte civilment perquè faltaria el lliurament o *traditio*. S'ha d'interpretar com que ja són part compradora perquè sí que hi ha concurs d'oferta i demanda i, per tant, el contracte s'ha perfeccionat.

De fet, el mateix article diu que la "formalització de l'adquisició" s'ha de portar a terme en 3 mesos.

Si no ho fa en aquest termini, la norma no diu res, així que, què fem? Hi hauria 2 opcions:

a.- Entendre que el dret decau i el venedor pot transmetre lliurement. Encara que seria la forma més còmode, aquesta norma no existeix, sinó que existeix precisament la contrària, per això jo entenc que l'opció correcta és la següent.

b.- Entendre que el contracte amb l'Administració sí que s'ha perfeccionat i que

aquesta ha incomplert la seva obligació d'eleva-lo a públic o formalitzar-lo. Abans també ho hem dit així: l'exercici del tanteig suposa el concurs d'oferta i acceptació, *ergo*, el contracte s'ha perfeccionat. En el mateix sentit el 174.1 LUC diu que "L'exercici del dret de tanteig implica que l'Administració o els beneficiaris adquireixen el bé en les condicions comunicades". El contracte existeix i no s'ha complert. Davant aquest incompliment, com el de qualsevol contracte sinal·lagmàtic, entenc que el venedor pot optar entre la resolució del contracte per incompliment o exigir-ne a l'Administració el compliment forçós i, en ambdós casos, reclamar-li els danys i perjudicis que puguin correspondre.

4.5.- No exerceix els seus drets d'adquisició preferent. Si l'Administració decideix que no els exerceix, tindrem també la comunicació corresponent i podrem dur a terme la transmissió. Però hem de dur-la a terme en un període de 6 mesos. Si passa aquest termini, cal tornar a comunicar i l'Administració pot exercir de nou el seu dret al tanteig. A la pràctica potser trobem un problema perquè les comunicacions de l'Administració, avui, s'autoestableixen en un termini d'efecte de 2 mesos. Cal comprovar que ara consti el termini de 6, que és el legal i correcte.

4.6.- No decideix res. Transcorreguts els 2 mesos des de la comunicació de venedor, el dret de l'Administració caduca. La norma no diu res del temps que té llavors el venedor per a dur a terme la transmissió. Crec que la prudència ens portarà al termini de 6 mesos que hem vist en el cas anterior, però en comptes de comptar-los des de la comunicació del no-exercici, entenc que s'han de comptar des de la finalització del termini de 2 mesos. Si bé, des d'un punt de vista estricte, si es mantenen les condicions, es podria defensar civilment que la transmissió es pot dur a terme en qualsevol moment perquè el dret de l'Administració ha caducat en relació amb aquesta transmissió. No obstant això, repeteixo, al meu entendre en la pràctica la prudència ens hauria de portar al termini de 6 mesos.

4.7. Retracte. El 174.3 estableix una norma sobre el retracte equivalent a la del 568-15 del Codi Civil de Catalunya. Són 3 casos els que donen lloc al retracte:

- Si no hi ha comunicació;

- Si la transmissió es fa abans de transcórrer el termini del tanteig;

- Si la transmissió es fa en condicions menys oneroses a les comunicades.

És una norma innecessària perquè és a l'article 568-15, però tampoc planteja problemes, que ja és molt, vist el que hem vist. Sí que és susceptible d'interpretació el termini de 3 mesos per al retracte, que es diu que compta:

- a partir de la inscripció de la transmissió en el Registre de la Propietat o

- a partir del moment en què l'Administració tingui coneixement de l'alienació.

Seguint l'esquema tradicional d'aquests drets cal interpretar i entendre que serà el termini més breu entre tots dos.

En preveure's, com a supòsit d'inici del còmput, la inscripció de la transmissió, sembla que es permeten les transmissions i les inscripcions registrals sense les notificacions corresponents, cosa que seria una important diferència amb els altres tantejos. Tot i això, cal tenir en compte que la transmissió efectuada sense les notificacions, que es configuren com una obligació, són, com diem abans, un incompliment d'una norma urbanística que podria comportar alguna sanció per part de l'Administració.

4.8.- Norma especial per al cas de tanteig sobre l'edifici amb habitatges arrendats. Trobem en el 174.4 una norma especial que en una primera lectura resulta difícil d'interpretar. disposa: *"No obstant el que estableixen els apartats 2 i 3 sobre la comunicació i l'exercici del dret de tanteig i de retracte, és aplicable a aquests efectes la legislació sobre arrendaments urbans amb relació al supòsit a què fa referència la lletra b de l'apartat 1 de l'article 173."*

Suposa això que no s'aplica tot el procediment que hem vist i anem directament a la LAU? Quin sentit tenen llavors les normes que hem vist sobre inspecció d'edificis i ocupants, si l'altre supòsit del 173.1.a es refereix bàsicament a sòls?

La resposta la trobem en la norma "habilitant" d'aquests drets, el 25.7 LAU, que després d'excloure el tanteig de l'arrendatari en el cas de venda d'edificis i "habilitar" aquest dret per a l'Administració a través de la legislació sobre l'habitatge, en el darrer incís disposa: "és aplicable el que disposen els



apartats anteriors als efectes de la notificació i de l'exercici d'aquests drets".

El 174 LUC tracta de respectar aquesta norma de la LAU. Però comet un error molt greu de redacció que s'ha de corregir. contrastem:

- Article 25 LAU, aplicació de la LAU "als efectes de la notificació i de l'exercici d'aquests drets"

- Article 174.4 LUC, "sobre la comunicació i l'exercici del dret de tanteig i de retracte, és aplicable a aquests efectes" la legislació sobre arrendaments. La redacció no és la mateixa i a més li canvia el sentit.

Si s'aplica la LAU "a aquests efectes", ja no s'aplicarà el 174 ni a les notificacions i ni a l'exercici d'aquests drets.

Per lògica i per sistemàtica, el 174.4 s'ha d'interpretar d'acord amb la redacció del 25.7 LAU (que també està vigent a Catalunya a falta de norma de dret civil català). La LAU s'aplica "als efectes de les notificacions" i "de l'exercici d'aquests drets". Només als seus efectes. Així, el 174 s'aplicarà a la forma de les notificacions i a la forma de l'exercici dels drets.

Què s'aplicarà de la LAU? Què són aquests "efectes" que s'apliquen?

Encara que no comparteixo la seva postura, destaco aquí l'opinió d'Alejandro

Fuentes-Lojo Rius que diu en l'article recent en la *Revista de Dret Immobiliari* de Lefevre esmentat abans que aquesta remissió no es refereix al "contingut" del 174, sinó més aviat al "supòsit de fet" perquè es doni el retracte de conformitat amb el Codi Civil comú (que és anàleg al català: manca de notificació, transmissió en millors condicions de les notificades o abans del termini), i a les obligacions i les conseqüències que suposa del seu exercici de conformitat amb el 1581 CC al qual, al seu torn, es remet el 25 LAU, en particular: les seves obligacions de satisfer el preu i les altres despeses en què hagi incorregut el comprador contra el qual s'exerceix el retracte. Tampoc no considera aplicable el tancament registral que imposa el 25 LAU perquè el 174 preveu un termini a comptar de la inscripció, que, al seu parer, suposa que la inscripció ha de poder existir sense haver-se complert el tanteig i sens perjudici de l'incompliment administratiu que això suposa. No estic d'acord ja que per mi aquesta possible inscripció sense justificació de la notificació es limita a la resta de casos del 173 LUC i també al cas del 172 LUC, com hem vist a l'inici d'aquest estudi (tanteig sobre àrees destinades al patrimoni públic de sòl i habitatge) i no als altres per l'aplicació de l'article 135.2 LHC i precisament del 25 LAU.

Podríem fer altres tesis diverses però al meu parer la remissió del 25 LAU suposa l'aplicació de:



1.- El 25.2. paràgraf 2, que diu que la notificació inicial caduca als 180 dies. Aquest termini és similar encara que no exacte al de 6 mesos que fixa el 174 que hem vist.

2.- El 25.3, 2n incís que disposa la caducitat del retracte: caduca als trenta dies naturals, comptats des del següent a la notificació fefaent de l'adquirent a l'arrendatari, mitjançant lliurament de còpia de l'escriptura o document en què es formalitzi.

3.- El 25.5 que exigeix la justificació de les notificacions fefaents (en aquest cas sempre ho seran en rebre-les l'Administració) per a inscriure els títols de venda d'habitatges arrendats en el Registre de la Propietat.

Això és una diferència molt important, perquè vam dir que es pot defensar que les altres transmissions del 174 subjectes a tanteig i retracte sí que poden tenir accés al Registre, ja que el 174 preveu l'inici del còmput precisament des d'aquesta inscripció. En el cas dels arrendaments entenc que aquesta inscripció no seria possible.

5. **Inscripció registral.** I per acabar parlem de l'eventual inscripció registral d'aquests drets. La norma no ho preveu per la qual cosa, en tractar-se de tantejos d'origen legal, s'han de considerar com a limitacions legals del domini, les quals no són objecte d'inscripció (Article 26 Llei hipotecària).

En aquest cas la manca d'inscripció no serà tan problemàtica com en el darrer que veurem (el d'habitatges procedents d'execucions hipotecàries) perquè el supòsit de fet d'aquest cas (habitatges arrendats o sòls destinats a HPO) no és una cosa "oculta" i això fa que l'adquirent sí que hagi de saber l'existència d'aquests drets com succeeix amb altres tantejos i retractes legals, com ara els arrendataris o el de copropietaris o contigus.

6. DRETS D'OPCIÓ I RETRACTE EN HABITATGES DE PROTECCIÓ OFICIAL

Aquí realment no hi ha hagut modificacions recents, però per la seva importància em semblava necessari incloure aquests drets d'adquisició preferent juntament amb els altres.

En aquest cas es tracta d'un dret d'adquisició preferent diferent del tanteig, el dret d'opció, tot i que també existeix el dret de retracte.

1.- El subjecte d'aquests dret és la Generalitat de Catalunya. També aquí hi ha uns "beneficiaris" recollits en l'article que serien:

- La Generalitat.
- Els municipis.
- Els promotors d'HPO d'iniciativa pública.
- Les entitats sense ànim de lucre amb finalitat d'allotjar col·lectius vulnerables que necessiten una tutela especial.

- Persones inscrites en el Registre de Sol·licitants d'HPO.

2.- El negoci jurídic per a l'existència del dret d'opció són qualssevol transmissions llevat de les exceptuades. No és un tanteig i, com a opció, es podria donar sense necessitat de transmissió. De tota manera, la norma sí que imposa com a condicionant l'existència d'una transmissió i, en la pràctica, serà onerosa. Literalment, la Llei fa les excepcions següents:

- transmissions gratuïtes entre vius a favor d'ascendents, descendents, cònjuge o parella estable (parella "de fet" diu incorrectament la Llei). I han de destinar l'habitatge a la seva residència habitual.
- transmissions *mortis causa*. Com en el cas anterior, l'adquirent ha de destinar l'habitatge a residència habitual.
- transmissions derivades de procediments judicials. L'adquirent ha de complir els requisits per a ser beneficiari d'un HPO.
- les primeres transmissions de cooperatives d'habitatge.
- les primeres transmissions d'HPO que no estiguin en sòl qualificat urbanísticament com destinat a HPO.

Aquestes excepcions fan que aquest dret d'opció s'assimili bastant al "tanteig", però no és igual, perquè no hi ha d'haver una transmissió específica sobre la qual es tanteja i no hi ha un preu sinó el valor que calcularan els tècnics per les valoracions de preus d'HPO.

A la pràctica aquests contractes translatius s'han de visar per la Generalitat, per la qual cosa aquesta ha d'examinar si s'han complert o no els requisits i si exerceix o no el seu dret d'opció.

3.- L'objecte. Són els habitatges de protecció oficial. Compte, com sempre passa amb els HPO, amb la data de qualificació i les disposicions transitòries de l'LHC. Aquest dret es donarà respecte d'HPO qualificats des de l'entrada en vigor de la Llei, l'1 d'abril de 2008, però la seva DT 5a estableix que el "sistema d'adjudicació" també s'aplica als HPO regits pels Decrets 454/2004 i 244/2005. Així, cal entendre que aquest sistema de drets s'aplicarà als HPO qualificats des del 16 de gener de 2005.

4.- El mode d'exercici de l'opció. Aquí no es comunica una transmissió en concret, sinó la intenció de transmetre amb el contingut que fixa l'article 89 i la Generalitat en fixa el valor d'acord amb els articles 83 a 83ter LHC. El termini per a l'exercici d'aquesta opció és de 2 mesos, que s'amplia 15 dies més per a les segones transmissions.

5.- Retracte. S'aplica el que hem vist respecte de subjectes i objecte. Pel que fa al negoci que en determina l'existència serà, com a retracte, una transmissió realitzada. Les característiques d'aquesta transmissió han de ser:

- Que s'hagi incomplert el dret d'opció. Rar o gairebé impossible en la pràctica perquè, d'una banda no s'hauria de poder ni d'autoritzar ni d'inscriure i, a més, la **transmissió sense el visat seria nul·la d'acord amb l'article 85.5 i això faria inviable el retracte. O bé aquesta norma sobre nul·litat caldria matisar-la en aquest cas perquè l'existència del retracte pressuposa una transmissió vàlida.**
- Que s'hagin fet les notificacions amb ommissió d'algun requisit legal.
- Que s'hagi produït la transmissió abans de vèncer el termini per a l'exercici de l'opció.
- Que s'hagi produït la transmissió en condicions diferents de les notificades.

6.- El mode d'exercici del retracte. Primer l'Administració ha de tenir coneixement de la transmissió. Després, en 30 dies, ha de dictar una resolució relativa al fet que aquest dret existeix. Després d'aquesta resolució, té 1 mes per fixar el preu (!) i les condicions de l'adquisició i, després d'això, notificar-ho. Però finalment l'article 91 disposa que, entre la resolució primera del fet que hi ha causa per exercir el retracte fins al seu exercici, hi ha un termini màxim de 3 mesos.

Com veiem, l'Administració és qui fixa el preu i les condicions, per la qual cosa no es tracta realment d'un retracte ordinari. D'altra banda, tot i l'embolic de terminis al final s'estableix aquest termini de 3 mesos per a l'exercici d'aquest "retracte".

7.- Autorització d'escriptures i inscripció en el Registre de la Propietat. La qualificació d'HPO s'ha de fer constar sempre en les escriptures i en les inscripcions. Però, a més, la subjecció concreta de les transmissions als drets d'adquisició preferent també s'han de fer constar expressament en l'escriptura (87.2 LHC) i també s'han d'inscriure (135.2 LHC), encara que això hauria de ser innecessari perquè el fet i la publicitat de ser HPO ja fa que aquests drets hagin de ser coneguts com a limitacions legals del domini.

D'altra banda, les notificacions prèvies i el visat de les vendes proposades són imperatives i sense aquestes no s'hauria d'autoritzar ni d'inscriure cap transmissió. Com dèiem, l'article 85.5 LHC imposa la nul·litat a aquestes transmissions defectuoses i, per al cas de voler "matisar" aquesta nul·litat en aquests casos pel fet d'existir un retracte legal que pressuposa una transmissió vàlida, tenim 2 normes que veten l'autorització i la inscripció: el 134.2 LHC prohibeix autoritzar l'escriptura al Notari i el 135.4 LHC prohibeix la inscripció al registrador.

7. DRET DE TANTEIG I RETRACTE SOBRE HABITATGES PROVINENTS D'EXECUCIONS HIPOTECÀRIES

Aquests drets es regulen a l'article 2 del Decret 1/2015 de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària ⁽¹⁴⁾, i ha estat modificat en aspectes importants pel Decret 17/2019. Les novetats que ha introduït el Decret 17/2019 són bàsicament 4:

1.- Aquests drets s'estenen ara a tots els municipis. Abans només a determinades àrees de forta demanda residencial.

2.- S'estableix expressament que es refereixen tant a la primera com a les transmissions posteriors que es duguin a terme durant la vigència de Decret Llei 1/2015. Després veurem els problemes que això comporta.

3.- Se n'amplia l'existència, inicialment de 6 anys, fins a 12, és a dir, fins al 27 de març de 2027.



4.- S'estableix un termini de 3 mesos per formalitzar l'adquisició dels habitatges tanjats de la mateixa manera que hem vist en el cas dels tantejos regulats per l'article 174 LUC.

Ara estudiarem aquest dret.

1.- Subjecte. De nou és la Generalitat directament o per mitjà d'entitats públiques. Apareix també en aquest dret la figura del beneficiari i totes són societats públiques directament o indirectament. S'inclouen també entitats sense ànim de lucre, però aquestes han de fer una manifestació expressa de voler adquirir aquests habitatges.

2.- Negoci jurídic. El deixaré per al final perquè és on es plantegen més qüestions.

3.- Objecte. Són habitatges amb 2 característiques:

3.1. Adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària

3.2. Adquirits després de l'entrada en vigor de la Llei 18/2007, que és l'LHC.

La segona característica és un tema purament temporal que no planteja cap problema.

Pel que fa a la primera, seguint la línia marcada per la Resolució de la DGDEJ, JUS/2800/2017, de 21 de novembre, que després veurem, tot i que ja hem dit que els drets de limitació del domini són (o haurien de ser d'interpretació restrictiva,

davant el dubte penso que la DGDEJ sempre farà una interpretació extensiva i favorable a l'Administració, de manera que qualsevol títol d'adquisició pugui donar lloc a aquest dret sempre que, de manera directa o fins i tot indirecta, l'operació estigui lligada a un deute amb garantia hipotecària. Em refereixo, per exemple, a les compres que de vegades fa alguna entitat de crèdit a través de la seva societat gestora d'immobles i, a continuació, condona el deute o dona carta de pagament del deute.

Confirma aquesta idea d'interpretació "extensiva" i "favorable a l'Administració" que plantejo l'altra resolució vista abans, de 12 de març de 2020. A causa de la finalitat social i l'interès públic que persegueix la norma, una interpretació restrictiva no seria suficient. Pensem que, en el cas de l'aportació de capital, la DGDEJ va fer la interpretació "extensiva" del concepte de transmissió i es va basar en el fet que "el dret d'adquisició preferent atorgat a la Generalitat de Catalunya és d'interès públic".

4.- Mode d'exercici. El Decret 1/2015 es remet als articles 87 a l'91 i 134 a 136 LHC, alguns dels quals els hem vist, però estableix unes particularitats.

Els articles 87 a 91 no regulen un dret de tanteig, sinó un dret d'opció i un dret de retracte, per la qual cosa cal adequar la normativa al cas que tenim.

Les particularitats són:



1.- El sistema de beneficiaris que hem vist.

2.- El sistema de comunicació de la decisió de transmetre que ha d'incloure diverses coses, entre les quals destaca la referència al "preu" que caldrà entendre també com a "valor" de la transmissió si no és una compravenda.

3.- S'estableix també la suspensió del termini d'exercici del dret si l'Administració demana visitar-lo i no pot per incompliment de l'obligació d'ensenyar-lo al transmetent.

4.- En el cas de silenci sobre si s'exerceix el dret o no, s'entén renunciat en relació amb aquesta transmissió concreta.

5.- El termini per formalitzar l'adquisició dels habitatges és de tres mesos a comptar de la notificació de la resolució d'exercici del dret de tanteig o de retracte. S'estableix el mateix tipus de termini i pel mateix temps que en els casos que hem vist de l'article 174 LUC. És una de les novetats que introdueix el Decret 1/2015, com havíem dit.

Pel que fa al termini d'exercici del dret, aquest no apareix, però sí que podem fer servir la remissió que es fa a l'LHC. El que passa és que, en la regulació de l'LHC, els articles 87 a 91 no regulen cap dret de tanteig, sinó l'opció i el retracte. Potser el més "assimilable" al tanteig seria l'opció i amb això tindríem l'aplicació analògica del termini de 2 mesos des de la comunicació a l'Agència Catalana de l'Habitatge. Però amb aquests drets d'interpretació tan

àmplia potser és recomanable esperar els 3 mesos que es fixen per al dret de retracte en l'article 91. De fet, en una nota de l'Agència Catalana de l'Habitatge de 27 de març de 2020, en relació amb la suspensió dels terminis de caducitat per a l'exercici d'aquests drets de tanteig i retracte (conseqüència de l'estat d'alarma) parla del termini de "3 mesos", en aquesta línia àmplia apuntada.

6.- S'estableixen unes prioritats per a l'exercici del dret, un d'objectiva i una altra de subjectiva.

- Objectiva: els habitatges en bon estat de conservació, situats en barris subjectes a una degradació social especial i que tinguin un preu inferior al del mercat.

- Subjectiva: habitatges adquirits de persones físiques.

7.- No és una especialitat, però per la seva importància cal destacar-lo: l'escriptura no es pot autoritzar i la inscripció, si és el cas, no es pot dur a terme, sense les notificacions corresponents per aplicació de l'article 134.2 i 135.1 LHC. I el fet que s'apliqui el 135.2 és fonamental com veurem després.

I ara reprenem el punt 2 que havíem deixat.

2.- Negoci jurídic. L'article literalment parla de "transmissions". I de les "primera i transmissions posteriors" la qual cosa és un gran mal des del meu punt de vista. Estudiem les 2 qüestions.

2.1- "Transmissions". No es diu expressament que siguin oneroses, però la mateixa naturalesa del negoci que dona lloc a aquestes ho pressuposa. I així ho ha entès també la DGDEJ en la RESOLUCIÓ JUS/2800/2017, de 21 de novembre, ja referida abans.

Seguint els arguments de la DGDEJ el dret s'ha de donar en qualsevol transmissió onerosa. Això suposa que podem repetir o remetre'ns aquí a tot el que s'ha exposat a l'inici d'aquest estudi ja que el concepte de "transmissió" no es limitarà a vendes i dacions en pagament, sinó a tots els negocis onerosos. La remissió ha de ser als arguments i solucions adoptats en els casos de l'article 173.

Podem considerar aplicable tot el que és relatiu al cas de la transmissió de participacions indivises d'immobles, en què sense deixar de mostrar la meua opinió doctrinal discrepant, crec que en la pràctica sí que es donaran els drets seguint els criteris de la RESOLUCIÓ JUS/743/2020, de 12 de març de 2020.

També, en relació amb les transmissions d'accions i de participacions de societats, a manca de regulació expressa del cas com en l'MPGM de Barcelona, cal entendre que no hi ha dret sens perjudici que si hi ha frau es pugui anul·lar la venda.

De nou, sí que n'hi haurà en les aportacions societàries (supòsit específic de la Resolució 2800/20017). I no apareix una exclusió expressa en relació amb les aportacions entre societats del mateix grup, de manera que en aquests supòsits també n'hi haurà (de fet la de l'aportació social en el cas de la resolució ho era).

Conflicte amb altres drets d'adquisició preferent i especialment el d'arrendament. També considero aplicables les conclusions exposades en relació amb aquesta qüestió, però vull posar l'accent en el supòsit pràctic de col·lisió o concurrència amb el tanteig i el retracte d'arrendament. Plantejo el cas:

1.- Una entitat de crèdit aporta a la seva societat de gestió immobiliària un habitatge arrendat i procedent d'execució hipotecària.

2.- El banc ho notifica a la Generalitat i aquesta exerceix el dret de tanteig. Però, com que no és una venda, no es notifica a l'arrendatari.

3.- Es porta a terme l'escriptura de compravenda i, és clar, es manifesta que a l'habitatge hi ha un llogater.

Ho vull destacar perquè serà una situació habitual ja que, en cas d'execució, els bancs estan obligats en certs casos a oferir un lloguer social als deutors que poden quedar com a arrendataris.

4.- El Registre de la Propietat no inscriu fins que no consti la notificació a l'arrendatari per si vol exercir el tanteig de conformitat amb l'article 25 LAU.

5.- La Generalitat pot argüir que està exercint un tanteig i que, a més, el seu exercici prové d'una aportació a societat on no hi hauria lloc al tanteig de l'arrendatari ja que la LAU només parla de vendes.

Estàriem davant un problema de preferència de tantejos que, al meu parer, se soluciona amb la preferència de l'arrendament en els termes que ja hem exposat abans (i per aplicació de l'article 568-27 CCCat) o simplement seguint l'iter que els he dit, exercint cadascú el seu dret.

Si els plantejem com a drets successius no hi ha problema. El dret de l'arrendatari neix com a conseqüència de la venda pel tanteig de la Generalitat.

Si ho plantejem com un conflicte de drets, també ha de prevaler el dret de l'arrendatari. Com a primer argument comptem amb el que ja s'ha estudiat respecte de l'article 568-27 CCCat. Però, a més, la finalitat de la normativa dels tantejos i retractes administratius que veiem, recordem, és el dret fonamental a l'habitatge i a facilitar-hi l'accés, i això ens porta a la mateixa solució. Per això precisament es preveu l'arrendatari com a beneficiari en altres drets que hem estudiat. No en aquest dret concret, i potser una solució seria incorporar-lo també com a possible beneficiari, però mentre no hi hagi aquesta modificació legislativa, la interpretació que se sosté aquí sembla la més adequada.

2.2.- "Primeres i transmissions posteriors". Aquest incís és una de les novetats introduïdes pel Decret 17/2019. Abans no es feia referència al número de la transmissió, però el document que sempre ha emès l'Agència Catalana de l'Habitatge quan no exerceix els drets de tanteig, expressament fa constar que "es mantenen els drets d'adquisició preferent respecte d'aquesta i

de transmissions posteriors". A mi sempre em va semblar un abús de dret per part de l'Administració, i en el cas de la Resolució JUS/2800/2017, la DGDEJ va entendre que només existia en les primeres transmissions (encara que per confirmar la qualificació registral ho va estendre també a les transmissions efectuades "per primera vegada" després de l'entrada en vigor de la norma).

Seguint els arguments de la DGDEJ el dret s'ha de donar en qualsevol transmissió onerosa. Això suposa que podem repetir o remetre'ns aquí a tot el que s'ha exposat a l'inici d'aquest estudi ja que el concepte de "transmissió" no es limitarà a vendes i dacions en pagament, sinó a tots els negocis onerosos. La remissió ha de ser als arguments i solucions adoptats en els casos de l'article 173

No entraré en l'estudi detallat del cas (que prové d'una escriptura per mi autoritzada i que va confirmar la qualificació del Registre), però sí en els arguments que es van esgrimir per defensar que el dret de tanteig afectava només la primera transmissió. Aquests arguments continuen vigents:

1r.- Des del punt de vista teleològic, el Decret 1/2015 en la seva exposició de motius parla d'una doble finalitat:

a) mobilitzar directament els parcs d'habitatges sotmesos a processos d'execució hipotecària, i

b) davant l'eventualitat de (...) vendes massives d'aquests habitatges per les entitats financeres, garantir a l'Administració pública que es pugui beneficiar dels baixos preus d'aquestes transaccions per incrementar el seu parc d'habitatge social.

Per això, un cop fora de l'execució hipotecària i incorporat l'habitatge al tràfic ordinari, entre ciutadans o empreses alienes a les entitats de crèdit, la norma perd el seu sentit i finalitat, i no està justificada al meu parer una interpretació tan extensa que perjudica particulars. Davant dos pisos idèntics, 1r 1a i 1r 2a, però l'un amb aquesta "màcula" en el seu historial, els seus propietaris tindran dret de propietat diferents per

què l'un estarà limitat a haver de comunicar a l'Administració i haver d'esperar-ne la resposta. Al meu parer és una arbitrarietat que ha estat salvada legalment, si és que això no és fins i tot inconstitucional...

2n. L'aplicació analògica d'article 568-14 CCCat que disposa que "Els drets de tanteig, si no hi ha pacte, solament es poden exercir respecte a la primera transmissió onerosa." Potser cal entendre que, a manca de disposició legal expressa, la naturalesa d'aquests drets també el fan aplicable només a la primera transmissió.

3r. A més, hi ha el greu problema de la gran inseguretat jurídica davant la manca d'informació dels ciutadans en adquirir un d'aquests habitatges "afectats" si el Registre no informa d'aquesta situació.

La DGDEJ, en la resolució JUS/2800/2017, diu que és cert que el tanteig només es dona en la primera transmissió, però l'estén realment a algunes de posteriors dient que existirà a la primera transmissió que es produeixi després de l'entrada en vigor del Decret 1/2015, per la qual cosa que sí que s'aplicaria a les transmissions "no-primeres" realment, però "sí-primeres" després de la llei.

Doncs bé, aquesta situació, amb la inseguretat que comporta, s'ha estès encara més amb la nova norma: s'estén a totes les transmissions posteriors.

Com sabrem si hi ha o no dret de tanteig davant circumstàncies que poden no constar a la nota registral? La solució ideal seria modificar la norma, però davant la impossibilitat de fer-ho, jo només veig 2 solucions:

1.- Demanar sempre en les transmissions oneroses d'habitatge la nota informativa o un certificat amb tot l'historial de la finca.

2.- Que el mateix registrador inscrivgui aquesta situació d'alguna manera. Que s'inscrivgui el dret de tanteig, o, millor i més defensable, que faci constar l'adquisició per execució hipotecària com una càrrega o, al menys, com un acte jurídic de transcendència real.

I això encara que sigui un dret d'origen legal i per tant que, en principi, no hauria d'inscriure. Però per això no plantejo inscriure "el dret", parlo d'inscriure com a "situació", "càrrega" o "afecció" "el fet" d'haver estat adquirit en algun moment per una



entitat de crèdit en un procés de pagament hipotecari.

L'argument per defensar aquesta inscripció passa pel sentit comú i per la seguretat jurídica, però també per la mateixa Llei.

Pel que fa al sentit comú, els retractes legals parteixen de supòsits de fet com els confrontants, les comunitats de propietaris, cohereus, existència d'arrendaments, etc. que el venedor coneix i el comprador pot conèixer perfectament derivat de la mateixa naturalesa de la venda (per l'objecte venut, pel subjecte que et ven que només és un cotitular, etc.).

En aquest cas som davant un tanteig i retracte "ocults" a l'existència dels quals només es pot accedir si tenim coneixement de l'història registral o, fins i tot, en el cas de manca d'inscripció, l'història d'adquisicions.

L'argument de la seguretat jurídica és evident. La Notaria i el Registre són els elements bàsics de la seguretat jurídica preventiva i, pel que fa a la situació real que afecta la finca, la publicitat registral és la clau de la seguretat. Un Registre com el de la Propietat que ha de donar la màxima seguretat jurídica i que dona peu a adquisicions a *non domino* no pot deixar de publicar aquesta situació.

L'argument legal. Com a base legal tenim els articles 135.2 LHC a què el mateix

article 2 del Decret 1/2015 es remet pel que fa a les condicions d'exercici dels drets de l'Administració. El 135.2 ⁽¹⁵⁾ diu que les limitacions establertes per la regulació d'aquests els drets s'han de consignar expressament en la corresponent inscripció registral.

Es podria contra argumentar que no és pròpiament "exercici" del dret i la veritat és que una norma legal més clara que exigís la constància registral d'aquesta situació seria ideal (encara que no tant com la supressió de la norma, al meu parer). Però crec que l'argument legal és més que suficient amb la remissió expressa que he comentat i que els altres dos arguments tan sols reforcen la interpretació que es dona aquí.

Entenc, doncs, que s'haurà de fer constar aquesta situació en el Registre de la Propietat com també es fa constar la manca de l'assegurança decennal, la manca de cèdula d'habitabilitat o altres situacions de transcendència real que no són pròpiament negocis jurídics.

NOTES

- (1) Article 160. Patrimonis públics de sòl i d'habitatge
 1. Els patrimonis públics de sòl i d'habitatge es regeixen pel que estableix aquesta Llei.
 2. L'Administració de la Generalitat i els ajuntaments constitueixen els patrimonis de sòl i d'habitatge respectivament.
 3. El patrimoni públic de sòl i d'habitatge és constituït pels edificis i el sòl susceptibles de complir les finalitats especificades per l'apartat 5, tant si n'és titular una administració territorial com si en són les entitats urbanístiques especials.
 4. El patrimoni públic de sòl i d'habitatge de la Generalitat es constitueix per mitjà de l'Institut Català del Sòl. Les administracions territorials que també tinguin competències urbanístiques poden constituir llur patrimoni mitjançant una entitat urbanística especial, si ho acorden així.
 5. El patrimoni de sòl i d'habitatge dels ens públics es destina a les finalitats següents:
 - a) Preveure, posar en marxa i desplegar, tècnicament i econòmicament, l'expansió de les poblacions i la millora de la qualitat de vida.
 - b) Fer efectiu el dret dels ciutadans a accedir a un habitatge digne i adequat.
 - c) Intervenir en el mercat immobiliari per a abaratir el preu del sòl urbanitzat i facilitar l'adquisició desistemes urbanístics.
 - d) Formar reserves per a protegir i tutelar el sòl no urbanitzable.
 5. bis Per a dur a terme actuacions vinculades a les finalitats a què fa referència l'apartat 5, es

poden lliurar els béns immobles que integren els patrimonis públics de sòl i d'habitatge com a contraprestació en concepte de pagament, per a retribuir els contractistes d'acord amb la legislació aplicable en matèria de contractes del sector públic. Es poden especificar per reglament les actuacions esmentades i els termes en què és possible retribuir els contractistes amb béns dels patrimonis públics de sòl i d'habitatge.

6. L'administració i la disposició del patrimoni públic de sòl i d'habitatge s'han de vincular a l'assoliment de les finalitats determinades per l'apartat 5.

7. L'accés al Registre de la Propietat de les limitacions, obligacions, terminis o condicions de destinació de les finques que integren un patrimoni públic de sòl i d'habitatge, i els efectes d'aquest accés, es regulen per la legislació registral aplicable.

- (2) 5. Si, amb relació a la mateixa transmissió d'un bé, escauen diversos drets de tanteig a favor d'administracions diferents, la part transmissora pot comunicar les condicions de la transmissió a qualsevol d'elles indistintament. L'Administració receptora de la comunicació resta obligada a trametre-la a la resta d'administracions implicades a l'efecte de coordinar la seva actuació en l'exercici del dret de tanteig. Són preferents els drets de tanteig a què fa referència l'article 173 sobre el dret de tanteig a què fa referència l'article 172.
- (3) Article 172. Àrees destinades al patrimoni públic de sòl i d'habitatge
 1. Es poden delimitar, en qualsevol classe de sòl, àrees per adquirir béns i drets determinats que hi són compresos per tal d'integrar-los en el patrimoni públic de sòl i d'habitatge per a qualsevol de les finalitats que preveu l'article 160.5. En sòl urbà, entre altres finalitats, aquestes àrees poden comprendre terrenys destinats a l'ús d'habitatge amb la finalitat de construir-hi habitatges de protecció pública o de destinar els que hi siguin construïts a aquest règim de protecció, encara que el planejament urbanístic no reservi específicament al règim de protecció pública l'ús d'habitatge a què els destina.
 2. El projecte de delimitació de les àrees a què fa referència l'apartat 1, aprovat separatament o com a part d'un pla urbanístic, ha d'especificar la finalitat concreta que justifiqui l'adquisició de béns i drets i establir:
 - a) El sistema d'adquisició mitjançant l'expropiació forçosa o en exercici del dret de tanteig que es constitueixi respecte de les transmissions oneroses, incloent-hi les que es duen a terme mitjançant l'adquisició d'accions o participacions socials a canvi de l'aportació de la titularitat de l'immoble afectat.
 - b) El termini màxim per iniciar el procediment d'expropiació, que no pot ser superior a sis anys, o la durada màxima del dret real de tanteig, que no pot ser superior a dotze anys.
 - c) La relació de béns i drets afectats per l'expropiació forçosa o, en el cas del dret de tanteig, la identificació dels terrenys i edificis

que formen part de l'àrea amb indicació dels carrers, polígons, sectors o paratges afectats. Quan la delimitació de l'àrea a efectes del dret de tanteig afecti tot el terme municipal o una classe o categoria de sòl, s'ha de preveure en el planejament general.

3. Són administracions competents per aprovar separatament els projectes de delimitació d'àrees destinades al patrimoni públic de sòl i d'habitatge les que ho siguin per constituir aquest patrimoni.

4. Són tràmits essencials del procediment d'aprovació dels projectes de delimitació d'àrees destinades al patrimoni públic del sòl i d'habitatge el d'informació pública i, en el cas d'expropiació forçosa, el d'audiència dels titulars dels béns i drets afectats.

5. La constitució del dret real de tanteig a què fa referència aquest article es pot inscriure en el Registre de la Propietat d'acord amb la legislació en la matèria.

(4) Article 568-15

Conversió del tanteig en retracte

1. El dret real de tanteig implica el de retracte si manca la notificació fefaent dels elements essencials de l'acord de transmissió o si la transmissió s'ha fet en condicions diferents de les que constaven en la notificació o abans de vèncer el termini per a exercir el tanteig.

2. El dret de retracte s'ha d'exercir en un termini igual al pactat per a l'exercici del dret de tanteig o, si no se n'ha pactat cap, en un termini de tres mesos, en ambdós casos comptats des de la data en què s'inscriu en el Registre de la Propietat o en què es té coneixement de l'alienació.

(5) Article 15. Declaració d'àrees subjectes als drets de tanteig i retracte amb relació als objectius dels plans locals d'habitatge

1. Els municipis, per a complir els objectius dels plans locals d'habitatge i l'exigència d'incrementar el parc d'habitatges vinculats a polítiques socials que estableix l'article 73, per a facilitar la conservació i rehabilitació d'edificis i per a evitar l'expulsió d'ocupants o altres processos especulatius, poden delimitar àrees en què es puguin exercir els drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració pública sobre edificis plurifamiliars sencers usats principalment com a habitatge i àrees en què es puguin exercir els drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració pública sobre habitatges concrets. Aquests drets de tanteig i retracte s'estenen a la transmissió d'accions o participacions socials de societats mercantils l'objecte de les quals estigui vinculat directament o indirectament a l'activitat immobiliària i que siguin propietàries d'algun dels dits edificis o habitatges.

2. El Pla territorial sectorial d'habitatge, en funció de la importància de l'activitat immobiliària o de necessitats socials especials, pot proposar una delimitació d'àrees de tanteig i retracte per a les finalitats a què fa referència l'apartat 1 o pot delimitar-les directament, d'acord amb

els municipis afectats. Als efectes de la transmissió dels habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària, les àrees de tanteig i retracte poden coincidir amb les àrees de demanda residencial forta i acreditada delimitades en els plans locals d'habitatge, en el Pla territorial sectorial d'habitatge o, mentre aquestes no estiguin delimitades, amb les que preveu l'annex del Pla per al dret a l'habitatge.

3. Per a definir les possibles àrees subjectes als drets de tanteig i retracte, el municipi, o el Pla territorial sectorial d'habitatge, n'ha de justificar adequadament les raons. Els plans locals d'habitatge poden contenir la definició de les dites àrees.

4. Els drets de tanteig i retracte poden ésser exercits per l'Administració pública sia per compte propi, sia a favor dels promotors a què fa referència l'article 51, sia a favor dels subjectes a què fa referència l'article 87.3.

5. L'Administració, si exerceix el dret de tanteig a favor de tercers, pot fixar unes condicions respecte all'ús i la dedicació de l'immoble que assegurin que la seva destinació estigui vinculada a les polítiques socials d'habitatge del municipi. Aquestes condicions poden consistir a exigir que una part de l'immoble es destini a habitatges amb protecció oficial o vinculats a polítiques socials, més enllà dels percentatges màxims de reserva que estableixen l'article 17 i el Decret legislatiu 1/2005, del 26 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme.

6. En les àrees subjectes als drets de tanteig i retracte, no es poden fer transmissions a cap títol si l'immoble que es pretén transmetre es destina a habitatge o, en el cas d'edificis sencers, a un ús principal d'habitatge i no compleix ni pot complir, amb les obres de rehabilitació pertinents, les condicions d'habitabilitat exigides legalment.

7. Si els ens locals afectats no actuen, el departament competent en matèria d'habitatge ha de subrogar les tasques municipals a què fa referència aquest article, sens perjudici que altres departaments i organismes de la Generalitat competents en matèria d'urbanisme i política de sòl, en funció dels plans i programes d'actuació corresponents, assumeixin també, en tot o en part, les accions empreses. Els immobles obtinguts per mitjà de l'exercici dels drets de tanteig i retracte s'han de posar al servei de les polítiques locals d'habitatge.

8. És aplicable la legislació urbanística al procediment de delimitació de les àrees subjectes als drets de tanteig i retracte a què fa referència aquest article, així com a l'exercici d'aquests drets.

9. Si la delimitació de l'àrea subjecta als drets de tanteig i retracte coincideix amb tot el terme municipal, no cal que constin en l'expedient la relació de les finques afectades i de llurs propietaris ni la indicació dels carrers, polígons, sectors i paratges afectats.

(6) Article 134

Garanties per a exercir els drets d'adquisició preferent de les administracions

1. Els drets d'adquisició preferent s'han d'ajustar al que estableixen l'article 87 i els que hi concorden, i, en el que no hi estigui regulat, per la legislació civil de Catalunya.

2. Perquè l'Administració de la Generalitat pugui fer ús dels drets d'adquisició preferent en la transmissió d'habitatges amb protecció oficial, regulats per l'article 87 i els que hi concorden, abans d'autoritzar l'atorgament d'escriptures que acreditin la transmissió d'habitatges amb protecció oficial, els notaris han d'exigir que s'acrediti la correcta execució de les notificacions establertes, que s'han de testimoniar en la corresponent escriptura.

3. En el cas que els drets d'adquisició preferent s'exerceixin en favor d'una de les entitats o persones a què es refereix l'article 87, l'escriptura pública s'ha de formalitzar directament entre els transmissors de l'habitatge i els adquirents seleccionats per l'Administració.

4. Les garanties establertes per aquest article són aplicables a les prescripcions de l'article 15 amb relació a la declaració d'àrees subjectes als drets de tanteig i retracte.

Article 135

Requisits per a la inscripció registral

1. Els registradors no poden inscriure en el Registre de la Propietat escriptures que no hagin complert el que estableixen els articles del 132 al 134, relacionades amb els deures i les obligacions que s'hi estableixen.

2. Les limitacions establertes per la regulació dels drets d'adquisició preferent de l'Administració pública, i les garanties de l'exercici d'aquests drets, s'han de consignar expressament en la corresponent inscripció registral, en els termes establerts per aquesta llei i per la legislació hipotecària.

3. L'acte administratiu d'exercici dels drets d'adquisició preferent és títol suficient perquè l'Administració pública corresponent faci la inscripció de l'adquisició.

4. (...)

5. (...)

Article 136

Constància registral d'actuacions administratives

1. Són inscripcions en el Registre de la Propietat els actes administratius que, en execució d'aquesta llei, tinguin transcendència real sobre el domini o altres drets reals o afectin el règim jurídic de l'immoble.

2. El tipus d'assentament registral és determinat per la naturalesa temporal o definitiva, principal o accessòria, d'acord amb la legislació hipotecària.

3. (...)

4. (...)

5. Són objecte de constància registral especialment els actes administratius següents:

a) (...)

b) (...)



- c) La declaració d'àrea subjecta a l'exercici dels drets de tanteig i retracte, establerta per l'article 15.
6. (...)
- (7) Article 173. Dret legal de tanteig
1. L'Administració de la Generalitat té el dret de tanteig sobre les transmissions oneroses que afectin els béns següents:
- a) (...)
- b) Els habitatges arrendats quan, d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans, es transmetin conjuntament amb la resta d'habitatges o locals que formin part del mateix immoble.
2. El dret de tanteig a què fa referència l'apartat 1 es pot exercir mitjançant (...) les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia competents en matèria d'habitatge, en el supòsit de la lletra b.
- (8) El llistat més concret seria:
- INCASÒL
 - Ajuntaments
 - Societats municipals
 - Patronats municipals (com el de Barcelona)
 - Cooperatives d'habitatges
 - Entitats urbanístiques especials
 - Promotors privats d'habitatges o entitats sense ànim de lucre que tinguin per objecte la promoció d'HPO destinats a lloguer, la seva gestió o explotació, o la seva venda per a beneficiaris amb ingressos més baixos
 - Promotors privats d'habitatges que tinguin per objecte de la promoció d'HPO destinats a la venda que compleixin els criteris d'homologació establerts en els reglaments
 - Entitats sense ànim de lucre l'objecte de les quals sigui l'allotjament de col·lectius vulnerables que necessiten una tutela especial
 - Les persones físiques seleccionades entre les inscrites en el Registre de Sol·licitants d'Habitatge de Protecció Oficial
 - Les Administracions públiques i les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculades a les Administracions públiques o que en depenen
 - Les societats mercantils de participació pública majoritària directament o indirectament (en què Administracions públiques o entitats de dret públic participen majoritàriament, o de les quals financen majoritàriament l'activitat o nomenen més de la meitat dels membres dels òrgans d'administració, direcció o vigilància)
 - Les persones jurídiques constituïdes o integrades majoritàriament per Administracions públiques o entitats de dret públic i les persones jurídiques l'activitat de les quals és finançada majoritàriament per Administracions públiques o entitats de dret públic
- (9) Artículo 6. Inscripción en el Registro. 1. El contrato inicial y sus modificaciones serán objeto de asiento de inscripción en el folio registral abierto a la finca arrendada.

2. No será obstáculo que suspenda la inscripción del contrato la circunstancia de que la finca arrendada no forme folio registral independiente en el Registro, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca figuren inscritos a nombre del arrendador. Bastará en este caso, sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal, que la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada con expresión de su superficie, situación y linderos. La inscripción se practicará entonces en el folio abierto para la totalidad del edificio o de la finca. No obstante, cuando a juicio del Registrador, la claridad de los asientos así lo requiera, o cuando lo solicite el presentante, la inscripción del arrendamiento de parte de la finca registral se practicará en folio independiente, bajo el mismo número y el de orden correlativo que le corresponda. La apertura del nuevo folio se hará constar por nota de referencia al margen de la inscripción de dominio.

- (10) Article 553-3. 2. (...) Les quotes de participació corresponents als elements privats s'expressen en percentatge sobre el total de l'immoble i es fixen proporcionalment a la superfície i ponderant l'ús, la destinació i les altres dades físiques i jurídiques dels béns que integren la comunitat.
- (11) Article 551-2. 2 La comunitat en règim de propietat horitzontal es regeix pel títol de constitució, que s'ha d'adequar al que estableix el capítol III. Les situacions de comunitat que compleixen els requisits de la propietat horitzontal i no s'hagin configurat d'acord amb el que estableix el capítol III es regeixen pels pactes establerts entre els copropietaris, per les normes de la comunitat ordinària i, si escau, per les disposicions del capítol III que siguin adequades a les circumstàncies del cas.
- (12) Article 25. (...) 7. No escauen els drets de tempteig o retracte quan l'habitatge arrendat es vengui conjuntament amb els altres habitatges o locals propietat de l'arrendador que formin part d'un mateix immoble ni tampoc quan venguin de manera conjunta diferents propietaris a un mateix comprador la totalitat dels pisos i locals de l'immoble. En aquests casos, la legislació sobre habitatge pot establir el dret de tempteig i retracte, respecte a la totalitat de l'immoble, a favor de l'òrgan que designi l'Administració competent en matèria d'habitatge, i és aplicable el que disposen els apartats anteriors als efectes de la notificació i de l'exercici d'aquests drets.
- (13) Article 174
- Exercici dels drets de tanteig i de retracte
1. El dret de tanteig a què fa referència aquest capítol comporta l'obligació de qui vol alienar onerosament el bé afectat de comunicar a l'Administració titular del dret les condicions de transmissió del bé. L'exercici del dret de tanteig implica que l'Administració o els beneficiaris adquireixen el bé en les condicions

comunicades. Poden ser beneficiaris del dret de tanteig:

- a) L'Institut Català del Sòl, quan es tracti de terrenys destinats a l'ús d'habitatge.
- b) Els ajuntaments.
- c) Els promotors socials i els altres subjectes a què fan referència respectivament els articles 51 i 87.3 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.
- d) Els ocupants legals de l'habitatge objecte de l'exercici del dret de tanteig o de qualsevol altre habitatge de l'immoble on s'ubiqui aquest, sempre que compleixin les condicions d'accés al Registre de Sol·licitants d'Habitatge amb Protecció Oficial.
- L'exercici del dret de tanteig pot donar lloc a l'adquisició del bé conjuntament per l'Administració titular i per qualsevol dels possibles beneficiaris.
2. El dret de tanteig caduca si, a partir de la comunicació a què fa referència l'apartat 1, l'Administració no l'exerceix en el termini de dos mesos. Quan l'Administració requereixi els tenidors per inspeccionar l'estat de conservació d'un edifici afectat o els propietaris per aportar informació sobre els ocupants i els seus títols, el termini esmentat resta suspès entre la notificació del requeriment i la pràctica de l'actuació inspectora o la recepció de la documentació, sense que la suspensió del termini pugui ser superior a quinze dies si l'actuació es practica més enllà d'aquest termini per causes imputables només a l'Administració. Si l'Administració exerceix el dret de tanteig, el termini per formalitzar l'adquisició del bé afectat és de tres mesos comptadors des de la notificació corresponent a la persona transmissora. Quan l'Administració no exerceix el dret de tanteig, l'efecte de la comunicació decau si transcorren sis mesos des que es va efectuar sense que es produeixi la transmissió del bé.
3. La transmissió del bé afectat sense complir l'obligació de comunicació o, complerta aquesta, abans que caduqui el dret de tanteig o en condicions menys oneroses a les comunicades implica el dret de retracte. El termini per exercir aquest dret és de tres mesos a partir de la inscripció de la transmissió en el Registre de la Propietat o del moment en què l'Administració tingui coneixement de l'alienació. L'exercici del dret de retracte implica que l'Administració o la beneficiària adquireixen el bé afectat pel mateix preu i en les mateixes condicions que ho va fer l'adquirent.
4. No obstant el que estableixen els apartats 2 i 3 sobre la comunicació i l'exercici del dret de tanteig i de retracte, és aplicable a aquests efectes la legislació sobre arrendaments urbans amb relació al supòsit a què fa referència la lletra b de l'apartat 1 de l'article 173.
5. Si, amb relació a la mateixa transmissió d'un bé, escauen diversos drets de tanteig a favor d'administracions diferents, la part transmissora pot comunicar les condicions de la transmissió a qualsevol d'elles indistintament. L'Administració receptora de la comu-

nicació resta obligada a trametre-la a la resta d'administracions implicades a l'efecte de coordinar la seva actuació en l'exercici del dret de tanteig. Són preferents els drets de tanteig a què fa referència l'article 173 sobre el dret de tanteig a què fa referència l'article 172.

(14) Article 2

Drets de tanteig i retracte

1. La transmissió dels habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària que hagin estat adquirits després de l'entrada en vigor de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, està subjecta al dret de tanteig i retracte de l'Administració de la Generalitat. Aquest dret d'adquisició preferent afecta la primera i posteriors transmissions dels habitatges durant la vigència d'aquest Decret Llei.

2. L'exercici dels drets de tanteig i retracte es durà a terme de conformitat amb els procediments i en els termes que estableixen els articles 87 al 91 i els articles 134 al 136 de la Llei esmentada, per a l'exercici dels drets d'adquisició a favor de l'Administració sobre la transmissió dels habitatges amb protecció oficial amb les particularitats següents:

a) Els drets de tanteig i retracte els pot exercir l'Administració de la Generalitat, directament o a través d'entitats de dret públic amb

personalitat jurídica pròpia competents en matèria d'habitatge, en benefici propi, del municipi, d'altres entitats vinculades que en depenen, de societats mercantils de capital íntegrament públic, o en benefici d'entitats sense ànim de lucre que formin part de la Xarxa d'habitatges d'inserció o que tinguin la consideració de promotors socials d'acord amb el que estableix l'article 51.2.b) de la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge. En el cas de les entitats sense ànim de lucre, caldrà que manifestin expressament la voluntat d'adquirir els habitatges provinents d'aquests processos.

b) La decisió de transmetre l'habitatge s'ha de comunicar per part del titular transmissor a l'Agència del Habitatge de Catalunya. La notificació ha d'incloure la informació que estableix l'article 89.2 i 89.3.a) i b), de la dita Llei, el preu de venda previst, una declaració expressa de l'estat d'ocupació de l'habitatge, així com la valoració justificada sobre el seu estat de conservació.

c) Un cop notificada la decisió de transmetre, el titular està obligat a mostrar l'habitatge a l'Administració quan aquesta li ho sol·liciti. L'incompliment d'aquest deure en la data assenyalada suspèn el termini d'exercici del dret de tanteig fins a la data del seu compliment efectiu, sens perjudici de l'aplicació del règim sancionador que correspongui.

d) Transcorregut el termini d'exercici del dret de tanteig sense que l'Administració hagi notificat la seva voluntat d'exercir-lo, s'entendrà que renuncia a exercir el dret en relació amb aquesta transmissió.

e) El dret de retracte es pot exercir d'acord amb el que preveu l'article 91 de la dita Llei, però pel mateix preu i en les mateixes condicions d'adquisició en què efectivament s'hagi produït la transmissió.

f) Es prioritzarà l'exercici del dret de tanteig i retracte sobre els habitatges en bon estat de conservació, situats en barris subjectes a una especial degradació social i que tinguin un preu inferior al del mercat.

g) El termini per formalitzar l'adquisició dels habitatges és de tres mesos a comptar de la notificació al titular transmissor de la resolució d'exercici del dret de tanteig o del retracte.

També serà prioritari l'exercici del dret de tanteig i retracte en el cas d'habitatges adquirits de persones físiques en els processos d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària.

(15) 2. Les limitacions establertes per la regulació dels drets d'adquisició preferent de l'Administració pública, i les garanties de l'exercici d'aquests drets, s'han de consignar expressament en la corresponent inscripció registral, en els termes establerts per aquesta llei i per la legislació hipotecària.

Sentències del Tribunal Suprem

Datades des de gener a juny de 2020

Redacció Lefebvre

NOTARIS

Assegurança col·lectiva que cobreix la infidelitat dels treballadors d'una Notaria

Ref EDE 2020/505302. STS 1a, de 21 gener 2020. Rec. 2715/2016. Ponent: Sr. José Luis Seoane Spiegelberg

RESUM: Notaria: infidelitat de treballadors. Assegurança col·lectiva: clàusula de vigència de la pòlissa. Interpretació. El TS diu que del contingut literal de la pòlissa es desprèn que la clàusula controvertida ha de ser interpretada en el sentit que la modalitat d'infidelitat dels treballadors de la notaria cobreix els sinistres produïts abans de la vigència de l'assegurança, si l'assegurat no en té coneixement en el moment de l'adhesió a la pòlissa col·lectiva: el contracte obliga, per tant, dins els termes pactats, i una clàusula d'aquesta naturalesa és perfectament lícita i viable (FJ 6).

ITER PROCESSAL: Va iniciar el procediment un Notari de Gijón que tenia assegurats, a través de l'assegurança col·lectiva del Consell General del Notariat, la seva responsabilitat civil i la infidelitat dels seus treballadors. Després d'una sentència penal que condemna un dels seus treballadors per un delictes continuat d'apropiació indeguda, va accionar civilment contra la seva asseguradora sobre la base de la clàusula cinquena de la pòlissa, demanda que va ser desestimada perquè s'havia produït l'apropiació de fons abans de la vigència de la pòlissa. En el mateix sentit es va pronunciar l'AP i ara el TS, en cassació, opta per una interpretació literal de la clàusula, i accepta la pretensió indemnitzatòria perquè entén que la pòlissa cobreix els sinistres que van tenir lloc abans de la vigència del contracte, sempre que el Notari no tingués coneixement dels fets quan es va adherir a l'assegurança col·lectiva. No és infreqüent que es cobreixin sinistres que siguin descoberts durant la vigència de l'assegurança i que, per tant, fossin ignorats en el moment de contractar, i és lícita la clàusula que així ho disposa.

Error excusable d'un Notari en la taxació defectuosa d'una compravenda

Ref EDE 2020/504572. STS 1ª, de 16 gener 2020. Rec. 870/2017. Ponent: Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUM: Contracte de compravenda. Taxació defectuosa. L'Alt Tribunal confirma el caràcter nul del contracte de promesa de compravenda per incompliment del venedor i de la societat taxadora. Si la taxació s'hagués dut a terme d'acord amb el Dret i d'acord amb una bona praxi professional, la part compradora hauria conegut la impossibilitat d'adscriure els béns a l'ús industrial (FJ 3-6).

ITER PROCESSAL: El demandant és un Notari que va celebrar dos contractes de promesa bilateral de comprar i vendre sobre dues naus industrials, i va signar un préstec per finançar-les, prèvia taxació per una societat integrada en el grup al qual pertanyia el banc prestador. Va sol·licitar la nul·litat de tots els contractes perquè entén que les naus van resultar inútils per a la seva finalitat. La pretensió de nul·litat va ser acceptada en primera instància, però no les seves conseqüències, davant la qual cosa es recorre en apel·lació, i el recurs és rebutjat. Recorre en cassació que és estimada pel TS, el qual després de reconèixer la condició de consumidor al Notari, apunta que l'incompliment de les obligacions de la societat de taxació va motivar que el demandant desconegués la impossibilitat d'adscriure els béns a l'ús industrial, sense que la seva condició de Notari comporti la inexcusabilitat de l'error.

Mecanisme de compensació en l'elecció de Notari mitjançant torn de documents

Ref EDE 2020/515227. STS 3a, de 02 març 2020. Rec. 1630/2018. Ponent: Sra. Inés Huerta Garicano

RESUM: Elecció de Notari mitjançant torn de documents. Mecanisme de compensació. El TS declara que el mecanisme compensatori o de repartiment d'honoraris notariais en el sistema de torn de documents oficials establert per un col·legi notarial és contrari a la



Sentències

legislació de defensa de la competència. Constitueix una conducta prohibida que pot produir l'efecte de restringir la competència, en la mesura que afecta la remuneració dels col·legiats i incideix clarament en la determinació del preu dels serveis prestats pels fedataris públics, en relació amb la possibilitat d'efectuar descomptes sobre els aranzels (FJ 3 i 4).

ITER PROCESSAL: Davant l'acord de l'Il·lustre Col·legi Notarial de Madrid (ICNM) que recollia el mecanisme compensatori en relació amb els documents de torn diversos Notaris de Madrid van formular recurs d'alçada, que va ser desestimat per la DGRN que va entendre que aquest mecanisme manca de cobertura. Davant d'això, el Col·legi va interposar recurs contenciós administratiu que va ser estimat pel TSJ que va declarar la validesa del sistema de compensació, si bé va anul·lar les liquidacions impugnades per la manca de la motivació imprescindible. El TS, en cassació, entén que el mecanisme compensatori és contradictori a la legislació de defensa de la competència, com també a l'art. 134 del Reglament Notarial que ja no preveu el sistema de compensació o de repartiment d'honoraris.

Manaments d'execució expedits per Notaris en procediments d'execució forçosa

Ref EDE 2020/544231. STJUE 6a, de 07 maig 2020. Assumptes acumulats C-267/19 y C323/19

RESUM: Procediments d'execució forçosa. Manaments d'execució expedits per Notaris. Discriminació i tutela judicial efectiva. El TJUE interpreta els arts. 18 TJUE i 47 de la Carta de Drets Fonamentals en relació amb reclamacions per al cobrament de crèdits impagats. Permet als Notaris, en els procediments d'execució forçosa, dictar manaments d'execució que es basen en un document autèntic, que no poden ser reconeguts ni executats en un altre Estat membre. Aquesta facultat no vulnera el principi de discriminació si no s'estableix un tracte diferenciat en funció del criteri de nacionalitat. Tampoc el dret a la tutela judicial efectiva, ja que, malgrat el caràcter no contradictori d'aquest tipus de procediment executiu, el Notari exerceix les seves atribucions sota el control d'un jutge davant el qual el deutor té la possibilitat de formular la seva oposició al manament d'execució expedit (FJ 40-54).

ITER PROCESSAL: Es presenten, pel Tribunal del Mercantil de Zagreb, sengles peticions de decisió prejudicial, l'objectiu de les quals és la interpretació dels arts. 18 TFUE i 47 Carta de Drets Fonamentals, en dos litigis sobre reclamacions de cobrament de crèdits impagats. Ambdós entre societats eslovenes i croates entre les quals es va iniciar un procediment d'execució forçosa davant un Notari en exercici a Croàcia sobre la base d'un "document autèntic" (un extracte de comptes auditats, en el primer cas, i una llista de factures emeses, en el segon). Es tracta d'aclarir si un Notari pot emetre, en aquest context, manaments d'execució sobre la base de documents que no poden ser reconeguts ni executats en un altre Estat membre diferent de l'Estat on es va emetre. La resposta del TJUE és afirmativa i no s'aprecia ni vulneració del principi de no-discriminació mentre no hi hagi un tracte diferenciat en funció de la nacionalitat, ni de la tutela judicial efectiva, ja que el deutor executat sempre es pot oposar judicialment al manament notarial.

DRETS FONAMENTALS

DRET A L'HONOR

Publicació de la condemna per assetjament psicològic a una treballadora en un diari

Ref EDE 2020/511716. STS 1a, de 24 febrer 2020. Rec. 774/2018. Ponent: Sr. Eduardo Baena Ruiz

RESUM: Dret a l'honor. Inexistència d'intromissió il·legítima. Diari que publica la condemna per assetjament psicològic a una treballadora. El TS estableix que no hi ha intromissió il·legítima en el dret a l'honor pels articles periodístics publicats que informaven sobre la sentència que condemnava una Administració autonòmica per responsabilitat patrimonial derivada de la seva inactivitat davant l'assetjament laboral patit per una professora d'un centre que en depenia. La informació publicada era essencialment veraç, es va limitar a fer ressò de la condemna imposada a l'Administració autonòmica i a informar sobre les possibles conseqüències de tipus disciplinari que podien derivar per a l'autor de l'assetjament (FJ 4).

ITER PROCESSAL. El jutjat de primera instància n. 1 de Lleó va estimar la demanda del cap d'una professora de l'Escola d'Art perquè va considerar vulnerat el seu honor amb la publicació, per parts del demandat, de dues notícies que feien referència, respectivament, a la seva condemna per mobbing o assetjament psicològic a la seva subordinada i al fet que la baixa laboral havia retardat la tramitació d'un expedient disciplinari en contra seva. Va considerar que la manca de veracitat i de proporcionalitat no estaven emparades per la llibertat d'informació. Els responsables de la publicació (l'empresa editora del diari en el qual es van publicar les informacions litigioses i el seu director) van recórrer en apel·lació, que va ser desestimada, i ara en cassació els. El TS no aprecia vulneració de l'honor, ja que a través de fonts objectives, fiables, identificables i susceptibles de contrast els recurrents es van limitar a fer-se ressò de la condemna imposada a l'administració autonòmica, per la seva inactivitat davant un cas d'assetjament en un centre de la seva competència, com també a informar de les possibles conseqüències disciplinàries per l'autor.

Indicació dels delictes de l'encausat en una anotació preventiva

Ref EDE 2020/515172. STC 2a, de 24 febrer 2020. Rec. 5010/2017. Ponent: Sra. Encarnación Roca Trías

RESUM: Vulneració de l'honor d'un encausat. Anotació preventiva d'una prohibició de disposar: indicació dels delictes. El TC considera vulnerat el dret a l'honor d'un encausat si en l'anotació preventiva de prohibició de disposar d'un immoble s'esmenten els delictes pels quals està essent jutjat, encara que no sigui el titular registral actual del bé sobre el qual recau l'anotació, però hi ha indicis racionals de poder-ho ser. La relació de delictes constitueix una informació innecessària perquè la publicitat registral de la prohibició de disposar compleixi la seva funció, no resulta ponderada o equilibrada i no supera el judici de proporcionalitat exigint per la constitucionalitat de qualsevol mesura restrictiva de drets. És perjudicial per a l'honor de l'afectat en desmerèixer-lo en la seva consideració aliena i queda menyscabada la seva reputació i també



la seva actuació professional si els delictes anotats es connecten directament amb la seva activitat professional (FJ 4-6).

ITER PROCESSAL: Aquest recurs d'empara el planteja un encausat contra les resolucions judicials que no van accedir a la seva sol·licitud que s'ordenés al Registre de la Propietat n. 5 d'Alacant que l'anotació de prohibició de disposar que afectava l'immoble registrat a nom d'una societat, acordada com a mesura cautelar real en unes diligències prèvies, fos alterada per suprimir la referència als delictes pels quals el recurrent, soci i administrador solidari, estava sent investigat en aquest procediment penal. El TC aprecia vulneració del seu dret a l'honor i ordena que se suprimeixi en l'anotació registral la referència "per presumptes delictes de pertinença a organització criminal, frau a la hisenda pública, relatius a la prostitució, blanqueig de capitals i altres activitats delictives connexes". Entén que la informació que relacioni una persona física amb la investigació en fase d'instrucció de fets delictius, encara que mantingui intacta la presumpció d'innocència de l'afectat, comporta o pot comportar un perjudici de la consideració aliena, i d'aquesta manera se'n perjudica la reputació.

DRET D'IMATGE/INFORMACIÓ

Publicació sense consentiment d'una fotografia de Facebook en un reportatge periodístic

Ref EDE 2020/515188. STC 2a, de 24 febrer 2020. Rec. 1379/2017. Ponent: Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

RESUM: Vulneració del dret d'imatge. Publicació d'una fotografia obtinguda a Facebook. El TC aprecia vulneració del dret a la pròpia imatge en la publicació d'una crònica de successos il·lustrada amb una fotografia de la víctima extreta sense consentiment del seu perfil personal d'una xarxa social. El sol fet d'haver "pujat" una fotografia no suposa una mena de consentiment tàcit i indefinit per al seu ús posterior per tercers. Per tant, encara que els esdeveniments són fets noticiables, fins i tot es refereixen a una persona anònima, la identificació fotogràfica no és d'interès públic, perquè manca de rellevància per la informació que es permet transmetre. En conseqüència, es produeix una intromissió il·legítima que no s'empara en el dret a comunicar lliurement informació veraç (FJ 4 i 5).

ITER PROCESSAL: Una editorial va interposar aquest recurs d'empara al·legant vulneració del dret a comunicar lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió, en relació amb la publicació en un diari d'un reportatge sobre un fet. La víctima del fet va accionar contra el diari per intromissió il·legítima, entre altres, en el dret fonamental a la seva pròpia imatge perquè es van incloure en un reportatge sengles fotografies del demandant i del seu germà, que havien estat obtingudes dels seus perfils de Facebook respectius sense l'autorització preceptiva. El TC no comparteix l'al·legació de l'empresa editorial que la publicació de la imatge pel mateix usuari en una xarxa social d'Internet i la seva divulgació consegüent constitueix una mena de consentiment tàcit per a l'ús posterior per tercers. Entén que no es pot considerar com a consentiment indefinit i vinculant aquell que inicialment es va donar per a una ocasió o amb una finalitat determinada. Per això, l'usuari de Facebook no "puja", "penja" o exhibeix una imatge perquè posteriorment altres la puguin observar, només consent a ser observat

en el lloc que ell ha escollit (perfil, mur, etc.). Per tant, no aprecia la vulneració al·legada del dret d'informació.

SECRET DE LES COMUNICACIONS, LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ I D'INFORMACIÓ (EN CENTRES PENITENCIARIS)

Intercepció de les comunicacions directes d'un reclus per funcionaris penitenciaris

Ref EDE 2020/512375. STC 1a, de 10 febrer 2020. Rec. 3185/2018. Ponent: Sr. Santiago Martínez-Vares García

RESUM: Intercepció de les comunicacions directes d'un reclus. Secret de les comunicacions. Llibertat d'expressió. El TC no aprecia vulneració del dret al secret de les comunicacions d'un reclus, sancionat per les expressions utilitzades en denunciar anomalies en el funcionament del centre i en la composició de la comissió disciplinària. L'àmbit de protecció d'aquest dret abasta les comunicacions realitzades en un sobre tancat mitjançant la intermediació tècnica d'un tercer. Per tant, exclou la comunicació directa, escrita o oral i sense mitjà tècnic d'interposició, interceptada per funcionaris de l'administració penitenciària, ja que manca del caràcter secret i aquests no són considerats tercers (FJ 3). Sí que considera vulnerada la llibertat d'expressió de l'intern, ja que la seva conducta es va desenvolupar dins els marges que delimiten l'exercici legítim del dret, de manera que les expressions utilitzades, pel seu significat, el context, la forma i la finalitat que es van utilitzar, i l'òrgan al qual es dirigien, no mereixen cap censura jurídica i la sanció és constitucionalment il·legítima (FJ 4-6).

ITER PROCESSAL: La demanda d'empara interposada per un intern es dirigeix contra dues interlocutòries del Jutjat de Vigilància Penitenciària n. 1 de Múrcia que confirmen parcialment la sanció imposada al recurrent per acord de la comissió disciplinària del centre penitenciari, en considerar que aquestes resolucions vulneren el dret a la llibertat d'expressió i la garantia del secret de les comunicacions. Cal entendre que aquesta resolució administrativa precedent també s'ha recorregut en empara, ja que és troba a l'origen de les vulneracions produïdes. El TC anul·la les tres resolucions en apreciar vulneració de la llibertat d'expressió, ja que les expressions proferides als funcionaris del centre penitenciari i per les quals va ser sancionat, no mereixen cap censura jurídica. No obstant això, no declara la vulneració del secret de les comunicacions per "l'examen" i la "intervenció" de les seves dues queixes pels diferents funcionaris, perquè entén que no hi va haver correspondència, ni mitjà tècnic d'interposició, ni ingerència per tercers del contingut del comunicat.

Denegació d'entrevista periodística en un centre penitenciari

Ref EDE 2020/509510. STC 2a, de 27 gener 2020. Rec. 6354/2017. Ponent: Sra. Encarnación Roca Trías

RESUM: Vulneració de les llibertats d'expressió i d'informació. Denegació d'entrevista periodística en un centre penitenciari. El TC concedeix l'empara sol·licitada i declara nul·l l'acord de la direcció del centre penitenciari pel qual es denegava al recurrent en empara una comunicació amb un professional acreditat de la informació, perquè vulnera els seus drets a expressar i a difondre lliurement els



Sentències

seus pensaments, idees i opinions mitjançant la paraula, l'escrit o qualsevol altre mitjà de reproducció i a comunicar lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió (FJ 4 i 5).

ITER PROCESSAL: El demandant d'empara és un intern del centre penitenciari de Còrdova al qual es va denegar una autorització per ser visitat per un professional de la informació perquè, en no presentar motivació que justifiqui la necessitat d'aquesta comunicació, no hi havia garanties suficients que assegurassin el manteniment de la seguretat i el bon ordre de l'establiment. El TC atorga l'empara sol·licitada perquè la finalitat de l'acord de la directora del centre denegant la comunicació no resulta legítima constitucionalment i s'ha de declarar nul perquè vulnera els drets del recurrent "a expressar i a difondre lliurement els pensaments, les idees i les opinions mitjançant la paraula, l'escrit o qualsevol altre mitjà de reproducció".

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Espai immune al control jurisdiccional en la impugnació de decisions dels lletrats de l'Administració de justícia

Ref EDE 2020/505694. STC ple, de 28 gener 2020. Rec. 2754/2019. Ponent: Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

RESUM: Vulneració del dret a la tutela judicial efectiva. Impugnació de decisions de lletrats de l'Administració de justícia. Espai immune al control jurisdiccional. El Ple del TC ha declarat inconstitucional i nul l'art. 454.bis 1 primer paràgraf de la LEC de mesures d'agilització processal. Aquest precepte vulnera el dret a la tutela judicial efectiva perquè ha creat un règim d'impugnacions de les decisions dels lletrats de l'Administració de Justícia que genera un espai immune al control jurisdiccional. Aquest precepte no permet descartar que eventualment hi hagi supòsits (com el que ha donat lloc al plantejament d'aquesta qüestió d'inconstitucionalitat) en els quals la decisió del lletrat de l'Administració de justícia afecti qüestions rellevants en el marc del procés que afectin la funció jurisdiccional reservada exclusivament a jutges i magistrats i que, no obstant això, queden exclosos pel legislador del recurs directe de revisió davant els titulars de la potestat jurisdiccional (FJ 3).

ITER PROCESAL: Es planteja qüestió interna de constitucionalitat per la Sala Segona de TC en relació amb l'art. 454 bis 1, paràgraf 1r LEC, en la redacció que en fa la Llei 37/2011, de mesures d'agilització processal, per possible vulneració de l'article 24.1 CE. El Ple del Tribunal en declara la inconstitucionalitat ja que aquesta norma crea un espai immune al control jurisdiccional de determinades decisions del lletrat de l'Administració de justícia.

COVID-19

MESURES CAUTELARS

Postergació durant la COVID-19 de l'avaluació dels metges residents

Ref EDE 2020/528938. ATS 3a, de 16 abril 2020. Rec. 95/2020. Ponent: Sra. María del Pilar Teso Gamella

RESUM: Mesura cautelaríssima: urgència especial. Avaluació de metges residents durant la COVID-19. El TS rebutja que, com a

mesura cautelaríssima, es realitzi l'avaluació dels metges residents de darrer any, posposada durant la COVID-19, amb la consegüent obtenció del títol professional habilitant que permeti accedir a les places de metge especialista. No considera com a circumstància d'urgència especial, justificativa de la mesura, la necessitat imperiosa que els qui fan la tasca assistencial en aquesta pandèmia com a residents deixin d'estar supervisats i passin a prestar els seus serveis com a metges especialistes amb més autonomia i sense necessitat de supervisió (FJ 2-4).

ITER PROCESSAL: La Confederació Estatal de Sindicats Metges (CESM) va interposar recurs contenciós administratiu davant el TS pel procediment especial de protecció dels drets fonamentals de la persona contra l'Ordre SND/319/2020, d'1 d'abril, per la qual es modifica l'Ordre SND/232/2020, de 15 de març, per la qual s'adopten mesures en matèria de recursos humans i mitjans per a la gestió de la situació de crisi sanitària provocada per la COVID-19. Entén que s'ha vulnerat el dret fonamental a l'accés a funcions i càrrecs públics en condicions d'igualtat en relació amb altres col·lectius que no van veure retardats els seus processos d'avaluació i que, per tant, estaran en condicions d'accedir al desenvolupament de funcions públiques amb caràcter immediat després de l'avaluació i l'emissió de la titulació corresponent. Per això insta l'adopció immediata d'una mesura cautelar que consisteix a procedir a l'avaluació del personal resident de darrer any i consegüent obtenció del títol professional habilitant que, al seu torn, permet al col·lectiu l'accés a les funcions i als càrrecs públics en condicions d'igualtat amb la incorporació a places de metge especialista en els diferents centres del Sistema Nacional de Salut. Es denega per no apreciar la concurrència d'urgència especial.

Protecció de sanitaris i ciutadans durant la COVID-19

Ref EDE 2020/530829. ATS 3a, de 20 abril 2020. Rec. 91/2020. Ponent: Sr. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

RESUM: Mesura cautelaríssima. Subministrament de mitjans de protecció davant la COVID-19. El TS adopta com a mesura cautelar requerir al Ministeri de Sanitat l'adopció de totes les mesures al seu abast per a la millor distribució dels mitjans de protecció dels professionals sanitaris davant el coronavirus, com també informar quinzenalment a la Sala sobre les mesures concretes adoptades amb aquesta finalitat, indicant els mitjans de protecció posats a disposició i la seva distribució efectiva. Amb això, l'interès que es fa prevaldre és la preservació dels drets a la integritat física i a la salut dels professionals sanitaris, juntament amb la preservació d'aquests drets de les persones a les quals assisteixen que, en situació de pandèmia, són potencialment tots els ciutadans. Per tant, és un interès públic que adquireix un caràcter essencial i que, en els moments excepcionals actuals, demanda tota la tutela possible (FJ 4).

ITER PROCESSAL: La Confederació Estatal de Sindicats Metges (CESM) interposa recurs contenciós administratiu pel procediment de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals contra la inactivitat del Ministeri de Sanitat sobre l'incompliment de l'art. 12.4 del RD 463/2020, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària de la COVID-19, perquè entén vulnerat el dret fonamental a la integritat física, tant dels professionals sanitaris com dels ciutadans. Sol·licita com a mesura cautelaríssima, per raons d'urgència vital per als uns i els altres, la de requerir al



Ministeri de Sanitat que proveeixi amb caràcter urgent i immediat, en tots els centres hospitalaris, centres assistencials d'atenció primària, serveis d'emergències, serveis d'assistència rural, centre amb pacients institucionalitzats, així com tots els altres centres assistencials del territori nacional que siguin públics o privats i qualsevol altres dependències habilitades per a ús sanitari, bates impermeables, mascaretes FFP2, FFP3, ulleres de protecció, calçat específic i contenidors (sic) grans de residus, seguint les recomanacions de l'OMS i els protocols de protecció del mateix Ministeri. El TS hi accedeix fent prevaldre, entre els interessos en conflicte, el dret a la integritat física i a la salut dels professionals i de les persones que presten assistència. És un interès públic que, en plena pandèmia, adquireix un caràcter essencial. La seva preservació ha de ser el criteri principal a tenir en compte i davant el qual no es perceben interessos diferents mereixedors de millor protecció.

DRET DE MANIFESTACIÓ

Prohibició de concentració de vehicle pel primer de maig a causa de la COVID-19

Ref EDE 2020/540381. ATC 1a, de 30 abril 2020. Rec. 2056/2020. Ponent: Sr. Juan José González Rivas

RESUM: Dret de manifestació. Limitació no lesiva per coronavirus. El TC no aprecia possible lesió del dret de manifestació d'un sindicat al qual es va rebutjar, a causa de la COVID-19, la realització d'una concentració de vehicles per manifestar-se el dia 1 de maig. Els desplaçaments en automòbil per a aquesta finalitat no són activitats permeses durant l'estat d'alarma i es podrien produir alteracions de l'ordre públic amb perill per a les persones i els béns, cosa que justifica la limitació d'aquest dret atesa l'emergència sanitària. Es tracta d'una mesura legítima i proporcional, ja que cerca limitar l'impacte que pugui tenir la propagació del virus (FJ 4).

ITER PROCESSAL: El TC admet el recurs d'empara interposat per la Central Unitària de Treballadors (CUT), a la qual se li va denegar manifestar-se el primer de maig amb una concentració de cotxes. Entén que la modalitat de manifestació triada pels recurrents genera altres problemes que poden impactar en la preservació de la seguretat de les persones. En una situació d'alerta sanitària, la lliure circulació dels serveis d'ambulàncies o urgències mèdiques, i el lliure accés als hospitals és un element que cal tenir en compte a l'hora de valorar la proporcionalitat de la limitació d'exercici del dret aquí invocat i, tenint-lo en compte en aquest cas, la mesura restrictiva es pot considerar proporcionada.

COMUNITAT DE PROPIETARIS

Acord per modificar les quotes de participació del títol constitutiu

Ref EDE 2020/550142. STS 1a, d'11 març 2020. Rec. 8/2017. Ponent: Sr. Antonio Salas Carceller

RESUM: Quotes de participació del títol constitutiu d'una comunitat de propietaris. Acord per modificar-les. El TS anul·la l'acord d'una junta de propietaris en el qual es va denegar a una propietària l'aplicació de les quotes de participació que les finques de la seva propietat tenien assignades en el títol constitutiu sobre la

base que existia un acord no impugnatiu en el qual es va acordar fixar unes quotes diferents. La falta d'impugnació no suposa una modificació tàcita del títol constitutiu sense respectar els requisits legals, acollint les noves quotes de participació acordades, de manera que en tot moment qualsevol propietari pot exigir que s'apliqui el percentatge de participació previst en el títol per a la distribució de les despeses, sense que la comunitat s'hi pugui negar (FJ 2). Formula vot particular l'Excm. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

ITER PROCESSAL: Una propietària va formular demanda de judici ordinari contra la comunitat de propietaris sol·licitant la nul·litat de l'acord pel qual la comunitat es nega a aplicar la quota de participació que les finques de la seva propietat tenen assignades en el títol constitutiu de propietat horitzontal respecte de la seva contribució a les despeses generals, negativa que es basa en l'existència d'un altre acord pel qual es va acordar fixar unes quotes diferents de les contingudes en el títol constitutiu, que no va ser objecte d'impugnació. La sentència d'instància, estimatòria de la pretensió, va ser recorreguda en apel·lació per la comunitat i el recurs va ser estimat. El TS, en cassació, confirma la nul·litat de l'acord, perquè la manca d'impugnació de l'acord modificatiu de quotes no suposa una modificació tàcita del títol constitutiu ometent els requisits legals, per la qual cosa qualsevol propietari pot exigir en qualsevol moment l'aplicació del percentatge previst en el títol i la comunitat no s'hi pot negar.

Consideració d'una comunitat de propietaris com a consumidor en contractes celebrats amb professionals

Ref EDE 2020/522681. STJUE 1a, de 02 abril 2020. Assumpte C-329/19

RESUM: Comunitat de propietaris. Consideració com a consumidor en contractes amb professionals. El TJUE interpreta els arts. 1.1 i 2 b) Directiva 93/13, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors i permet que els Estats membres adoptin mesures de protecció més estrictes que les previstes en aquella, sempre que siguin compatibles amb els tractats. Així, una comunitat de propietaris podrà ser considerada consumidor a l'efecte de la Directiva, encara que no és una persona física o jurídica, quan celebra un contracte per a finalitats alienes a l'activitat professional i es troba en situació d'inferioritat en relació amb el professional, tant respecte a la capacitat de negociació com a la capacitat d'informació (FJ 21-38).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial plantejada pel Tribunal Ordinari de Milà té per objecte la interpretació dels arts. 1.1 i 2 b) Directiva 93/13 sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors. S'ha presentat en el context d'un litigi entre una comunitat de propietaris d'un immoble situat a Milà i una empresa de subministrament d'energia tèrmica, que li reclama el pagament d'interessos de demora en virtut del contracte celebrat entre totes dues. La comunitat considera abusiva la clàusula sobre els interessos de demora, com també l'òrgan remitent, el qual la pot anul·lar d'ofici, però té dubtes sobre si és possible que una comunitat de propietaris estigui compresa en la categoria de consumidors en el sentit de la directiva esmentada. El TJUE respon afirmativament, encara que la comunitat sigui un subjecte de Dret no comprès en el seu àmbit d'aplicació perquè no és una persona física ni jurídica en el sentit d'aquesta disposició.



ASSEGURANCES

Danys morals d'un conductor per defunció de familiars en un sinistre provocat per ell

Ref EDE 2020/515359. STS 1a, de 02 març 2020. Rec. 4149/2017. Ponent: Sr. José Luis Seoane Spiegelberg

RESUM: Assegurança obligatòria de responsabilitat civil. Perjudicis morals d'un conductor causant del sinistre. El TS exclou de la cobertura de l'assegurança obligatòria de responsabilitat civil el conductor assegurat causant de l'accident que provoca la mort dels familiars que ocupaven el vehicle accidentat. No és creditor de la indemnització pels danys morals soferts, perquè aquest tipus d'assegurances cobreixen els danys provocats pel conductor a un tercer, no els que experimenti ell mateix com a conseqüència de la seva pròpia conducta provocadora del dany (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El Jutjat de Primera Instància n. 11 d'Alacant va desestimar la demanda d'un conductor que reclamava una indemnització a la seva asseguradora pels danys morals soferts per la defunció de la seva dona i els seus fills en un accident provocat per ell, pretensió que sí que va ser acollida en apel·lació. El TS, en conèixer en cassació del recurs de l'asseguradora, cassa la sentència apel·lada perquè una assegurança de responsabilitat civil cobreix els danys provocats pel conductor a tercers, no els que experimenti ell mateix com a conseqüència de la seva pròpia conducta productora del dany.

Termini per exercir el dret de renúncia en una assegurança de vida

Ref EDE 2020/522689. STJUE 8a, de 02 abril 2020. Assumpte C-20/19

RESUM: Assegurança de vida. Dret de renúncia. Condició del prenedor. El TJUE resol la qüestió prejudicial sobre els arts. 35 i 36 Directiva 2002/83 sobre l'assegurança de vida. Considera que el termini per exercir el dret de renúncia previst comença a partir de la data de la celebració del contracte, encara que la informació sobre les modalitats d'exercici d'aquest dret, transmesa per l'asseguradora al contractant, indiqui requisits de forma no exigits pel Dret nacional aplicable al contracte esmentat, sempre que la informació no el privi d'exercir aquest dret en les mateixes condicions que si la informació hagués estat exacta. Aquest termini s'aplica independentment que el prenedor tingui o no tingui la condició de consumidor, ja que establir una diferenciació d'assegurats en funció d'això suposaria una limitació de la protecció garantida per la Directiva (FJ 25-41).

ITER PROCESSAL: Es planteja qüestió prejudicial pel Tribunal Superior Regional de Viena sobre els arts. 35 i 36 Directiva 2002/83 sobre l'assegurança de vida, en el context d'un litigi entre una societat austríaca i l'asseguradora Zurich, en relació amb l'abast del dret de renúncia en aquest tipus d'assegurances. La discrepància es troba en si aquest dret ha de ser igual per a tots els contractants independentment que tinguin o no la condició de consumidor, perquè afecta el termini d'aquesta renúncia. El TJUE opta per una aplicació unitària per no limitar la protecció atorgada per la Directiva esmentada.

Dret del contractant a elecció d'advocat o representant en assegurança de defensa jurídica

Ref EDE 2020/549692. STJUE 3a, de 14 maig 2020. Assumpte C-667/18

RESUM: Assegurança de defensa jurídica. Lliure elecció d'advocat o representant. Concepte de procediment. El TJUE interpreta l'art. 201.1 a) Directiva 2009/138/CE, sobre l'accés a l'activitat d'assegurança i de reassegurança i el seu exercici. Considera que el concepte de "procediment judicial" esmentat en aquesta disposició fa referència a un procediment de mediació judicial o extrajudicial en el qual intervé, o pot intervenir, un òrgan jurisdiccional, ja sigui a l'inici o després de la conclusió d'aquest procediment. Per tant, la llibertat d'elecció d'advocat o representant que aquest precepte atorga al contractant d'una assegurança de defensa jurídica també és aplicable a aquest tipus de procediments (FJ 19-42).

ITER PROCESSAL: Aquesta decisió prejudicial plantejada pel Tribunal Constitucional belga té per objecte la interpretació de l'art. 201.1 a) Directiva 2009/138/CE sobre l'accés a l'activitat d'assegurança i de reassegurança i el seu exercici. Es planteja en el context d'un litigi entre, d'una banda, el Consell de Col·legis d'Advocats Flamencs i dels Advocats francòfons i germanòfons i, de l'altra, el Consell de Ministres belga, en relació amb la llibertat del contractant de l'assegurança, en una assegurança de defensa jurídica, d'escollir el seu representant en un procediment de mediació. El TJUE reconeix aquest dret perquè la mediació s'inclou dins el concepte "procediment judicial" al qual es refereix l'article objecte d'interpretació.

CONTRACTES

Aplicació de la clàusula "rebus sic stantibus", segons la durada dels contractes

Ref EDE 2020/516605. STS 1ª, de 06 març 2020. Rec. 2400/2017. Ponent: Sr. Ignacio Sancho Gargallo

RESUM: Clàusula "rebus sic stantibus". Aplicació segons la durada del contracte. El TS exigeix per aplicar la regla "rebus sic stantibus" una alteració, sobrevinguda i imprevisible de les circumstàncies tingudes en compte en contractar, de tal magnitud que incrementi de manera significativa el risc de frustració de la finalitat del contracte. No es produeix aquesta alteració si les parts han assumit expressament o implícitament el risc que aquesta circumstància es produís o que l'haurien hagut d'assumir perquè es troba dins els riscos normals del contracte. L'aplicació de la regla és més fàcil en els contractes de llarga durada, ordinàriament de tracte successiu, que en un de curta durada en el qual, a diferència del primer, difícilment pot tenir lloc alguna cosa extraordinària que afecti la base del contracte i que no s'inclouï dins el risc propi d'aquest (FJ 4).

ITER PROCESSAL: L'empresa encarregada en exclusiva de la gestió, la promoció i la venda d'espais publicitaris per a l'emissió dels anuncis corresponents en els canals de televisió i de ràdio de la titularitat de les comitents, va accionar davant la Televisión de Galicia S.A. (TVG) i Radiotelevisión de Galicia S.A. (RTVG), sobre la base que el contracte subscrit va ser prorrogat un any més sense arribar a convenir quin seria el mínim garantit per aquesta anualitat. Després d'estimacions parcials en instància de les pretensions



d'ambdues parts, i en apel·lació de les de l'empresa de publicitat, el TS acaba sentenciant que l'entitat publicitària assumia, o havia d'assumir, el risc de no arribar a aconseguir i facturar aquest mínim de publicitat i haver de compensar els comitents. La baixada de demanda de publicitat a la TV, vinculada a un període de temps curt, un any, no deixava de ser un risc cobert pel contracte, a més que no va ser tan dràstic i imprevisible. Així, la Sala rebutja l'aplicació de la clàusula "rebus sic stantibus", que exigeix una alteració de les circumstàncies sobrevinguda i imprevisible que no es produeix quan s'hagi d'assumir el risc perquè es troba dins dels que són normals del contracte.

Responsabilitat solidària d'un fabricant de vehicle per instal·lació de software de control d'emissions manipulat

Ref EDE 2020/515832. STS 1a Ple, d'11 març 2020. Rec. 4479/2017. Ponent: Sr. Rafael Sarazá Jimena

RESUM: Responsabilitat solidària del fabricant d'un vehicle. Instal·lació de software de control d'emissions manipulat. El Ple del TS ha condemnat el fabricant d'un vehicle, solidàriament amb el concessionari, a pagar una indemnització per danys i perjudicis per la instal·lació d'un software en un motor que manipulava els resultats dels mesuraments d'emissions contaminants. Si l'automòbil no té les característiques amb les quals va ser ofert, es produeix respecte del comprador final un incompliment tant del venedor directe com del fabricant que el va posar al mercat i el va oferir (FJ 3 i 4).

ITER PROCESSAL: La compradora d'un vehicle va interposar una demanda contra el fabricant i el venedor en tenir coneixement que el motor portava instal·lat un software que desactivava les emissions de gasos contaminants, que va ser desestimada pel Jutjat 1a Instància n. 3 de Maó. En apel·lació es va estimar la seva pretensió, però només contra el concessionari venedor, no contra el fabricant. Ara en cassació el TS declara la responsabilitat solidària de tots dos, ja que l'incompliment del contracte de compravenda es va produir perquè el producte que el fabricant havia posat al mercat a través de la seva xarxa de distribuïdors no tenia les característiques tècniques amb què ser ofert públicament pel mateix fabricant i, per tant, també ha de respondre.

Responsabilitat del subministrador de productes defectuosos per no informar sobre la identitat del fabricant

Ref EDE 2020/504617. STS 1a, de 21 gener 2020. Rec. 3450/2016. Ponent: Sra. M. de los Angeles Parra Lucán

RESUM: Responsabilitat del subministrador per productes defectuosos. No informació sobre la identitat del fabricant. El TS confirma la condemna a una multinacional a indemnitzar amb més d'un milió d'euros una perjudicada per una pròtesi defectuosa fabricada per una de les filials. La distribuïdora no va complir diligentment la seva obligació d'informar la demandant sobre la identitat del fabricant de la pròtesi defectuosa dins el termini de tres mesos des que la demandant s'hi va adreçar reclamant-li els danys soferts (FJ 3).

ITER PROCESSAL: El Jutjat 1a Instància n. 8 de Marbella va condemnar Johnson & Johnson S.A. a abonar a l'actora una indemnització pels danys soferts per una pròtesi defectuosa. Va recórrer en apel·lació, i ara en cassació, i van ser desestimats

ambdós recursos. Segons el TS, la responsabilitat per productes defectuosos recau en el productor si el proveïdor no està identificat, tret que indiqui la seva identitat al perjudicat, la qual cosa la distribuïdora va fer en aquest cas davant la reclamació de la demandant.

PRÉSTECES PERSONALS I HIPOTECARIS

Clàusula de venciment anticipat en relació amb els préstecs personals

Ref EDE 2020/507702. STS 1a Ple, de 12 març 2020. Rec. 1769/2016. Ponent: Sr. Pedro José Vela Torres

RESUM: Préstecs personals. Clàusula de venciment anticipat. El Ple del TS aborda per primer cop la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat en préstecs personals per abusiva. Parteix de la doctrina general establerta per aquesta Sala per a préstecs hipotecaris i estima que la previsió de venciment anticipat no és nul·la per si mateixa, sinó que la nul·litat provindria dels termes en què va ser redactada, ja que per no ser abusiva ha de modular la gravetat de l'incompliment en funció de la durada i la quantia del préstec. Una clàusula que permet el venciment anticipat per incompliment d'un sol termini, fins i tot parcial i respecte d'obligacions accessòries, ha de ser considerada abusiva (FJ 2).

ITER PROCESSAL: Un banc va demandar els prestataris davant l'impagament de tretze quotes, va donar per vençut el préstec personal i i va reclamar la totalitat deguda més els interessos. Els demandats s'hi van oposar al·legant la nul·litat de les clàusules contractuals. Després de l'estimació total de la demanda, i la parcial del recurs d'apel·lació, els prestataris recorren en cassació reclamant concretament la nul·litat de la clàusula de venciment anticipat. El TS, si bé com a regla general no considera nul·la aquesta clàusula, sí que aprecia la nul·litat en aquest cas, ja que el prestador no la va aplicar literalment i va suportar un període ampli de morositat abans d'exercir-la.

Indefensió per manca de control judicial d'ofici del caràcter abusiu de clàusules contractuals en un préstec hipotecari

Ref EDE 2020/515170. STC 1a, de 24 febrer 2020. Rec. 1993/2018. Ponent: Sr. Andrés Ollero Tassara

RESUM: Vulneració de la tutela judicial efectiva per indefensió. Manca de control judicial d'ofici de clàusules abusives. El TC considera vulnerat el dret a la tutela judicial efectiva si no s'ha procedit d'ofici al control judicial de l'abusivitat de les clàusules d'un préstec hipotecari. D'acord amb el Dret de la UE, les clàusules el caràcter abusiu de les quals encara no hagi estat examinat en un control judicial anterior del contracte controvertit celebrat amb l'adopció d'una resolució amb força de cosa jutjada han de ser conegudes pel jutge nacional, bé a instància de part o d'ofici (FJ 2 i 4). D'aquí que no sigui possible considerar que el termini per denunciar l'existència de clàusules abusives hagi acabat només perquè la part executada no va formular oposició a l'execució en el termini de deu dies previst legalment (FJ 3).

ITER PROCESSAL: Aquest recurs d'empara l'interposa l'executat en un procediment d'execució hipotecària, al·legant



Sentències

vulneració de la tutela judicial efectiva, causa d'indefensió, perquè l'òrgan judicial es nega a controlar d'ofici l'abusivitat de les clàusules del préstec. El contracte té com a mínim dues clàusules abusives evidents: la de venciment anticipat i la d'interessos de demora. D'acord amb el Dret europeu, l'òrgan judicial estava obligat a fer un control d'ofici i a anul·lar les clàusules abusives esmentades, la qual cosa va ser rebutjada. El TC dona la raó al demandant d'empara i conclou que la interlocutòria que despatxa l'execució manca de la més mínima referència a un control d'ofici, sense que un suposat examen completament immotivat pugui servir per a rebutjar la revisió de les clàusules instada pel recurrent a l'empara de la Directiva 93/13/CEE. En conseqüència, l'òrgan judicial ha vulnerat la tutela judicial efectiva del demandant com a conseqüència d'una "selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable", com també de "su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia".

Substitució judicial de l'índex hipotecari IRPH per manca de transparència

Ref EDE 2020/513105. STJUE Gran Sala, de 03 març 2020. Assumpte C-125/18

RESUM: Clàusula sobre índex hipotecari IRPH. Substitució judicial del tipus d'interès per manca de transparència. El TJUE resol la qüestió prejudicial sobre la Directiva 93/13/CEE del Consell, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors i, particularment, els arts. 1.2, 4.2, 5, 6.1, 7.1, i 8. Estableix que els jutges espanyols podran substituir l'índex hipotecari IRPH per un altre índex legal si consideren que la seva comercialització no va ser clara i prou transparent, cosa que dona lloc a la nul·litat de la clàusula que l'aculli. Aquesta ha de ser comprensible pel consumidor, no només en el vessant formal i gramatical, sinó que ha de permetre que el consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç, estigui en condicions de comprendre el funcionament concret del mètode de càlcul d'aquest tipus d'interès i valorar, així, sobre la base de criteris precisos i comprensibles, les conseqüències econòmiques, potencialment significatives, d'aquesta clàusula sobre les seves obligacions financeres (FJ 27-72).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial, presentada pel Jutjat de Primera Instància n. 38 de Barcelona, versa sobre la interpretació de la Directiva 93/13/CEE del Consell, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors i, particularment, els arts. 1.2, 4.2, 5, 6.1, 7.1, i 8. Es planteja en el marc d'un litigi entre un nacional espanyol i Bankia en relació amb la clàusula relativa al tipus d'interès variable i remuneratori recollida en el contracte de préstec hipotecari celebrat entre ambdues parts, considerada abusiva pel primer. El TJUE permet que el jutge nacional pugui substituir l'índex hipotecari IRPH per un altre de supletori si la clàusula del préstec hipotecari sobre el tipus d'interès no és clara ni transparent, de manera que un consumidor mitjà no pugui comprendre l'abast econòmic que aquest índex té sobre el seu préstec i ha estat declarada nul·la i abusiva.

RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ

Danys provocats per espècies protegides

Ref EDE 2020/507950. STS 3a, de 11 febrer 2020. Rec. 147/2019. Ponent: Sr. Rafael Fernández Valverde

RESUM: Responsabilitat patrimonial de l'Administració. Danys provocats per espècies protegides. Segons el TS, l'Administració respon patrimonialment pels danys causats per espècies de fauna salvatge que gaudeixen de protecció singular en la normativa sectorial específica, perquè el règim especial de protecció impedeix als particulars adoptar les seves pròpies mesures. És l'Administració qui les ha d'adoptar, compatibilitzant, en la mesura del que sigui possible, el règim de protecció amb els drets i els interessos patrimonials dels administradors i responent pels danys provocats per la gestió d'aquest règim quan l'administrat no tingui el deure jurídic de suportar-los (FJ 2 i 4).

ITER PROCESSAL: Davant la presumpta desestimació per silenci administratiu de la reclamació de responsabilitat patrimonial formulada a la Conselleria de Medi Ambient, Administració local i Ordenació del Territori de la Comunitat de Madrid, pels danys i perjudicis provocats en una explotació ramadera pels atacs de llops, l'afectada, titular d'una explotació de bestiar oví i boví, interposa recurs contenciós administratiu. El TSJ Madrid l'estima parcialment i reconeix el dret de la recurrent a ser indemnitzada. A Espanya, la condició legal del llop és doble en funció de si es troba al nord o al sud del riu Duero. Al nord del riu la caça del llop pot ser autoritzada, mentre que al sud està prohibida. La finca on es troba l'explotació ramadera és al sud i, com que està prohibida, la recurrent no pot adoptar mesures eficaces per evitar els danys que aquesta espècie produeix en el seu bestiar. La Comunitat de Madrid no ha adoptat un Pla de Conservació i Gestió en el qual s'estableixin totes les mesures per garantir la conservació del llop a llarg termini i per millorar la compatibilitat de l'espècie amb la ramaderia extensiva. S'ha limitat a establir una línia d'ajudes per a ramaders per pal·liar els panys provocats per atacs de llops, les quals s'han mostrat insuficients. El TSJ, i ara en cassació el TS, confirma el seu criteri: entén que, quan es tracta d'espècies animals que gaudeixen de protecció singular, per la concurrència d'interès públic rellevant com és el medi ambient per a la conservació i la protecció de l'espècie, això determina que els particulars no puguin adoptar aquestes mesures, perquè correspon a l'Administració adoptar les més adequades per a la conservació. I en aquestes circumstàncies, determinades per la normativa sectorial específica i concretada en l'espècie animal que provoca el dany, l'actuació administrativa està subjecta a la responsabilitat patrimonial pels danys provocats quan no hi hagi un deure de suportar-los i que concorrin els altres requisits exigits a aquest efecte.

CONTRACTE D'OBRA

Desistiment ajustat a Dret en la concessió de l'obra "Ciutat de la Justícia de Madrid"

Ref EDE 2020/549756. STS 3a, de 10 març 2020. Rec. 407/2018. Ponent: Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

RESUM: Desistiment ajustat a Dret en la concessió d'una obra. Indeterminació de l'objecte. El TS no aprecia frau de llei en el de-



sistiment acordat per l'Administració autonòmica en un contracte de concessió d'obra per infracció no corregible de les normes de protecció, en concórrer identitat parcial entre l'objecte d'aquest contracte i el d'un altre de prèviament existent, fent-los incompatibles. Un element necessari per a l'adjudicació d'un contracte d'obra pública és que el seu objecte estigui determinat amb precisió; en el cas contrari es produirien retards en l'execució de les obres, suspensions i a vegades fins i tot resolucions dels contractes (FJ 3-8).

ITER PROCESSAL: Es va interposar recurs contenciós administratiu davant el TSJ Madrid per la Comunitat Autònoma en relació amb la nul·litat de l'Ordre 217/2015, per la qual va disposar desistir del procediment d'adjudicació del contracte de concessió d'obra pública relatiu a la "Ciutat de la Justícia de Madrid" i contra la qual van recórrer les mercantils afectades. Es va estimar el recurs declarant que la disposició esmentada era ajustada a Dret i les mercantils esmentades van recórrer en cassació. El TS confirma que és ajustat a Dret desistir d'un procediment contractual que tenia un vici no corregible, perquè l'objecte d'aquest contracte no estava determinat amb precisió a causa dels diferents procediments de contractació parcialment coincidents amb el seu objecte.

ASSISTÈNCIA SANITÀRIA

Hospital privat no considerat tercer obligat al pagament d'assistència pública

Ref EDE 2020/558064. STS 3a, de 19 maig 2020. Rec. 5617/2018. Ponent: Sr. José Díaz Delgado

RESUM: Derivació de pacients d'un hospital privat a un de públic. Tercer obligat al pagament. El TS diu que un hospital privat que deriva o facilita el trasllat de pacients a un hospital públic no pot ser considerat tercer obligat al pagament de l'assistència sanitària que finalment es presti, excepte en aquelles assistències prestades pel servei públic l'atenció de les quals correspongui al privat d'acord amb el conveni o concert subscrit amb la respectiva administració sanitària. A diferència de les asseguradores, els centres hospitalaris privats no mantenen una relació contractual prèvia amb els pacients que les obliguen, a canvi d'una prima, a prestar una assistència integral en totes les especialitats, simplement facturen l'assistència prestada inicialment si finalment el pacient és atès en un hospital públic. Si legalment o reglamentàriament no tenen l'obligació de prestar l'assistència, no estarien utilitzant un recurs públic per complir una obligació que no tenen assumida, per contraprestació amb les asseguradores que contractualment sí que hi estan obligades (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: Es van presentar tres liquidacions de preus públics girats contra una societat titular d'un hospital privat per l'assistència sanitària rebuda per pacients derivats per l'Hospital Quirón Salud Costa Adeje a un centre sanitari públic, l'Hospital Universitario Nuestra Señora de La Candelaria, liquidacions que el TS, a diferència del jutjat i del TSJ Canàries, anul·la i deixa sense efecte. Entén que un hospital privat que deriva pacients a un de públic no pot ser considerat tercer obligat al pagament de l'assistència sanitària que finalment es presti, a diferència d'una asseguradora. L'hospital no subscriu amb el pacient un contracte d'assegurança de salut, ni rep una prima a canvi de prestar una assistència mèdica integral, a diferència de les entitats asseguradores sanitàries que,

per l'existència d'aquest vincle contractual, sí que estan obligades a prestar-la. Per tant, no estaria utilitzant un recurs públic que hagi de ser objecte d'abonament.

COMUNICACIÓ AUDIOVISUAL

Sanció a Mediaset per publicitat encoberta

Ref EDE 2020/515245. STS 3a, de 10 març 2020. Rec. 383/2019. Ponent: Sr. Diego Córdoba Castroverde

RESUM: Comunicació audiovisual. Publicitat encoberta. Mediaset. El TS declara que sí que es pot qualificar de publicitat encoberta l'acció que, partint de l'emissió d'un contingut aparentment no publicitari en el qual no es fa una presentació directa o indirecta de productes, es combina amb altres espais de telepromoció que la segueixen en la programació del mateix canal, en els quals sí que es fa una promoció de productes relacionats amb els continguts tractats en la primera de les emissions (FJ 3-5).

ITER PROCESSAL: La CNMC va imposar una multa de 324.000 € a Mediaset com a responsable de la comissió de cinc infraccions greus per haver emès en el seu canal Telecinco comunicacions comercials encobertes d'Actafarma, Revidox, Obextrem i Dormax, a les seccions de salut "me encanta cuidarme" del programa "Sálvame Diario". La productora va interposar recurs contenciós administratiu que va ser desestimat per l'AN com també ho va ser en la cassació interposada davant el TS, perquè considera aquests actes publicitat encoberta, ja que aprofita l'emissió d'un contingut no publicitari per incorporar la promoció d'uns productes relacionats amb aquest contingut.

PERMÍS DE RESIDÈNCIA

Permís de residència per arrelament social per antecedents

Ref EDE 2020/518746. STS 3a, de 02 març 2020. Rec. 871/2019. Ponent: Sra. Inés Huerta Garicano

RESUM: Permís de residència per arrelament social. Antecedents policials. El TS estableix que la mera existència d'antecedents policials, en general, no és obstacle per a obtenir l'autorització de residència per arrelament social, tret que per la seva reiteració o gravetat, evidenciïn que el sol·licitant representa un perill per a l'ordre públic o la seguretat pública, tal com ha estat interpretat pel TJUE (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: El sol·licitant d'un permís de residència per arrelament social va interposar recurs contenciós administratiu davant la resolució denegatòria del subdelegat del govern a Almeria. El recurs va ser desestimat, com també el d'apel·lació, per l'existència d'antecedents penals no cancel·lats en la data de la sol·licitud. En canvi, el TS estima el seu recurs de cassació i anul·la la resolució del subdelegat, i reconeix el dret que se li atorgui una primera autorització de residència, perquè de les dades escasses acreditades (dues detencions i un antecedent penal cancel·lat) no es pot inferir que el recurrent representi un perill particular per a l'"ordre públic" o la "seguretat pública".



LLICÈNCIES VTC

Nul·litat parcial del Reial decret sobre llicències VTC

Ref EDE 2020/515844. STS 3a, de 10 març 2020. Rec. 213/2018. Ponent: Sr. Diego Córdoba Castroverde

RESUM: Impugnació Reial decret sobre llicències VTC. Nul·litat parcial. El TS ha declarat la nul·litat d'una part del Reial decret sobre l'exploració de les autoritzacions d'arrendament de vehicles amb conductor. D'una banda, anul·la la prohibició temporal de transmissió temporal de les autoritzacions VTC perquè amb aquesta prohibició no es pretenia impedir un possible frau, sinó incidir en el mercat del servei de transport limitant, almenys temporalment, l'increment de l'oferta, una restricció justificada exclusivament per motius econòmics, la qual cosa contravé la Llei de garantia d'unitat de mercat (FJ 5 i 6). D'altra banda, anul·la l'obligació de comunicar a l'Administració les dades personals dels usuaris de cada servei, perquè suposa una clara incidència en l'esfera de drets protegits per la normativa de protecció de dades (FJ 7). Va formular vot particular l'Excm. Sr. Ángel Ramón Arozamena.

ITER PROCESSAL: La CNMC interposa aquest recurs contenciós administratiu contra els arts. 1 i 2 del RD 1076/2017, pel qual s'estableixen normes complementàries al Reglament de la Llei d'ordenació dels transports terrestres en relació amb l'exploració de les autoritzacions d'arrendaments de vehicles amb conductor (VTC). Considera que ambdues previsions legals suposen un obstacle injustificat per al manteniment d'una competència efectiva al mercat. El TS anul·la els articles impugnats que acullen, respectivament, la prohibició de transmetre la llicència durant dos anys des de la seva expedició original i l'obligació de comunicar electrònicament a l'Administració les dades de cada servei. En el primer cas, no ha quedat acreditada l'existència d'una raó imperiosa d'interès general que justifiqui la mesura limitadora, perquè no es pot considerar com a tal el propòsit declarat d'evitar que les autoritzacions VTC siguin sol·licitades amb l'objecte únic i exclusiu de comerciar-hi i no d'explotar-les. En el segon cas, la comunicació, tal com ha estat dissenyada, s'ha de considerar desproporcionada, perquè les dades la remissió de les quals s'exigeix van més enllà del necessari per aconseguir la necessitat pretesa, i hi ha altres mesures menys restrictives o distorsionadores i amb menys incidència en l'esfera dels usuaris afectats.

Sentències del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

LLEGÍTIMA DEL PROGENITOR

La reclamació de la llegítima feta pel progenitor per burofax o per correu electrònic no és suficient perquè aquest dret es transmeti als hereus.

Sentència n. 70/2019, d'11 de novembre (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

RESUM.- La causant va morir el 2015, la mare la va sobreviure uns mesos després d'haver-li reclamat la llegítima per burofax i a través de diversos correus electrònics. Es planteja si l'hereu de la legitimària pot reclamar aquesta llegítima o si aquest dret s'ha extingit quan haver mort aquesta. En aquest sentit, l'art. 451-25.2 CCCat disposa que la llegítima dels progenitors s'extingeix si el creditor mor sense haver-la reclamat judicialment o per requeriment notarial després de la mort del fill causant.

La part demandant sosté que el dret de la legitimària és transmissible als hereus basant-se en el fet que l'art. 451-25.2, més que regular un supòsit d'extinció de la llegítima dels progenitors, estableix com a requisit per a la transmissibilitat que el progenitor l'hagi reclamada en vida, sense necessitat que ho hagi fet mitjançant demanda judicial, com ho prova el fet que també se n'admeti la reclamació per requeriment notarial. D'aquesta manera, el requeriment notarial seria un requisit *ad probationem*, que no exclouria la prova de la reclamació per altres mitjans com en el cas de les actuacions.

En canvi, el TSJC entén que, atesa la configuració de la llegítima dels ascendents com un dret personal, les formalitats que preveu l'art. 451-25.2 (reclamació judicial o requeriment notarial) no són requisits *ad probationem*, sinó pressupostos perquè aquest dret personal del legitimari sigui transmissible als hereus, per la qual cosa se li exigeix una certa diligència per part d'aquell.

LLEGÍTIMA

Meritament d'interessos

Quan el legitimari rep un llegat en pagament de llegítima gravat amb un dret d'usdefruit i opta per renunciar al llegat i reclamar la llegítima, els interessos es meriten des del moment de l'exercici d'aquesta opció.

Sentència n. 81/2019, de 12 de desembre (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

RESUM.- Es tracta d'una successió regida pel CS, però la doctrina es pot aplicar al llibre IV del CCCat. El testador havia llegat al seu cònjuge el dret d'usdefruit universal, nomenant hereu un dels fills i fent diversos llegats a favor dels altres en pagament de les seves llegítimes. El testador va disposar expressament: «en caso de que cualquiera de los legatarios no aceptare la limitación que supone el usufructo de Doña Beatriz sobre las fincas legadas en pago de legítima, deja sin efecto el legado correspondiente a quien lo haya impugnado y en su lugar le lega únicamente lo que por legítima estricta le corresponda con arreglo a derecho».

L'hereu va comunicar als seus germans la disposició de fer-los lliurament dels llegats dos anys després de l'obertura de la successió, sense obtenir resposta. Dos anys més tard, els legitimaris van reclamar judicialment a l'hereu el pagament de la llegítima i aquest s'hi va oposar al·legant que havien acceptat els llegats perquè havia fet la liquidació tributària corresponent. Tant en primera com en segona instància els tribunals van dictaminar que la liquidació de l'impost de successions no suposa l'acceptació tàcita dels llegats, per la qual cosa van reconèixer als legitimaris el dret a optar pel pagament de la llegítima, opció que es va entendre exercida en el moment de la interposició de la demanda. L'hereu va acudir a cassació per reclamar que els interessos de la llegítima computessin des d'aquest moment i no des de l'obertura de la successió, com havia establert la sentència de l'Audiència.



Sentències

El TSJC dona la raó a l'hereu en aquest punt. El Tribunal entén que, exercida l'opció dels legitimaris per la llegítima, el seu dret produeix els efectes propis d'un llegat simple de llegítima, és a dir, el d'un deute de valor, amb meritament d'interessos des del moment que neix l'obligació per part dels hereus de pagar les llegítimes, citant la Sentència del Tribunal de Cassació de Catalunya de 22 de març de 1937 i la STSJC 32/2012. En aquesta sentència diu: «El retraso en el cumplimiento de la obligación de pago de las legítimas debe adaptarse al objeto de esta obligación [...]. Así, mientras la obligación pendiente consistía en la entrega de los legados de inmuebles dispuestos en concepto de legítima, en principio debía corresponder a los legitimarios el derecho a hacer suyos –“en lugar de intereses”, como aclara el artículo 365 III CS- los frutos o las rentas que la cosa produjese desde la muerte del causante. Sucede sin embargo que en el caso enjuiciado todos los inmuebles legados estaban gravados con el usufructo universal a favor de la madre de los legitimarios, de manera que la percepción de todas las utilidades de la finca correspondía a la usufructuario, en detrimento de los legatarios. Solo a partir de que la obligación del heredero se transformó en el pago de legados simples de legítima, surge el devengo del interés legal del crédito legitimario» (FD 3.4).

El Tribunal cassa en aquest motiu la sentència de l'Audiència que, com he dit, comptava els interessos des de l'obertura de la successió i exigia, per aturar el meritament d'interessos a favor dels legitimaris, que l'hereu consignés judicialment l'import de les llegítimes o promogués un expedient de jurisdicció voluntària, d'acord amb els arts. 362 i 363 CS. El TSJC considera que hi ha un error de base en la sentència cassada perquè considera que l'hereu gaudia de la facultat de pagar la llegítima entre la mort del causant i la reclamació judicial de la llegítima, quan la veritat és que en aquest període els llegats ordenats pel testador estaven plenament vigents, de manera que l'hereu no podia ni consignar la quantitat equivalent a les llegítimes ni utilitzar el procediment de l'art. 363 CS.

D'altra banda, l'hereu sostenia que no havia de pagar interessos a dos dels seus germans ja que aquests vivien amb la mare usufructuària i a càrrec seu (art. 365 II CS, actualment art. 451-14.2 CC-Cat). Encara que la sentència declara provat que aquest legitimari vivien amb la usufructuària, no considera que visquessin a càrrec seu, ja que tots dos tenien ingressos propis, sense que hi hagués cap indicatiu que la usufructuària pagués més necessitats que les despeses de manteniment de la casa on vivien (que en realitat eren pagats per l'hereu, que era l'arrendatari). Per tant, l'hereu no queda eximit del pagament dels interessos de la llegítima.

Finalment, la sentència de l'Audiència condemnava a pagar els interessos a un altre legitimari des del moment de l'obertura de la successió sense tenir en compte que aquest exercitava una acció de suplement de llegítima (ja que havia rebut una donació imputable en vida del causant) i que aquest suplement només merita interessos des del moment que es reclama judicialment (art. 365 II CS, actual art. 451-14.3 CCCat). La sentència partia de la base que, tenint com a precedent la sentència esmentada del Tribunal de Cassació, el precepte té el seu fonament en la presumpció de bona fe per part de l'hereu que ignora que el valor dels béns atribuïts al legitimari i imputables a la llegítima no són suficients per cobrir-ne el valor. En el cas que ens ocupa l'hereu no ignorava aquesta insuficiència, sinó que, fins i tot, va arribar a oferir altres béns al legitimari en pagament de la seva llegítima, oferiment que no va ser acceptat. Possiblement aquest fet

hagi influït en què el TSJC resolgui que només es meriten interessos des de la reclamació judicial i es basa en la laconica afirmació que no hi ha prova que demostrï que l'hereu fos o pogués ser conscient de la insuficiència dels béns assignats pel causant en pagament de la llegítima o imputables a aquesta.

PRESCRIPCIÓ DE PRETENSÍO DE COBRAMENT D'HONORARIS D'ADVOCAT

El termini de prescripció comença a comptar des del final de les actuacions judicials per a cada assumpte que l'advocat tingui encomanat, sense distingir entre les diverses fases del procés.

Sentència n. 82/2019, de 12 de desembre (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

RESUM.- En primera instància, el jutge havia distingit entre els honoraris de la fase declarativa i els de la fase executiva del procés, de manera que s'haguessin de reclamar en finalitzar cada fase. En segona instància, el tribunal d'apel·lació entén que el termini de còmput de la prescripció comença amb la finalització de les actuacions del lletrat, independentment de les fases i dels tràmits processals realitzats.

El TSJC confirma la sentència recorreguda esmentant la jurisprudència del TS, concretament la STS 266/2017, de 4 de maig, en el sentit que, a l'efecte de determinar el *dies a quo* del termini de prescripció trianual de la pretensió de cobrament d'honoraris professionals prevista en l'art. 1967 CC quan s'hagin efectuat diverses gestions o actuacions en relació amb el mateix assumpte d'un client, el moment en què «dejaron de prestarse los respectivos servicios» és el del final de l'assumpte, de manera que no comença a córrer el termini sinó des que finalitzen les actuacions processals connectades amb l'assumpte encarregat, tret que resulti una altra cosa del que hagin acordat les parts; i si el professional assumeix la direcció i la defensa dels interessos del mateix client en diversos assumptes, el termini de prescripció de la pretensió de cobrament dels seus honoraris comença a córrer de manera independent per cadascun des de la seva finalització. És en aquest moment que, segons el TSJC, el creditor «coneix o pot conèixer raonablement», en els termes exigits per l'art. 121-23.1 CCCat, els elements que determinen l'import de la seva retribució.

USUCAPIÓ

La possessió en concepte de propietari no equival a posseir creient-se propietari, sinó que l'*animus domini* s'ha d'acreditar i exterioritzar mitjançant un comportament públic.

Sentència n. 84/2019, de 19 de desembre (Ponent: José Francisco Valls Gombau)

RESUM.- A l'immoible que es pretén adquirir per usucapió hi havia viscut ininterrompudament des del 1950 la mare del demandant i quan aquesta va morir el seu fill i hereu, el mateix demandant. La propietària de la finca, àvia del demandant, havia conviscut amb ells fins a la seva defunció l'any 1989, però el 1975 va donar la finca a un altre dels seus fills. El recurrent, tot i admetre que la possessió va començar sent per mera tolerància de la propietària, defensa que, a



partir de la seva mort i fins i tot des de la donació del 1975, la seva mare havia posseït en concepte de propietària, ja que aquesta considerava que la casa li corresponia en pagament de la seva llegítima de l'herència de la seva mare.

El TSJC resol que no s'ha produït la usucapió a favor del demandant, ja que ni ell ni la seva mare van exterioritzar en cap moment la seva possessió en concepte de propietari, sense que el pagament dels subministres elèctrics, ni la petició d'una llicència d'unes obres que no es van arribar a dur a terme, ni les testificals practicades justifiquin la possessió en concepte de propietari necessària per usucapir. De la mateixa manera, la inversió del concepte possessorial legada pel demandant el 1975 o el 1989 requereix l'exteriorització adequada mitjançant un comportament públic i provat per desfer la presumpció de l'art. 521-6.2 CCCat, sense que la mutació de l'*animus possidendi* es pugui entendre produïda automàticament ni presumir-se, com resulta de la mateixa jurisprudència del TSTJ (SS. 16/1996 de 23 de maig, 25/1996 de 10 d'octubre i 23/2002 de 29 de juliol).

PRESUMPCIÓ DE DONACIÓ EN PARELLA ESTABLE

La presumpció de donació en les adquisicions a títol oneros en el règim de separació de béns no és aplicable a la parella estable.

Sentència n. 5/2020, de 6 de febrer (Ponent: Jordi Seguí Puntas)

RESUM.- Les parts, després d'iniciar una relació de parella estable l'any 2001, van adquirir per meitats indivises un habitatge l'any 2004, el preu del qual va ser satisfet íntegrament només per un d'ells. El 2008 van contraure matrimoni, que el 2012 es va dissoldre per divorci. El 2013 van vendre l'habitatge a un tercer per un preu que va ser cobrat per meitats entre els alienants. El 2017, el que havia pagat el preu de compra el 2004 reclama a la seva exparella el reemborsament de la meitat del preu que va percebre. La sentència recorreguda en cassació va desestimar la demanda perquè entén que, «de la situació personal i del comportament de las parts», es

pot deduir l'existència d'una donació de la meitat dels diners necessaris per a adquirir l'habitatge; concretament, la presumpció es basa en la manca de prova d'un préstec i el silenci perllongat del pagador durant l'època de la convivència i en els anys següents a la venda de l'immoble comú a un tercer.

El TSJ confirma la sentència desestimatòria de la pretensió, però no pels arguments adduïts en aquella sentència, sinó perquè considera que el diferent règim legal del matrimoni i de la parella estable impedeix l'aplicació analògica de la segona de totes les normes de la primera, ja que requereix una declaració expressa per part del legislador.

Així ho dedueix el tribunal que, anteriorment a la promulgació del llibre segon del CCCat, el matrimoni i les unions estables de parella es regulaven en lleis diferents, sense que en aquesta es fes una remissió global a l'efecte del matrimoni, opció que considera deliberada i que respon a les diferències substancials existents entre l'una i l'altra institució. Aquestes consideracions es veuen ratificades en la regulació vigent, tot i que qualifica la parella estable com una forma de família. Així, per exemple, l'art. 234-3.1 CCCat ha ampliat l'àmbit de lliure determinació dels membres de la parella per regular-ne la relació, quan diu que «les relacions de la parella estable es regulen exclusivament pels pactes dels convivents». A més, evidencia que les remissions a figures típiques de la institució matrimonial exigeixen declaració expressa del legislador; així, l'art. 234-3 estableix que la disposició de l'habitatge familiar i les adquisicions de béns amb pacte de supervivència han d'estar subjectes al règim dels articles que regulen la matèria pel que fa al matrimoni. I la sentència acaba proclamant: «En conclusió, el fet que el legislador català no traslladi gaires dels efectes del matrimoni durant l'època de la convivència a la regulació de la convivència estable de parella no respon a un oblit ni constitueix una llacuna legal, sinó que és la conseqüència lògica de la regulació diferenciada d'aquestes figures jurídiques, que no són equiparables en els termes genèrics que planteja la recurrent, la qual cosa exclou l'aplicació automàtica per via analògica d'una de les normes pròpies del matrimoni (article 39 CF, actual article 232-3.1 CCCat) a la unió estable de parella.» (FD 3.6).

Resum de les resolucions de la DGRN en recursos contra qualificacions mercantils i de la propietat

Publicades entre gener i abril de 2020

Fernando Agustín Bonaga
Notari de Calatayud

ARRENDAMENT

R. 9 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4358)

Admet la inscripció d'una escriptura en la qual es fa el traspàs d'arrendament d'un local de negoci destinat a oficina de farmàcia i a més es pacta un arrendament futur per un termini de sis anys que s'iniciarà un cop s'extingeixi l'arrendament vigent, el qual és prorrogat per 10 anys des del traspàs (segons que estableix la transitòria tercera LAU-1994, perquè l'arrendatari és persona física i el contracte, de 1985).

La registradora havia denegat la inscripció perquè entén que el nou arrendament excedeix les facultats d'administració i requereix la unanimitat, perquè, en estar sotmès a un termini inicial, és una obligació futura que podria ser perjudicial per als interessats en la cosa comuna (articles 397 i 398 Cc).

La Direcció assumeix la doctrina jurisprudencial del fet que l'arrendament deixa de ser acte d'administració que només exigeix la capacitat general i passa a ser-ho de disposició quan excedeix els 6 anys, perquè aquest és el termini de durada contractual a partir de la qual la constitució de l'arrendament exigeix al tutor l'obtenció de l'autorització judicial (article 271-1 Cc) i està prohibida als pares, tutors i administradors sense poder especial (article 1548 Cc). I això independentment que s'inscriu en el Registre de la Propietat, la qual cosa proporciona més protecció del dret d'arrendament, però no canvia la seva naturalesa jurídica. En conseqüència, l'arrendament del cas, en no excedir els 6 anys, és un acte d'administració que pot

fer el propietari majoritari. No es tracta d'una obligació futura, la inscripció de la qual no seria possible perquè l'article 9 RH prohibeix inscriure l'obligació de constituir en el futur drets inscriptibles, sinó de la constitució actual d'un arrendament de 6 anys a comptar des d'un termini cert.

CONCENTRACIÓ PARCEL·LÀRIA

R. 29 novembre 2019 (BOE 7, 8-I-20: 257)

Des de fa vint anys consta inscrita l'adjudicació d'unes finques de substitució en un expedient determinat de concentració parcel·lària. Ara es denega la inscripció d'una instància en la qual: s'al·lega que dues finques de substitució concretes, que van ser inscrites en nom d'un sol titular, es corresponen amb determinades finques registrals que estaven inscrites en nom del mateix titular i de quatre germans seus; es fa constar que, en conseqüència, s'ha produït una situació de doble immatriculació de finques; i se sol·licita que es rectifiqui la inscripció de les finques de substitució per fer constar la titularitat dels cinc germans.

La Direcció entén que les regles de l'article 209 LH són plenament aplicables a les situacions de doble immatriculació derivades de procediments de concentració parcel·lària, amb l'excepció que, en lloc de seguir el criteri general de cancel·lar la inscripció de la finca més moderna, cal cancel·lar l'història de les finques d'origen i mantenir la inscripció de les finques de substitució amb les modificacions necessàries.



Ara bé, en el cas resolt no consta acreditat el pressupòsit d'aplicació d'aquestes normes: la correspondència entre finques concretes d'origen i de resultat. En la documentació administrativa, les finques d'origen només s'identifiquen per dades cadastrals, però no registrals; i en la inscripció de les que presumptament es consideren finques d'origen no consten dades cadastrals. A més, la rectificació pretesa exigiria o bé el consentiment dels cinc germans o bé la rectificació de l'acta de reorganització de la propietat.

CONCURS

R. 2 desembre 2019 (BOE 18, 21-I-20: 871)

Consta inscrita en el Registre de la Propietat l'obertura de la fase de liquidació del concurs d'una persona física, amb suspensió de les facultats d'administració i disposició del concursat, substituït per l'Administració concursal.

Després s'atorga una escriptura per la qual una entitat bancària que ostenta la condició de creditora concursal concedeix un préstec hipotecari al concursat, que està representat per l'Administració concursal, destinat al refinançament dels seus deutes per l'aixecament del concurs. El Notari autoritzant adverteix expressament que no s'aporta l'autorització judicial exigida per l'article 43 LC. Com a conseqüència d'aquesta operació de refinançament (i abans de presentar-la a inscripció), el jutjat mercantil va acordar la conclusió del concurs per pagament de tots els crèdits o satisfacció dels creditors per qualsevol altre mitjà, a l'empara de l'article 176-1-4t LC.

Després de fer constar en el Registre la conclusió del concurs, ara es presenta l'escriptura d'hipoteca. El registrador denega la inscripció perquè entén que durant la fase de liquidació no és possible constituir préstecs amb garantia hipotecària perquè excedeix la finalitat estrictament liquidadora (articles 148 i 149 LC); i exigeix que, després d'inscriure la cancel·lació del concurs, s'atorgui una nova escriptura de préstec hipotecari.

No obstant això, la Direcció admet la inscripció. Com que es tracta de persones naturals, la personalitat de les quals no s'extingeix amb la liquidació i la seva responsabilitat és personal i il·limitada, el rigor en l'aplicació de les normes concursals s'ha de moderar en nom de la seva finalitat, que és assegurar una sortida reeixida de la situació concursal del deutor sense oblidar la satisfacció íntegra dels creditors. En general, s'ha de rebutjar la constitució d'hipoteques sobre els béns que integren la massa activa un cop oberta la fase de liquidació; amb tot, la hipoteca del supòsit és un negoci jurídic celebrat amb capacitat i consentiment de les parts atorgants i en benefici de les dues: el creditor obté la satisfacció del crèdit concursal i el deutor obté el refinançament que li permet concloure el concurs en la forma prevista en l'article 176-1-4t sense els efectes ulteriors que li suposaria la conclusió per liquidació o insuficiència de massa activa.

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2700)

Denega la inscripció d'una escriptura de venda d'una finca que pertany a una societat mercantil en situació concursal, en representació de la qual intervé l'administrador concursal únic, que fa constar: que la proposta de pla de liquidació de la societat va ser aprovada per interlocutòria del jutge mercantil i que la transmissió no vulnera el pla de liquidació.

La inscripció es denega perquè no s'ha aportat testimoni judicial del pla de liquidació i perquè no consta la fermesa de la interlocutòria judicial que l'aprova, ja que a aquest tipus d'interlocutòries també se'ls apliquen les normes que, en general, regeixen la inscripció dels títols judicials.

R. 10 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3392)

Admet la cancel·lació d'una inscripció d'hipoteca que garanteix una obligació ja satisfeta abans de la declaració de concurs del titular de la finca. La cancel·lació ha estat ordenada mitjançant manament de cancel·lació de càrregues expedida pel jutge concursal en la fase de liquidació, després d'haver autoritzat la venda de la finca lliure d'hipoteca.

S'ha d'entendre que el jutge concursal és competent, ja que l'article 149-5 LC li atorga àmplies facultats per cancel·lar càrregues anteriors, fins i tot amb privilegi especial com la hipoteca, quan el bé s'hagi de transmetre sense subsistència del gravamen.

Tampoc és procedent que el registrador exigeixi la intervenció del creditor en el procediment, perquè les facultats de qualificació que li reconeix l'article 100 RH no li permeten qüestionar el criteri del jutge sobre la intervenció adequada dels creditors amb privilegi especial en el procediment concursal.

R. 10 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3394)

Suspèn la cancel·lació d'una inscripció d'hipoteca per deute aliè, que es pretén a instàncies de l'hipotecant no deutor, que aporta testimonis de les interlocutòries fermes dictades en els procediments concursals dels deutors en els quals s'acorda l'exoneració definitiva del passiu insatisfet, que inclou el préstec del supòsit, per la via de l'article 178 bis LC, que preveu el benefici d'exoneració del passiu insatisfet un cop conclòs el concurs per liquidació o per insuficiència de la massa activa.

Per la Direcció, l'extinció de deute derivat de l'exoneració del passiu insatisfet no és absoluta (ja que només afecta el deutor concursal, de manera que el creditor conserva els seus drets respecte d'altres obligats solidaris, fiadors o avaladors) ni és definitiva (perquè durant 5 anys es pot sol·licitar al jutge la revocació del benefici i, d'aquesta manera, els creditors recuperen la plenitud de les seves accions davant el deutor). I encara que certament l'LC no conté cap referència a l'efecte de l'exoneració respecte de l'hipotecant no deutor, aquest té en comú amb el fiador ser garant accessori d'un deute aliè.

D'altra banda, la cancel·lació d'una hipoteca està sotmesa a la regla general de l'article 82-1 LH, que exigeix: o bé l'escriptura pública atorgada pel titular registral de la hipoteca; o bé una sentència ferma dictada en un procediment on aquest hagi estat part, tenint en compte a més que el jutge concursal no té competència per a això, ja que el bé hipotecat no és del concursat i, per tant, no forma part de la massa activa del concurs.

CONDICIÓ RESOLUTÒRIA

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3554)

Denega la inscripció de la venda de set finques registrals que integren la totalitat d'un edifici en propietat horitzontal. En l'escriptura

es diu que correspon a cada finca el valor expressat al final de la seva descripció respectiva, si bé el preu de venda és per l'edifici com a unitat perquè es venen totes les finques que l'integren, ja que no s'hauria fet la venda de cap d'aquestes per separat. Fins i tot es pacta que la condició resolutòria afecta la totalitat de les finques, sense que es pugui fer imputació de pagaments a finques en concret, de manera que si s'exercita la resolució serà per a totes.

Certament resulta dels termes de l'escriptura una voluntat contrària al fet que el valor atribuït a cada finca equivalgui a la distribució del preu. Però l'afirmació que les finques venudes integren una unitat, com a argument per eludir l'obligació de distribució, només tindria base si s'agrupessin.

L'obligació de fer constar la distribució del preu ajornat garantit amb condició resolutòria expressa quan afecta diverses finques venudes (articles 1504 Cc, 11 LH i 51 RH) és exigida per la seguretat del tràfic immobiliari, en virtut del qual el tercer ha de poder saber si cadascuna de les finques concretes venudes està subjecte a resolució i en quina mesura l'allibera un pagament posterior imputable.

CÒPIA ELECTRÒNICA

R. 4 desembre 2019 (BOE 18, 21-I-20: 872)

Admet la inscripció d'una escriptura de compravenda, respecte de la qual la ratificació posterior de la part venedora –verbalment representada en el títol– resulta de còpia autoritzada electrònica expedida i tramesa per la Notària autoritzant de la ratificació, que fa constar en el peu de la còpia que s'expedeix per a la seva remissió a la Notària autoritzant de la compravenda, amb validesa només per la finalitat concreta per la qual ha estat sol·licitada, que és la d'acompanyar la primera còpia de l'escriptura ratificada.

El registrador denega la inscripció perquè entén, sobre la base de la R. 17 juliol 2017, que el trasllat a paper de la còpia autoritzada electrònica té valor de mer testimoni i no d'escriptura pública.

No obstant això, ara la Direcció entén que el trasllat a paper d'una còpia electrònica realitzat pel Notari de destinació és un document susceptible de ser utilitzat en el tràfic jurídic com a còpia autoritzada. Aquest trasllat no n'esgota el valor i els efectes en l'expedient pel qual ha estat tramès, sinó que es manté independentment més enllà d'aquest amb el valor dels documents notariais; i d'aquí la diferència amb el trasllat a paper que puguin fer altres funcionaris receptors, que té el caràcter de document públic, però només en l'àmbit del procediment judicial o administratiu que n'empara la tramesa telemàtica. En conseqüència, aquest valor que manté el trasllat notarial és el que resulta de l'article 17-bis-5 LN: el de vertadera còpia autoritzada.

D'acord amb l'anomenat principi de neutralitat tecnològica formulat per l'article 17-bis-1 LN, els instruments públics als quals fa referència aquest article no perden aquest caràcter pel sol fet d'estar redactats en suport electrònic; i entre aquests instruments públics hi ha les còpies (article 221 RN). Les normes s'han d'interpretar d'acord amb la realitat social del moment que han de ser aplicades i d'acord amb el seu esperit i la seva finalitat (article 3 Cc).

Aclarint el que s'afirma en la R. 17 juliol 2017, a la qual es fa referència expressament, la Direcció entén que, en el trasllat a paper de

la còpia electrònica, no concorren els pressupòsits i les característiques previstes pels testimonis en l'article 251 RN. Particularment, dels articles 224-4, 253 i 264 resulta clarament exclòs del concepte de testimoni el trasllat a paper d'una còpia electrònica que hagi quedat incorporada a una matriu. Les limitacions respecte de la validesa de les còpies electròniques –i no només del trasllat a paper– deriven únicament de la finalitat concreta expressada en la seva expedició.

DESCRIPCIÓ I GEOREFERENCIACIÓ DE FINQUES

R. 29 novembre 2019 (BOE 7, 8-I-20: 256)

Suspèn la inscripció d'una escriptura de segregació i venda de diverses parcel·les, perquè en tramitar-se el procediment de l'article 199 LH per a la inscripció de la base gràfica alternativa a la cadastre incorporada a l'escriptura, es desprèn l'oposició de l'Ajuntament que, sobre la base d'un informe tècnic, entén afectada una parcel·la definida com a via de comunicació de domini públic.

A l'efecte de la qualificació negativa, és suficient l'informe del representant legítim municipal, sense que sigui necessària la certesa total sobre la condició demanial ni l'acreditació d'una resolució definitiva de delimitació o pronunciament judicial.

Tampoc no és un obstacle el fet que la segregació tingui una llicència municipal prèvia a l'informe contradictori posterior, ja que l'objecte de la llicència és valorar la conformitat amb la legalitat amb caràcter declaratiu, no constitutiu. L'eventual invasió del domini públic és causa de denegació de la llicència urbanística (articles 2 Reglament disciplina urbanística i 339-3 Llei del sòl i espais naturals protegits de Canàries).

R. 4 desembre 2019 (BOE 18, 21-I-20: 874)

Denega la inscripció d'una representació gràfica alternativa a la cadastre, un cop realitzades les actuacions previstes en l'article 199 LH, i entén raonables els dubtes del registrador, perquè es produeix l'oposició del titular d'una finca confrontant que prové d'una segregació de la que ara és pretén georeferenciar, el qual aporta informe tècnic, del qual resulta que la delimitació gràfica de la finca que es pretén inscriure no és pacífica, i pot afectar els drets de tercers. Es pot acudir al procediment de delimitació de l'article 200 LH, sens perjudici de poder acudir al judici declaratiu corresponent (article 198 LH).

R. 4 desembre 2019 (BOE 18, 21-I-20: 875)

Suspèn la inscripció d'una acta notarial que conclou un expedient de rectificació descriptiva de l'article 201 LH, perquè considera raonables els dubtes d'identitat posats de manifest pel registrador en expedir la certificació inicial. El registrador ha comprovat en la cartografia del cadastre que la parcel·la cadastre que ha de ser la base de la rectificació és el resultat de la unió de dues parcel·les cadastrals independents, que reflecteix un canvi clar en el perímetre de l'immoble. Tot això planteja dubtes sobre el fet que, més que rectificar una dada registral errònia, el que es pretén és aplicar el foli a una superfície confrontant addicional, la qual cosa a més és confirmada pel fet que la rectificació pretesa suposa duplicar la superfície que consta inscrita. Aquestes evidències no resulten desvirtuades pel que consta en l'acta, la qual es limita a recollir la pràctica de les notificacions previstes en la LH, però sense afegir-hi prova, indagació ni cap dada objectiva.



DIVISIÓ, SEGREGACIÓ, PARCEL·LACIÓ

R. 12 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3401)

Suspèn la inscripció d'una escriptura en la qual es modifica la descripció d'una finca inscrita per fer constar que, després d'haver estat travessada per una carretera, ha passat a generar dues finques diferents amb sengles referències cadastrals, la qual cosa es pretén fer constar en el Registre mitjançant la segregació oportuna. D'acord amb el procediment de l'article 80 RD 1093/1997, el registrador comunica la creació d'una superfície inferior a la unitat mínima de conreu a l'Administració autonòmica, la qual rebutja la segregació perquè no resulta aplicable cap de les excepcions de la normativa estatal o autonòmica.

És doctrina reiterada que correspon a la comunitat autònoma apreciar la concurrència de les excepcions de l'article 25 Llei 19/1995, d'acord amb el procediment de l'article 80 RD 1093/1997. L'obtenció de llicència municipal o declaració de no-necessitat només és suficient respecte dels requisits urbanístics, però l'Administració local no té competència agrària. La necessitat d'obtenció de llicència per autoritzar i inscriure divisions i segregacions resulta dels articles 26 LS estatal i 143 LS madrileny.

DOCUMENTS ADMINISTRATIUS

R. 9 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4361)

Denega la inscripció d'un certificat administratiu que acredita la venda d'un immoble realitzada per l'Administració de l'Estat.

A més del fet que manca la constància en el títol de diverses circumstàncies d'identitat de l'adquirent exigides pels articles 9 LH i 51 RH, el defecte més important és que el títol exigible legalment per les alienacions o adquisicions d'immobles de l'Administració no és el certificat, sinó l'escriptura pública (article 113 Llei de patrimoni AAPP).

D'altra banda, es desestima el defecte que consisteix en la no-acreditació de la presentació o la comunicació a la Hisenda municipal a l'efecte de l'IIVTNU. Certament és doctrina consolidada que, davant qualsevol operació de la qual se sol·licita el registre, el registrador no només l'ha de qualificar, sinó també ha de decidir si es troba o no subjecta a l'impost, valoració que no serà definitiva en el pla fiscal, però que serà suficient per accedir-ne o denegar-ne la inscripció. D'aquesta manera, el registrador, per evitar una multiplicació injustificada de tràmits, pot apreciar per ell mateix la no-subjecció o l'exempció, si bé, com que no són supòsits de no-subjecció expressa i indubtable o de causa legal clara d'exempció fiscal, si el registrador, per salvar la seva responsabilitat, exigeix la nota oportuna de pagament, exempció, prescripció o no-subjecció, haurà de ser l'Administració tributària la que es podrà manifestar sobre això, sense que correspongui pronunciar-se a la DGRN. El que passa en el supòsit resolt és que som davant un supòsit de clara exempció subjectiva per les Administracions Públiques establert en l'article 105-2-a LRHL.

DOCUMENTS PRIVATS

R. 28 novembre 2019 (BOE 12, 14-I-20: 479)

Presentada en el Registre una escriptura d'herència en l'inventari de la qual s'inclou una finca descrita amb una cabuda superior en un

terç de la que consta registrada, el registrador inscriu l'escriptura, però denega l'excés de cabuda. Ara mitjançant instància privada la titular sol·licita que es rectifiqui la inscripció per a fer constar-hi la cabuda resultant de l'escriptura d'herència.

La Direcció confirma la qualificació que denega la pràctica de l'assentament de presentació de la instància esmentada. Els assentaments ja practicats estan sota la salvaguarda dels tribunals (article 1-3 LH). L'article 420-1 RH prohibeix estendre assentament de presentació als documents privats, tret de quan les disposicions els atribueixin eficàcia registral. Aquest precepte s'ha d'interpretar en el sentit que només procedeix denegar l'assentament quan el document la constància registral del qual se sol·licita no pugui accedir sense cap dubte al Registre (com passa en el supòsit resolt).

EXCÉS DE CABUDA

R. 19 desembre 2010 (BOE 63, 12-III-20: 3559)

Confirma la qualificació que havia denegat l'inici del procediment registral de l'article 199 LH per a inscriure una representació gràfica cadastral, la qual cosa implicaria un increment de la cabuda inscrita en més d'un 10%. El registrador motiva la seva denegació en la circumstància que la finca procedeix d'una reparcel·lació prèvia.

Sens dubte, l'article 201-1-e LH estableix el principi general (aplicable analògicament per identitat de raó en el procediment de l'article 199) que no procedeix la tramitació del procediment regulat en aquest precepte a la rectificació descriptiva de finques procedents d'expedients administratius de reorganització de la propietat, i exigeix en aquest cas la tramitació prèvia del procediment administratiu corresponent. Ara bé, la Direcció ha admès la rectificació descriptiva de finques procedents de concentració parcel·laria quan no hi ha cap dubte de la correspondència entre la finca inscrita i la de la certificació cadastral aportada, la qual cosa s'ha de valorar en virtut de les circumstàncies concretes del cas, com les dades addicionals del cadastre o el perímetre de la finca que consti en els plans arxivats en el Registre (R. 4 setembre 2017, R. 10 novembre 2017 i R. 21 novembre 2017). També s'ha admès la rectificació descriptiva d'una finca que procedeix de segregació, sense necessitat d'una nova llicència, quan això no impliqui una nova reordenació de terrenys (R. 29 setembre 2017, R. 16 juliol 2018, R. 30 juliol 2018, R. 24 juliol 2019).

Però en aquest cas no ha quedat determinat que el recinte de la representació gràfica aportada coincideixi amb la finca registral.

HIPOTECA

CONSUMIDORS

R. 29 novembre 2019 (BOE 7, 8-I-20: 253)

R. 29 novembre 2019 (BOE 7, 8-I-20: 254)

Admet la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari per a finançar l'adquisició d'habitatge. El Notari dona fe d'haver autoritzat l'acta exigida per l'article 15 LCI i en facilita la dades, i declara sota la seva responsabilitat que la part prestatària ha rebut dins el termini la documentació i l'assessorament previst en aquest article.

El registrador exigeix advertiment notarial exprés sobre la coincidència entre el contingut de l'escriptura i les coincidències de la

FEIN. No obstant això, la Direcció entén que si el Notari fa constar que el prestatari ha rebut la documentació i la informació sobre aquesta, necessàriament ha hagut de comprovar que aquesta documentació és correcta i preveu, conseqüentment, que la FEIN és la que correspon al préstec i les seves condicions. Si no es compleixen totes les obligacions informatives de transparència material i, en concret, si la FEIN no es correspon amb el préstec, el Notari ha de denegar l'autorització de l'escriptura. Això sí, la correspondència ha de ser interpretada correctament: si les condicions del préstec són indiscutiblement millors (per exemple, un diferencial d'interès inferior) o si la diferència no és en les condicions sinó en els càlculs (per exemple, si el préstec se signa en data posterior a la prevista i per això la TAE i el quatre d'amortització són diferents), això no implica condicions financeres diferents i no impedeix l'autorització del préstec.

D'altra banda, d'aquesta normativa resulta que no és al registrador, sinó al Notari a qui correspon comprovar el compliment del principi de transparència material.

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2693)

Considera subjecte a la Llei 5/2019 CCI un préstec hipotecari concedit a una societat mercantil per a finançar l'adquisició d'un habitatge, en garantia s'hipoteca aquest habitatge i, a més, qui intervé com a administrador avala personalment l'operació.

A diferència del que es preveu expressament per préstecs no hipotecaris concedits per adquirir o conservar dret de propietat sobre immobles, en el cas de préstecs hipotecaris sobre immobles residencials –com el del supòsit– no s'exigeix que el fiador o garant sigui consumidor (article 2-1-a).

Sobre l'acta d'informació precontractual, cal tenir en compte que la Llei 5/2019 no s'aplica al prestatari, fiador o garant persona jurídica, encara que tingui la condició de consumidor (articles 1-1 i 2-1), per la qual cosa mai no serà necessari que concorri en l'atorgament de l'acta de l'article 15. Si el fiador o l'hipotecant no és persona física, la Llei 5/2019 serà plenament aplicable i el deure d'informació i assessorament ha d'afectar tota la documentació prevista en l'article 14-1 i estendre's no només a la seva posició com a garant, sinó a totes les condicions financeres del préstec o crèdit determinants de l'obligació subsidiària del prestatari.

Respecte de les despeses del préstec hipotecari sembla evident que mai no es podran imposar al garant persona física i com que les persones jurídiques estan excloses de l'àmbit subjectiu de la Llei 5/2019, no hi ha cap obstacle al pacte lliure entre el banc i l'entitat prestatària, la qual assumirà normalment les despeses notariales i registrals del préstec i les seves garanties com a interessada en obtenir el finançament.

Respecte de les limitacions legals de moneda estrangera (article 20), clàusules terra (21), reemborsament anticipat (23), venciment anticipat (24) i interessos de demora (25), l'obligació principal assumida per la societat prestatària pot superar sense cap problema els límits legals, sempre que es pacti expressament que la garantia prestada per la persona física queda reduïda dins els límits; tot això s'ha de detallar amb precisió i claredat en l'assessorament notarial prestat al garant.

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2694)

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2695)

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2696)

Considera inscripció una escriptura de préstec hipotecari destinat a finançar l'adquisició d'habitatge habitual dels préstecs garantits amb hipoteca. La Direcció considera suficient la manifestació del Notari autoritzant que l'escriptura conté condicions generals de la contractació dipositades en el Registre CGC i que ha comprovat mitjançant consulta telemàtica que l'entitat prestadora les ha dipositat. En vista de la Instrucció 13 juny 2019, el requisit ineludible per a l'autorització de l'escriptura de préstec hipotecari és que el Notari hagi comprovat el dipòsit previ de les condicions generals de la contractació utilitzades; i si el Notari o el registrador comproven que una condició general no ha estat dipositada, han de notificar-ho al Ministeri de Justícia a l'efecte de l'article 24 Llei CGC.

No obstant això, en el supòsit de la R. amb número 2694 es denega la inscripció de l'escriptura qualificada perquè s'ha pactat un interès moratori que és el resultat d'addicionar DOS punts a l'interès ordinari, que és inferior en un punt al previst imperativament per l'article 24 LCCI. Aquesta llei estableix que les seves disposicions són imperatives (article 3-1) i que particularment les regles sobre interès de demora no admeten pacte en contra (25-2). Per tant, el legislador ha optat per un règim d'exclusió de l'autonomia de la voluntat en matèria d'interessos de demora amb la finalitat d'evitar qualsevol discussió sobre la transparència o abusivitat de la clàusula que els reguli. Es tracta, doncs, d'una decisió de política legislativa que exclou qualsevol negociació i, per tant, l'establiment d'un tipus d'interès de demora inferior al legal.

R. 11 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3396)

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2699)

Sobre la base de la mateixa doctrina sobre el deure del Notari de comprovar la inscripció de les condicions generals de la contractació, estimen el recurs contra la qualificació que havia denegat la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari subjecta a la Llei 5/2019. L'únic defecte al·legat pel registrador és la manca d'incorporació del codi identificador del model de préstec utilitzat, una cosa que encara que s'hagués incorporat, no és equivalent a la constància del deure notarial de comprovar el dipòsit de les condicions generals. En conclusió, encara que en el títol no consti que el Notari hagi complert el seu deure de comprovar la inscripció de les condicions generals, aquest no és el defecte apreciat en la qualificació, per la qual cosa aquesta es revoca.

R. 8 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4352)

R. 8 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4353)

R. 8 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4355)

R. 8 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4357)

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2697)

R. 5 desembre 2019 (BOE 49, 26-II-20: 2698)

Estimen el recurs contra la qualificació que havia denegat la inscripció d'una escriptura de préstec subjecta a la Llei 5/2019, destinat a finançar l'adquisició d'un habitatge i garantida amb hipoteca. L'únic defecte al·legat pel registrador és la manca d'incorporació del codi identificador del model de préstec utilitzat, una cosa que encara que s'hagués incorporat, no és equivalent a la constància del deure



notarial de comprovar el dipòsit de les condicions generals. El Notari ha fet constar que ha practicat aquesta comprovació.

R. 12 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3400)

Admet la inscripció d'una escriptura de préstec per finançar l'adquisició d'un habitatge habitual dels prestataris, garantit amb hipoteca.

Respecte del primer defecte, el Notari expressa que el contracte conté condicions generals de la contractació que han estat dipositades en el RCGC, la qual cosa ha comprovat mitjançant consulta telemàtica. El registrador exigeix que es faci constar el codi identificador del model de préstec utilitzat. No obstant això, en vista de la Instrucció 13 juny 2019, l'únic requisit ineludible per a l'autorització de l'escriptura de préstec hipotecari és que el Notari hagi comprovat el dipòsit previ de les condicions generals de la contractació utilitzades.

També es desestima l'altre defecte de la qualificació: manca d'expressió de la direcció de correu electrònic d'un dels dos prestataris. La constància del correu electrònic és legalment exigida per poder practicar les comunicacions previstes en l'addicional vuitena de la Llei 5/2019 (reemissió telemàtica gratuïta al prestatari, tant de còpia notarial simple com de nota d'inscripció registral). Donada la finalitat de la norma, en cas de pluralitat de prestataris, cal expressar l'adreça de correu electrònic de tots ells. Ara bé, en el títol qualificat s'indica que l'única adreça electrònica expressada correspon "al prestatari", però sense especificar que només es fa referència a un d'ells, la qual cosa d'acord amb el sentit de la resta de clàusules de l'escriptura on s'utilitza aquesta expressió, cal entendre que inclou els dos (articles 1284 i 1285 Cc).

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3558)

Denega la inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari amb un consumidor on es pacta com a interès de demora el que resulta d'addicionar DOS punts a l'interès ordinari, que és inferior en un punt al fixat imperativament per l'article 24 LCCI. Aquesta llei estableix que les seves disposicions són imperatives (article 3-1) i que, en particular, les regles sobre l'interès de demora no admeten pacte en contra (25-2). Per tant, el legislador ha optat per un règim d'exclusió de l'autonomia de la voluntat en matèria d'interessos de demora amb la finalitat d'evitar qualsevol discussió sobre la transparència o l'abusivitat de la clàusula que els regula. Es tracta d'una decisió de política legislativa que exclou qualsevol negociació i, per tant, l'establiment d'un tipus d'interès de demora inferior al legal.

EXECUCIÓ

R. 29 novembre 2019 (BOE 7, 8-I-19: 258)

Admet la vinculació d'una hipoteca objecte d'execució ordinària, amb l'anotació d'embargament la pràctica del qual s'ordena.

L'execució judicial de la hipoteca no només es pot realitzar mitjançant el procediment d'execució de béns hipotecats (articles 681 i següents LEC), sinó també pel procediment d'execució previst a la LEC per a qualsevol títol executiu. En el segon procediment necessàriament s'han de complir els tràmits que no estan previstos en el primer: l'embargament (articles 584 i següents) i la valoració dels béns embargats (articles 638 i següents). En el supòsit resolt s'ha ordenat l'embargament derivat del procediment ordinari d'execució.

És doctrina de la Direcció (R. 23 juliol 1999) que, quan se segueix aquest procediment, si hi haguessin càrregues intermèdies entre la inscripció de la hipoteca i l'anotació d'embargament practicada per l'exercici de l'acció executiva ordinària, la cancel·lació esdevindria impossible si els titulars no intervinguessin en el procediment; és necessari que, des que s'anoti l'embargament, es faci constar en el Registre per nota al marge de la inscripció d'hipoteca que el crèdit que dona lloc a l'execució és el mateix que el que es garanteix amb la hipoteca.

R. 8 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4356)

Fa referència al mateix títol d'hipoteca l'execució judicial de la qual va motivar la R. 22 juliol 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11749). En aquella la Direcció va estimar el recurs contra una qualificació que havia denegat la inscripció d'una adjudicació hipotecària de finca que no era habitatge habitual, a manca de postors, per import inferior al 50% del valor de subhasta. Certament és doctrina consolidada, basada en la interpretació conjunta dels articles 671 i 651 LEC, que encara que l'executant sol·liciti l'adjudicació per la quantitat deguda per tots els conceptes, no sent habitatge habitual, l'adjudicació mai no es podrà fer per una xifra inferior al 50% del valor de taxació. Ara bé, el que va passar en el supòsit llavors resolt va ser que la Direcció va aplicar la seva doctrina de revocar les qualificacions que es limiten a denegar sense altre la inscripció, però no fa referència a la possible actuació del lletrat de l'Administració de justícia, a qui l'article 670-4 LEC atribueix competència per apreciar i valorar la conducta del deutor en relació amb el compliment i, en general, les altres circumstàncies concurrents que, un cop escoltades les parts i quan és ferm el decret d'aprovació de la rematada, permet decretar l'adjudicació per menys del 50% del valor de taxació sempre que es cobreixi almenys la quantitat per la qual es despatxa l'execució, inclosa la previsió per interessos i costes.

Ara es presenta el mateix títol per segon cop, i en aquesta segona qualificació la registradora torna a denegar la inscripció però fent –ara sí– referència al fet que no s'aporta decret del LAJ que apreciï i valori les circumstàncies concurrents, per la qual cosa, en conseqüència, en aquest segon recurs la Direcció desestima el recurs i confirma la qualificació negativa.

MOBILIÀRIA

R. 18 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3551)

Suspèn la inscripció d'una hipoteca mobiliària sobre marques comercials perquè, tot i haver-se pactat el procediment executiu de l'article 681 i següents LEC, no es presenta el certificat de taxació corresponent.

La taxació és necessària en la mesura que la hipoteca mobiliària també pot servir de cobertura a una emissió de títols hipotecaris. La Direcció repassa l'evolució legal recent sobre la matèria.

L'article 8 RD 716/2009, que desenvolupa la Llei 2/1981 de regulació del mercat hipotecari, va imposar que el tipus de subhasta a l'efecte de l'execució sigui com a mínim el valor de taxació, però exclusivament en relació amb les hipoteques constituïdes d'acord amb la normativa del mercat hipotecari, que són les que poden servir com a base i cobertura per a l'emissió de títols hipotecaris. Es pretén protegir els inversors del risc de la sobretaxació del bé hipotecat.

La Llei 1/2013 volia, a més, protegir el deutor hipotecari del risc d'infravaloració del bé en cas d'execució, atès que en l'actual crisi és habitual que la subhasta quedi deserta i el creditor s'adjudiqui el bé per un percentatge del valor de taxació de la subhasta. Per això va reformar l'article 682 LEC en el sentit d'exigir, com a requisit per poder inscriure el pacte i exercir el procediment d'execució directa o la venda extrajudicial de tota la hipoteca, la taxació de la finca d'acord amb la normativa reguladora del mercat hipotecari i que el valor de la subhasta no sigui inferior al 75% d'aquella. La Llei no distingeix entre hipoteques que puguin servir o no de cobertura a una emissió de títols, ni té en compte la naturalesa del creditor hipotecari.

D'altra banda, la Llei 19/2015 va reformar lleugerament la regla esmentada en el sentit d'afegir l'expressió entre cometes següent al requisit que el valor de subhasta no pot ser inferior al 75% del valor de taxació que, "si és el cas" s'hagi realitzat d'acord amb la legislació del mercat hipotecari. La Direcció va interpretar "si és el cas" en el sentit d'entendre que la taxació i el respecte del límit percentual s'imposen en tot cas (independentment que la taxació sigui voluntària, o obligatòria per cobrir una emissió de títols), però admet que pot ser realitzada per una entitat no homologada quan la hipoteca manqui d'aptitud per servir de cobertura a una emissió de títols hipotecaris.

Finalment, la disposició derogatòria única de la LEC-2000 va eliminar les especialitats d'execució que conté la Llei d'hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament, i va quedar com a única regulació de la matèria la dels articles 681 i següents LEC sobre execució directa de béns hipotecats. No es tracta d'una norma d'aplicació supletòria, sinó d'aplicació directa en virtut de remissió. A més, després de la reforma per Llei 41/2007, l'article 8 LHMPSD estableix que els crèdits garantits amb hipoteca mobiliària o penyora sense desplaçament poden servir de cobertura a les emissions de títols del mercat secundari.

En conseqüència de tot això d'abans, la R. Direcció estableix que la taxació de l'article 682-2-1r LEC és exigible quan concorrin els requisits següents: que es tracti d'hipoteques o penyores a favor d'entitats legitimades per a emetre títols hipotecaris; que es tracti de préstecs o crèdits garantits amb hipoteca mobiliària o immobiliària, o amb penyora amb desplaçament; que els béns lliurats en garantia representin un valor estable i durador, que no estiguin exclosos expressament i reuneixin els altres requisits exigibles legalment (article 5 Llei 2/1981 en relació amb l'11 RD 716/2009) i concretament, que es tracti de drets de propietat industrial que estiguin registrats i siguin susceptibles d'aprovació individual i execució voluntària.

D'altra banda, com que es tracta de propietat industrial i tenint en compte la seva naturalesa especial, és admissible a l'efecte d'execució hipotecària la taxació ajustada als mètodes de valoració habituals de la pràctica mercantil, i realitzada per entitats especialitzades encara que formalment no constin inscrites en el Registre del Banc d'Espanya.

OBRA NOVA

R. 11 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3399)

Admeten la inscripció d'una escriptura de venda d'una casa que consta inscrita, si bé de forma incompleta, ja que la inscripció no ex-

pressa el nombre de plantes ni la superfície construïda. El títol completa la descripció sobre aquestes dades en termes que coincideixen amb el certificació cadastral descriptiva i gràfica de la qual també resulta una antiguitat d'edificació anterior al termini de prescripció de possibles infraccions urbanístiques.

El fet que el títol no sigui formalment una declaració d'obra no impedeix que s'apliqui la normativa que estableix els requisits aplicables a la modificació d'obres. En aquest cas es compleixen les prescripcions dels articles 53 RD 1093/1997 i 28-4 LS.

OPCIÓ

R. 10 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3393)

Admet la inscripció d'una escriptura d'exercici unilateral de dret d'opció, que té per objecte una quota indivisa de diverses finques i els optants sol·liciten la cancel·lació de les anotacions d'embargament posterior en la mateixa proporció que adquireixen les finques.

És doctrina consolidada que la transcendència real de l'opció significa que, un cop exercida, es pot sol·licitar la cancel·lació de les càrregues posteriors, però sempre que es disposi el preu a favor dels titulars (art. 175-6 RH). El principi de consignació íntegra del preu impedeix pactes que deixin la consignació i el seu import a la voluntat de l'optant, però no ha de portar-se a l'extrem i perjudicar el titular de l'opció en benefici dels titulars de càrregues no preferents.

Així, l'opció del supòsit resultat es va acordar en un títol previ d'arrendament amb opció de compra, en el qual es va preveure l'exercici unilateral parcial del dret, com també que el pagament del preu es podria realitzar per imputacions al pagament de les rendes arrendatàries i per compensació de pagaments per despeses de comunitat, IBI i altres fets pels optants en substitució dels atorgants. En l'escriptura d'exercici de l'opció s'acrediten les quantitats deduïdes pels optants corresponents als conceptes expressats, de manera que no es procedent la consignació de cap quantitat per la cancel·lació parcial de les anotacions d'embargament posteriors, sens perjudici de la comunicació a l'òrgan judicial que correspongui (article 143 RH).

PROPIETAT HORIZONTAL

R. 19 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3403)

Admet la immatriculació de només dos departaments dels integrants d'un edifici organitzat segons l'LPH. La immatriculació se sol·licita mitjançant el procediment de l'article 205 LH en virtut de dos títols: el de donació dels dos departaments, precedit per un altre anterior d'herència en el qual el donant i els altres propietaris de l'edifici van acordar l'establiment del règim de propietat horitzontal.

El registrador exigeix acreditar l'adquisició prèvia, no només dels departaments dels quals es vol fer la immatriculació, sinó de tots els elements de la propietat horitzontal, ja que considera que s'immatricularà tot l'edifici en el seu conjunt.

No obstant això, la Direcció considera que la possibilitat d'immatricular una finca quan només s'inscriu una quota de la titularitat (admesa per R. 13 febrer 2014 i R. 13 juliol 2017), i fins i tot quan es tracta d'elements integrants d'una propietat horitzontal, és



perfectament possible quan es descriuen totes les circumstàncies, elements i clàusules segons l'article 8 LH. L'exigència de doble títol no es pot estendre als propietaris dels altres elements respecte dels quals no se sol·licita inscripció.

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3557)

Suspèn la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords d'una propietat horitzontal, pels quals es modifiquen els estatuts en el sentit de permetre que els departaments, que fins ara només es podien destinar a habitatge, es puguin destinar a lloguer turístic o de vacances. L'acord s'adopta per majoria de tres cinques parts dels propietaris i de les quotes.

Certament el RD-L 7/2019 modifica l'article 17-12 LPH, eximeix de la unanimitat i redueix la majoria necessària a tres cinques parts de propietaris i quotes per a l'acord pel qual es limiti o es condicioni l'exercici d'aquests lloguers. És a dir, que la reducció de la majoria exigida s'estableix per a l'acord que limiti o condicioni aquest ús, però no per a l'acord adoptat amb la finalitat contrària, és a dir permetre-ho, que, si suposa modificació del títol constitutiu o dels estatuts, continuarà exigint unanimitat.

PUBLICITAT REGISTRAL

R. 9 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4362)

Denega l'expedició d'una nota simple informativa, sol·licitada per una associació ciutadana i que comprèn el patrimoni d'un alcalde determinat, en general. El recurrent al·lega que el Registre és públic i que, per tant, està al servei de tots els usuaris i hi ha un interès lícit no contrari a Dret per obtenir-la.

És doctrina consolidada que l'interès que dona dret a accedir al Registre ha de ser directe, conegut i legítim. En el Registre de la propietat l'interès s'ha de provar a satisfacció del registrador, sota la seva responsabilitat, d'acord amb el sentit i la funció de la institució registral. Les dades sensibles de caràcter personal o patrimonial només podran ser objecte de publicitat per a finalitats pròpies de la institució registral. Correspon al registrador qualificar, no només si és procedent expedir o no la informació, sinó també quines dades inscrites pot incloure o ha d'excloure.

Així, en la sol·licitud genèrica qualificada, no s'aprecia la justificació de l'interès legítim que permetria accedir al Registre. Tampoc altres institucions públiques com el Cadastre no donen informació sobre béns, sense interès legítim.

RECTIFICACIÓ I ESMENA

R. 29 novembre 2019 (BOE 7, 8-I-20: 255)

Denega la rectificació del contingut del Registre que es pretén en virtut d'una instància privada subscrita pel titular del domini d'una finca, que sol·licita la cancel·lació d'un dret d'ús i gaudi constituït a favor d'altres persones.

La signatura de qui subscriu la instància no ha estat legitimada pel Notari ni ratificada davant la registradora. També es confirma l'altre defecte: davant l'al·legació que es va equivocar en transcriure

el títol, ja que qui va gravar en el seu moment la finca amb el dret d'ús estava casat en règim de guanys i no consta la signatura del seu cònjuge. La Direcció aplica la seva doctrina consolidada que afirma que els assentaments estan sota la salvaguarda dels tribunals i produeixen tots els seus efectes mentre no se'n declari judicialment la inexactitud (article 1 LH), i la seva rectificació exigeix el consentiment d'aquells a qui l'assentament reconegui algun dret, o bé resolució judicial d'un judici contra tots ells.

R. 9 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4359)

Denega la pràctica d'assentament de presentació d'un document privat l'objecte del qual és la sol·licitud de rectificació d'una inscripció. No es tracta d'un document públic (article 3 LH), ni és una de les excepcions de l'article 420 RH de la prohibició general de practicar assentament de presentació dels documents privats, tret dels supòsits en què les normes els atribueixin eficàcia registral.

RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL

R. 11 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3397)

Denega la inscripció d'un conveni regulador de divorci que inclou com a actiu de la societat de guanys l'habitatge habitual, el qual va ser adquirit en proindivís pels cònjuges abans de casar-se. El conveni adjudica al marit tant l'habitatge com el préstec. Es requereix escriptura pública o sentència judicial ferma.

L'adjudicació d'un immoble objecte de comunitat és aliè al contingut típic del conveni regulador. Certament si s'haguessin realitzat pagaments del preu ajornat de l'habitatge familiar amb diners de guanys (la qual cosa no es desprèn del conveni), la titularitat inicial privativa hauria esdevingut "ex lege" en una comunitat per quotes entre la societat de guanys i els patrimonis privatius dels cònjuges en proporció a les aportacions respectives (articles 1354 i 1357-2 Cc), però perquè l'existència de les comunitats, la determinació de les quotes i l'extinció puguin accedir al Registre, s'exigeix conveni de les parts (article 91-3 RH).

R. 8 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4354)

Denega la inscripció d'un conveni regulador de divorci que inclou com a actiu de la societat de guanys un habitatge (que només en fase de recurs es manifesta que va ser l'habitual de la família), el qual va ser adquirit en proindivís pels cònjuges abans de casar-se i és adjudicada en el conveni a l'exmarit.

L'adjudicació d'un immoble objecte de comunitat ordinària és aliena al contingut típic del conveni regulador. Certament si s'haguessin realitzat pagaments del preu ajornat de l'habitatge familiar amb diners de guanys (la qual cosa no es desprèn del conveni), la titularitat inicial privativa hauria esdevingut "ex lege" en una comunitat per quotes entre la societat de guanys i els patrimonis privatius dels cònjuges en proporció a les aportacions respectives (articles 1354 i 1357-2 Cc), però perquè l'existència de les comunitats, la determinació de les quotes i l'extinció puguin accedir al Registre, s'exigeix conveni de les parts (article 91-3 RH).

SOCIETATS MERCANTILS

ADMINISTRADORS

R. 11 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3398)

Fa referència a una escriptura en virtut de la qual l'apoderat d'una societat anònima, la qual és alhora sòcia única i administradora d'una de limitada, cessa la persona física designada com a representant de la primera per exercir el càrrec d'administradora de la segona.

La Direcció desestima el primer defecte de la qualificació, que exigia acord del Consell d'Administració de la societat anònima, com a sòcia única de la limitada. La designació de la persona física representant de la persona jurídica administradora no és un acte social intern de la societat administrada, sinó una decisió que és competència exclusivament de l'entitat administradora.

No obstant això, la inscripció es denega pel segon defecte: és necessari que consti l'acceptació de la persona física designada. Certament la inscripció de poders en el Registre mercantil no requereix l'acceptació prèvia expressa de l'apoderat, per la qual cosa en principi no seria necessària l'acceptació del designat quan la designació es realitzi per apoderament (l'altra opció representativa possible és per via de delegació de facultats). Però no es pot desconèixer que, independentment del vincle representatiu entre la societat administradora i els seu representant persona física, els efectes de la designació superen l'àmbit propi del mer apoderament i en alguns aspectes s'assimilen —com els efectes de requisits legals d'accés al càrrec i als deures i responsabilitats— als propis de la relació orgànica d'administració.

La Direcció recorda la seva doctrina. El nomenament dels administradors produeix efectes des del moment de l'acceptació, i la inscripció en el Registre Mercantil és obligatòria, però no constitutiva. No hi ha cap precepte que imposi la inscripció prèvia en el Registre Mercantil del càrrec social o del poder general, com a requisit d'inscripció dels actes realitzats en exercici d'aquesta representació. El que passa és que, si la representació consta inscrita, gaudeix de presumpció de validesa i d'exactitud, el registrador mercantil n'haurà qualificat favorablement la regularitat, i per això, n'hi haurà prou de completar la ressenya identificadora del document representatiu amb les dades de la inscripció. En el cas contrari, si el títol no incorpora les dades d'inscripció de la representació, ha de ressenyar les dades i els documents que posin de manifest la designació vàlida del representant, per haver estat nomenat amb els requisits legals i estatutaris per l'òrgan social competent, convocat degudament i vigent en el moment del nomenament, inclosa l'acceptació del designat i, si és el cas, la notificació o el consentiment dels titulars dels càrrecs inscrits anteriors.

En el supòsit d'aquesta resolució, la ressenya notarial i el judici de suficiència compleixen els requisits legals i són coherents amb el negoci celebrat, sense que es pugui entendre —com pretén el registrador— que només es refereixin a les facultats de les administradores i no al seu nomenament. En conseqüència, la seva correcció no pot ser revisada pel registrador.

APODERATS SOCIALS

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3555)

El títol qualificat i presentat al Registre Mercantil és una escriptura de substitució d'alguna de les facultats atorgada per l'apoderat general d'una societat. Entre les facultats substituïdes es troba la de substituir les facultats total o parcialment i revocar les substitucions realitzades.

La Direcció desestima el primer defecte de la qualificació, la qual exigia determinar si realment s'està fent una substitució en el sentit estricte, és a dir, la transferència del poder, o un subapoderament que no desvincularia el primer apoderat de la relació representativa. S'ha de presumir que qui pugui substituir en un sentit propi també pot subapoderar mantenint-se en la relació representativa, tret que es digui expressament o clarament es dedueixi de la voluntat de les parts la revocació del primer poder (R 14 desembre 2016).

No obstant això, la inscripció es denega per l'altre defecte. Una de les facultats substituïdes és la pròpia de substituir el poder. La Direcció entén que el poderdant inicial l'ha atorgat exclusivament a l'apoderat que es en qui té dipositada la seva confiança, per la qual cosa la possibilitat de practicar-la en endavant —amb límits o sense límits— s'ha d'explicar amb absoluta i claredat.

APORTACIONS AL CAPITAL SOCIAL

R. 4 desembre 2019 (BOE 18, 21-I-20: 873)

Admet la inscripció d'una escriptura de constitució de societat limitada en la qual s'aporta el *know-how*, que es defineix com la informació tècnica secreta, especialitzada i necessària per fabricar i comercialitzar els productes o els elements propis de l'activitat social, que es concreta en el coneixement de la indústria de serveis, màrqueting i estudi de mercat, i en el coneixement especialitzat en matèria d'emprenedoria, desenvolupament empresarial, lideratge i direcció d'equips.

El registrador denega la inscripció perquè l'aportació sembla incloure un treball o prestació de serveis. No obstant això, la Direcció entén que l'aportació qüestionada, encara que és un bé immaterial, té caràcter patrimonial, és susceptible de valoració econòmica i d'apropiació (article 58-1 LSC), per la qual cosa es pot aportar a la societat i és apta per produir un benefici. A més, és diferent de la mera obligació de fer, per la qual cosa no s'infringeix la norma que impedeix que siguin objecte d'aportació el treball o els serveis (article 58-2 LSC).

DENOMINACIÓ SOCIAL

R. 18 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3549)

Estima el recurs contra la qualificació de l'RMC que havia denegat la reserva de la denominació "Clorawfila, SL" per l'existència de la denominació registrada "Clorofila, SAL". Malgrat la semblança gràfica i fonètica (sobretot en anglès), la diferència gramatical és suficient per entendre que es tracta de denominacions clarament distingibles.

És doctrina consolidada que, en l'àmbit de les denominacions socials, la identitat entre elles no només es pot produir per coincidència gramatical absoluta, sinó també quan les diferències,



per la seva escassa entitat o l'ambigüitat dels termes que les provoquen no desvirtuen la impressió que es tracta de la mateixa denominació ("quasi-identitat"). Aquesta qüestió eminentment fàctica i la seva resolució depèn de les circumstàncies de cada cas. El seu desenvolupament normatiu es troba en l'article 408 RRM. La principal finalitat de la prohibició és identificar amb seguretat la societat.

SOCIETAT PROFESSIONAL

R. 18 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3550)

Denega la inscripció d'una escriptura d'elevació a públic d'acords de junta (sobre dimissió d'un administrador, canvi de forma d'administració i nomenament d'administradors solidaris) d'una societat de no professionals, si bé el seu objecte està integrat per activitats pròpies de l'advocacia. La societat es troba dissolta de ple dret i el seu foli registral està tancat, per efecte de la transitòria primera de la Llei 2/2007.

Amb motiu de l'obligació d'adaptar les societats anònimes a les normes promulgades el 1989, la Direcció va elaborar una doctrina segons la qual, malgrat la sanció de dissolució de ple dret imposada literalment a les societats que no s'adaptessin dins el termini, en seria possible la reactivació (actual article 370 LSC). Així, per poder inscriure el títol qualificat, és necessari reactivar la societat prèviament i adequar-la a l'ordenament jurídic; i només després es podran fer les modificacions que la junta general consideri oportunes.

SUCCESSIONS

ESTRANGERS

R. 18 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3547)

Fa referència al mateix supòsit que la R. 24 juliol 2019 (infra.), el contingut de la qual es confirma, com a conseqüència d'una segona presentació del mateix títol sense que s'hagi produït cap fet nou que pugui ser objecte d'una anàlisi independent.

R. 24 juliol 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13605)

El causant, de nacionalitat alemanya, residia a Formentera quan va morir i des de feia anys abans de la seva defunció, que es va produir després de l'entrada en vigor del RUE 650/2012. En el seu testament, atorgat davant Notari espanyol, va instituir hereu universal el seu fill, sense cap referència a cap altre fill. No hi ha cap dada que permeti establir ni fins i tot de manera tàcita "professió iuris" a la llei alemanya.

Ara es discuteix la pràctica de l'assentament d'afecció legitimària sobre una finca del causant en virtut d'escriptura d'acceptació de llegítima atorgada per qui afirma ser també filla del causant i pretén que se'n reconegui la filiació en virtut de certificacions incorporades a l'escriptura qualificada.

La Direcció desestima els altres dos defectes observats pel registrador. En primer lloc, segons el que s'ha exposat i en virtut del RUE 650/2012, la Llei aplicable a la successió no és l'alemanya, sinó l'espanyola, en particular la balear i més concretament el Dret d'Eivissa i Formentera. En segon lloc, en aquest cas no és obligatori aportar el certificat d'últimes voluntats alemany: sobre la base de la doctrina establerta a partir de la R. 10 abril 2017, la Direcció consi-

dera innecessària la cerca en el Registre de l'estat de la nacionalitat atesa l'opció general del Registre europeu per la residència habitual. En conseqüència, la Direcció revoca la qualificació negativa tal com ha estat formulada, però sens perjudici que, un cop presentat el títol de nou, es pugui observar el defecte que consisteix en el fet que la decisió del contenciós sobre la preterició de la filla recurrent i la seva qualificació com a intencional o no, correspon als tribunals (concretament, els de la residència habitual del causant, segons l'article 4 RUE (650/2012), sempre que no es compti amb el consentiment de l'hereu únic.

FIDUCIARI, COMISSARI

R. 18 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3546)

En testament atorgat el 2014, el causant va llegar a la seva esposa l'usdefruit universal establint cautela "socini" en el cas que els seus fills o algun d'ells exigís adjudicacions en ple domini; va atorgar a la vídua facultat vitalícia de millorar i distribuir l'herència entre descendents comuns, sens perjudici de les llegítimes i altres disposicions del causant; i en el cas que l'esposa no exercités la facultat atorgada, instituïa hereus els dos fills per meitats. El causant va morir el 2019 amb veïnatge basc i, per tant, sota vigència de la Llei 5/2015, que estableix un sistema de llegítima col·lectiva d'un terç de l'herència de lliure distribució entre els legitimaris, i fins i tot és possible apartar-ne un o alguns (article 49).

Ara s'admet la inscripció de l'escriptura d'herència atorgada per la vídua i un fill (sense la intervenció de l'altra filla), en la qual: la vídua accepta la seva condició de fiduciària i designa legitimari al fill que compareix, el qual rebutja el llegat d'usdefruit universal per a la seva mare, de manera que els béns s'adjudiquen en ple domini: a la vídua, els dos terços, com a hereva en virtut de la cautela "socini"; i al fill respecte de l'altre terç, com a legitimari.

La successió d'aquest causant es regeix per la legislació civil basca vigent en el moment de la seva defunció, si bé, com que el testament va ser atorgat sota la vigència del Dret civil comú, les seves disposicions són vàlides, encara que les llegítimes s'han d'ajustar a l'article vigent 48 Llei 5/2015. D'altra banda, és cert que el causant no ha apartat expressament o tàcitament cap dels fills, ja que els ha nomenat tots dos hereus en el cas de manca d'exercici de la fidúcia. La Direcció també entén que, encara que el testament no esmenti expressament l'article 831 Cc, el que va establir el testador, atès el context normatiu aplicable llavors, va ser la facultat de millorar el precepte esmentat. Encara que les facultats atribuïdes al vidu són enormes, no són tan àmplies com les del comissari basc i, per descomptat, no inclouen la de modificar el testament del causant ni la de desheretar. Ara bé, en aquest cas s'ha respectat la llegítima col·lectiva basca, ja que hi ha un fill l'adjudicació hereditària del qual absorbeix la llegítima de tots els descendents. I això sens perjudici de les accions de rescissió que, si és el cas, puguin correspondre a l'altra legitimària, l'exercici de les quals tampoc no consten en el Registre.

HERÈNCIA JACENT

R. 12 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3402)

Denega la inscripció d'una sentència que declara l'adquisició mitjançant prescripció per part de l'actor d'una finca que es troba ins-

crita en nom dels seus pares amb caràcter de règim guanyats. El procediment s'ha dirigit contra "qualsevol tercer interessat en la causa".

La Direcció recorda la seva doctrina que limita la necessitat de nomenament de defensor judicial d'herència jacent en els casos que el nomenament d'hereus desconeguts sigui purament genèric. I, certament, si consta que l'actor és interessat en l'herència jacent dels titulars, no seria necessari nomenar administrador judicial; amb tot, el que passa en aquest cas és que aquesta circumstància no consta en el títol respecte dels dos titulars.

A més, concorren altres dos defectes: com que s'ha dictat la sentència en rebel·lia no s'acredita pel jutjat el transcurs dels terminis de l'exercici de l'acció de rescissió; tampoc no s'ordena la cancel·lació de la inscripció contradictòria.

INTERPRETACIÓ TESTAMENTÀRIA

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3553)

La testadora, de veïnatge civil basc, tenia un sol fill i dos nets, fills d'aquest. En el seu testament, atorgat el 2010, va llegar al seu fill el que "per llegítima estricta li correspongui" i va instituir hereus els seus dos nets, motivant aquesta decisió per ser la més adequada a l'interès familiar per la posició econòmica del fill, que fa innecessària qualsevol atribució successòria al seu favor; fins i tot la testadora demana al fill que no reclami i renunciï al dret que li correspon.

En morir la testadora ja està vigent la Llei 5/2015 de Dret civil basc; i el que ara s'admet és la inscripció de l'escriptura d'herència atorgada pel seu fill i la seva esposa, en exercici de la potestat parental com a mare dels dos nets menors, en la qual els béns s'adjudiquen per terceres parts, al fill com a legitimari i als nets com a hereus. La registradora exigeix autorització judicial perquè entén que l'adjudicació al pare implica una renúncia dels drets hereditaris per als fills menors.

La successió es regeix per la Llei del veïnatge civil basc en el moment de la defunció, si bé el testament atorgat conserva la validesa mentre s'ostentava el veïnatge comú, encara que les llegítimes s'han d'adaptar a la Llei de la successió. La Llei 5/2015 estableix una llegítima d'un terç amb caràcter col·lectiu: l'article 48 permet al causant escollir un o diversos legitimaris, apartant-ne els altres.

El testament s'ha d'interpretar d'acord amb el sentit literal de les seves paraules, tret que es desprengui clarament que va ser una altra la voluntat del testador (articles 675 Cc i 46 Llei 1/2015). En aquest cas la interpretació correspon als hereus, els quals han interpretat que no es va produir una veritable apartament del fill. Per tant, no hi ha renúncia de drets que, d'altra banda, hauria de ser expressa. Els hereus menors, tant en la interpretació com en la partició, estan representats degudament per la seva mare, ja que l'article 163 Cc estableix que, en el cas que hi hagi conflicte d'interessos només amb un dels progenitors, la representació correspon a l'altre sense necessitat d'autorització judicial.

LLEGAT

R. 18 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3545)

El testador va morir el 1945 i en el seu testament: nomenava hereus els seus cinc fills i dos nets fills de dos altres fills premorts;

millorava un dels nets esmentats amb el llegat de diverses finques determinades. L'hereu millorat mort el 2017, i deixa sis fills que han estat declarats hereus abintestats del seu pare l'herència del qual han acceptat. Ara es denega la inscripció de l'escriptura d'adjudicació del llegat ordenat pel primer causant, perquè només ha estat atorgada pels hereus del legatari, quan a més és necessari el consentiment de tots els altres legitimaris del testador, sense que tampoc el legatari estigui facultat expressament per prendre possessió del llegat (article 81 RH).

En l'escriptura qualificada els atorgants manifesten que resulta impossible la compareixença dels legitimaris del primer causant, perquè han transcorregut més de 75 anys des de l'obertura de la successió i perquè desconeixen si hi havia o no hereus seus perquè han hagut d'emigrar; i que les accions dels legitimaris han prescrit pel transcurs de més de 30 anys. A requeriment seu, el Notari declara notori "que el legatario ... y después sus causahabientes, se encuentran en la posesión de los bienes legados desde el fallecimiento del testador ... en 1945, sin que conste reclamación alguna de sus legitimarios o acreedores".

No obstant això, la Direcció entén que la prescripció és una qüestió que escapa de l'àmbit limitat de la qualificació, i és competència dels jutges i tribunals. D'altra banda, respecte de l'admissió de l'acta de notorietat de l'article 209 RN com a mitjà de prova de la possessió pel legatari que, per tant, fa innecessari el lliurament, la R. 28 febrer 2019 va establir que el que s'ha de declarar notori és que "el legatario esté en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión" (és a dir, que ja la posseïa en aquell moment perquè el causant la hi va lliurar en vida). No obstant això, en el cas resolt, el que s'ha declarat notori és la possessió "des de la defunció del testador", és a dir, després.

SUBSTITUCIONS

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3552)

En primer lloc va morir l'esposa i en el seu testament va nomenar el seu cònjuge hereu fiduciari amb lliures facultats de disposició per actes intervius (onerosos o gratuïts) i per actes mortis causa posteriors a la defunció de la testadora, establint una substitució fideïcomissària en el residu a favor de determinats parents de la testadora. Posteriorment va morir el marit i el seu testament tenia un contingut simètric al de la seva esposa, atorgat el mateix dia i davant el mateix Notari que el d'ella, la qual nomenava fiduciària amb substitució de residu a favor de determinats parents del testador.

Ara la Direcció denega la inscripció de l'escriptura d'herència de tots dos, atorgada només pels parents fideïcomissaris del testador, els quals s'adjudiquen tots els béns de l'herència d'ambdós esposos.

Segons la STS 30 octubre 2012, la crida als fideïcomissaris no és condicional sinó certa des de la defunció del testador, de manera que el fideïcomissari és causahavent directe del testador, ja que el fiduciari no transmet cap dret successori que no estigués ja en l'esfera hereditària del fideïcomissari (article 784 Cc). En conseqüència, com que ha mort el marit fiduciari sense haver disposat dels béns de la seva esposa, ja que en particular no s'ha atorgat testament posterior a l'obertura de la seva successió (perquè els testaments són de la mateixa data), entra en joc la crida de residu als hereus fideïcomissaris de la fideïcomitent, els quals han d'intervenir en la seva herència.



La Direcció no estima l'al·legació que, com que no consta que el vidu hagués arribat a acceptar o a renunciar l'herència de la seva esposa premorta, en aplicació de l'article 1006, s'hauria produït la transmissió a favor dels hereus del marit del dret i les seves facultats dispositives. Independentment que consti o no l'acceptació del fiduciari, la substitució fideïcomissària suposa una doble institució successiva d'hereus, que ho són del fideïcomitent i no del fiduciari (la R. 27 març 1981 va establir que, si existeix substitució fideïcomissària, no es pot produir el cas d'hereu únic que inscrigui el seu dret mitjançant instància).

TRACTE SUCCESSIU

R. 10 desembre 2019 (BOE 60, 10-III-20: 3395)

Admet la inscripció d'una interlocutòria dictada en procediment judicial de represa de tracte, que no té per objecte tot un immoble, ni una quota indivisa, sinó només algunes habitacions o estances de la casa, que consta inscrita en el seu conjunt com a propietat horitzontal de fet. Com que la totalitat de la finca està immatriculada i la interlocutòria es basa en el domini d'una part d'aquesta, no es pot considerar que manca el requisit del tracte, ja que la seva manca queda substituïda precisament mitjançant l'expedient judicial tramitat.

R. 9 gener 2020 (BOE 98, 8-IV-20: 4360)

És la continuació del supòsit de la R. 8 juliol 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11080), sobre una donació que constava inscrita des de feia més de 30 anys, realitzada per la llavors titular a diverses persones l'objecte de la qual era una finca inscrita amb 2.600 metres quadrats, si bé es fa constar que la superfície en el moment de fer la donació era només de 2.000 metres, perquè 600 estan destinats a ser cedits a l'Ajuntament com a vials. La Direcció va denegar en aquesta resolució de 2019 la inscripció d'una escriptura per la qual la donant, després de fer constar que la finca finalment no va quedar afectada per l'actuació urbanística prevista i que es va instar la revisió dels 600

metres destinats a vials, els donava a una altra persona. La Direcció va entendre que la donant ja no era titular dels 600 metres esmenats, ja que la donació inicial va modificar la superfície de la finca com a conseqüència de la cessió de vials, i la va transmetre amb aquella descripció sense reservar-se cap dret sobre alguna porció de la finca.

Com a conseqüència d'aquesta qualificació negativa, s'esmena la donació en el sentit de fer constar que no s'ha produït cap cessió de finca i acompanyant una comunicació en aquest sentit al mateix Ajuntament. Un cop presentada la donació esmenada, en la resolució de 2020 la Direcció torna a rebutjar la inscripció per manca de tracte, ja que la finca avui no està inscrita en nom de la donant, sinó dels donataris i els seus causahavents. Per a entendre que la resta dels 600 metres no es va incloure en la donació, hauria calgut que la donant els hagués segregat i se'ls hagués reservat, o bé acreditar l'expropiació i la revisió posterior.

URBANISME

R. 19 desembre 2019 (BOE 63, 12-III-20: 3556)

Admet l'expedició de certificacions registrals sol·licitades per un Ajuntament per iniciar un expedient de modificació (rectificació d'errors) d'una reparcel·lació, així com la pràctica de la nota marginal corresponent (article 68 LS).

La registradora ho havia denegat argumentant que no és possible la tal rectificació sense el consentiment de tots els titulars afectats o resolució judicial, de manera que el que procedeix no seria un mer procediment de rectificació d'errors, sinó l'inici d'un nou expedient de reparcel·lació amb els mateixos requisits que la reparcel·lació original. No obstant això, la Direcció entén que no s'està sol·licitant cap rectificació d'assentaments registrals, sinó la mera constància per nota marginal de la iniciació d'un procediment administratiu, la resolució del qual sí que podria donar lloc en el seu moment a una sol·licitud de rectificació.

Resolucions de la DGRN en recursos de matèria Fiscal

Publicades durant el primer semestre de 2020

Redacció Lefebvre

DGRN

NOTARIS

Inscripció d'una escriptura de préstec hipotecari sense codi identificador

Ref EDE 2020/525166. DGRN Res. de 08 gener 2020

RESUM: Escripura de préstec hipotecari. Inscripció suspesa: manca de codi identificador. El Notari autoritzant d'una escriptura de préstec hipotecari recorre contra la qualificació de la registradora de la propietat que en suspèn la inscripció perquè no es fa constar el codi identificador del model de contracte de préstec utilitzat, acreditatiu del dipòsit al Registre de Condicions Generals de la Contractació, ni altres dades que permetin comprovar l'efectivitat del dipòsit amb anterioritat a la comercialització del contracte. La DGRN diu que l'únic requisit ineludible per a autoritzar l'escriptura és que el Notari comprovi el dipòsit previ de les condicions generals, i es pot incorporar a l'escriptura, si és el cas, els números d'identificació de les clàusules dipositades si han estat facilitats per l'entitat financera. La manca d'aquest identificador no es pot convertir en causa de denegació de la inscripció, ja que sempre és possible identificar l'escriptura amb el conjunt de clàusules dipositades per l'entitat financera, una cosa que, d'altra banda, les eines digitals modernes faciliten sobradament (FJ 1 i 2).

ITER PROCESSAL: El Notari autoritzant d'una escriptura de préstec hipotecari recorre contra la suspensió de la inscripció per manca, entre altres, el codi identificador del model de contracte usat. Si aquest codi no ha estat facilitat per l'entitat financera, la DGRN

permet la inscripció de l'escriptura malgrat que no hi consti, ja que és una dada fàcilment confrontable.

REGISTRE DE LA PROPIETAT

Denegació de nota simple sobre el patrimoni d'un alcalde per manca d'interès legítim

Ref EDE 2020/525483. DGRN Res. de 09 gener 2020

RESUM: Nota simple sobre el patrimoni d'un alcalde. Denegació per manca d'interès legítim. La DGRN diu que no procedeix expedir nota simple del patrimoni d'un alcalde si no se n'acredita un interès directe, legítim i patrimonial. El Registre de la Propietat certament és públic, però només per qui tingui un interès conegut, interès legítim que no s'aprecia en una sol·licitud genèrica d'informació sobre el patrimoni de les persones que podria contravenir la legislació de dades de caràcter personal. Només amb el consentiment de l'interessat o amb resolució judicial o administrativa ferma en un procediment adequat dirigit contra ell es pot dispensar aquesta informació (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: Un particular recorre en nom propi i en representació d'una associació per la negativa del registrador d'expedir nota simple informativa sobre el patrimoni de l'alcalde de Chiclana, manifestant genèricament que l'interès legítim de la petició era per a la "investigació per a contractació i interposició d'accions". La negativa es va produir per no existir un interès directe, legítim i patrimonial, la qual cosa és ratificada per la DGRN.



Defectes en la inscripció d'un immoble transmès per l'Estat a un particular mitjançant subhasta

Ref EDE 2020/525482. DGRN Res. de 09 gener 2020

RESUM: Immoble transmès per l'Estat. Inscripció: requisits. La DGRN rebutja la inscripció d'un immoble transmès per l'Estat a un particular mitjançant subhasta, si té alguns dels defectes següents. En primer lloc, manca d'escriptura pública, ja que és necessària en els negocis d'adquisició o disposició de béns immobles i drets reals de les Administracions Públiques, ja que no és suficient una certificació administrativa (FJ 5). En segon lloc, manca de dades personals relatives a l'adjudicatari, com l'absència d'alguna referència a la seva majoria d'edat i al seu estat civil i, en el cas d'estar casat, el règim econòmic matrimonial vigent, com també el caràcter del bé, ja que impedeix que el registrador competent pugui desenvolupar la seva funció qualificadora imperativa en relació amb la capacitat per adquirir, i per practicar l'assentament registral oportú amb identificació completa del nou titular registral, aspecte que, d'altra banda, resulta determinant per a qualificar la legalitat dels negocis futurs respecte del mateix bé (FJ 4). I, en tercer lloc, manca de justificació sobre l'abonament de la plusvàlua, encara que aquest tipus d'immobles està exempt d'aquest import (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: Un particular recorre contra la qualificació del registrador de la propietat que suspèn, per existència de defectes, la inscripció d'una resolució expedida per la cap de la secció de la Secretaria General de Patrimoni de l'Estat de la Delegació d'Economia i Hisenda de Castelló, acreditativa de l'adquisició per subhasta d'un immoble de l'Estat. La DGRN confirma l'existència dels defectes de manca d'escriptura pública i manca de dades identificadores de l'adquirent, però no de la manca d'abonament de la plusvàlua perquè és un supòsit exempt.

Denegació de la inscripció d'una escriptura de donació parcial d'una finca per manca de titularitat de la donant

Ref EDE 2020/525481. DGRN Res. de 09 gener 2020

RESUM: Escripció de donació d'una part d'una finca. Denegació d'inscripció: manca de titularitat de la donant. La DGRN denega la inscripció d'una escriptura de donació d'una porció d'una finca, expropiada i revertida posteriorment a la donant, perquè aquesta no consta com a titular registral actual de la porció. S'han produït dues transmissions intermèdies que no s'han inscrit, una per la qual va cedir la propietat d'aquesta porció a l'ajuntament i una altra per la qual l'hauria recuperat per reversió, i que són necessàries per transmetre la porció donada després de la recuperació del tracte successiu (FJ 2).

ITER PROCESSAL: El donatari recorre davant la negativa a inscriure, per manca de titularitat de la donant, una escriptura de donació de la porció d'una finca. La DGRN confirma la qualificació registral negativa perquè la donant no és la titular actual, ja que hi van haver diverses transmissions intermèdies abans de la del recurrent que no consten inscrites i que són necessàries per a la transmissió.

TEAC

IVA

Còmput del termini dels interessos de demora en el cas de suspensió de sancions tributàries

Ref EDE 2020/8959. TEAC Res. 1530/2019, de 09 març 2020

RESUM: IVA. Interessos de demora per suspensió de sancions. Còmput del termini. Segons el TEAC, per calcular els interessos de demora derivats de la suspensió de sancions en via contenciosa administrativa, s'ha de tenir en compte com *dies a quo* el dia següent a la finalització del termini de pagament en període voluntari. El *dies a quem* és la data d'ingrés durant aquest període i, si no es produeix el pagament, el dia següent a la finalització d'aquest termini. S'ha de descomptar el període que excedeixi dels dos mesos que l'Administració té per notificar l'acord pel qual requereix la realització de l'ingrés (FJ 2-5).

ITER PROCESSAL: Davant els acords sancionadors procedents de diverses liquidacions d'IVA, la interessada va recórrer davant el TEAR de Galícia i posteriorment davant el TSJ que va acordar, mitjançant interlocutòria, la suspensió de l'execució de les sancions, moment a partir del qual s'obre el període de meritament d'interessos de demora sobre la sanció. La qüestió sobre la qual el TEAC estableix el criteri interpretatiu en aquest recurs d'alçada per unificació de criteri és l'establiment dels *dies a quo* i *dies ad quem* (data inicial i data final del còmput) que s'han de tenir en compte per liquidar aquests interessos i si d'aquest període cal descomptar el període que excedeixi dels dos mesos que compta l'Administració per executar la part dispositiva de la sentència o aixecar la suspensió i requerir l'ingrés.

IVA/IRPF

Ajornament o fraccionament de deutes pel responsable tributari subsidiari

Ref EDE 2020/10520. TEAC Res. 3322/2018, de 27 febrer 2020

RESUM: Responsable tributari subsidiari. Ajornament o fraccionament de deutes. El TEAC estableix com a criteri que els responsables tributaris poden sol·licitar l'ajornament/fraccionament dels deutes tributaris que es trobin en període voluntari o executiu quan la seva situació econòmica i financera els impedeixi, de manera transitòria, efectuar el pagament en els terminis establerts, inclosos aquells deutes de retencions i inclosos en l'abast de l'acord pel qual se'ls declara responsables (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: Acciona el responsable subsidiari sol·licitant l'ajornament de diversos deutes per IRPF i IVA, perquè considera que no procedeix la seva responsabilitat perquè són deutes d'una societat de la qual és administrador. L'ajornament es va inadmetre, tan administrativament com judicialment, perquè els deutes tenen la consideració de retencions o ingressos a compte, i no poden ser objecte d'ajornament/fraccionament, excepte en els casos i en les condicions previstos en la normativa vigent, i no consten acreditats aquests aspectes. No obstant això, el TEAC permet l'ajornament, fins i tot de les retencions, si temporalment no s'hi pot fer front.

IMPOST DE SOCIETATS

Tipus reduït per manteniment o creació d'ocupació

Ref EDE 2020/1654. TEAC Res. 557/2019, de 16 gener 2020

RESUM: IS. Aplicació del tipus reduït per manteniment o creació d'ocupació. Requisit de caràcter objectiu. El TEAC, en unificació de criteri, resol que, per aplicar el tipus impositiu reduït de la disp. addic. dotzena RDLeg. 4/2004 –TRLIS– es requereix el manteniment efectiu o l'increment de la plantilla mitjana respecte dels exercicis precedents. Aquest requisit no té cap matís subjectiu, i s'ha de complir de manera objectiva, independentment de les causes que n'hagin determinat l'incompliment per part del contribuent (FJ 4).

ITER PROCESSAL: L'entitat a la qual es va regularitzar una liquidació de l'IS perquè en les autoliquidacions dels anys 2009 i 2010 s'havia aplicat el tipus de gravamen reduït per manteniment o creació d'ocupació va interposar una reclamació econòmica administrativa davant el TEAR de Madrid perquè va ser sancionada per això. El TEAR va considerar, d'acord amb les dades que consten en els informes de la TGSS completats per la documentació aportada per la reclamant, que aquesta, durant els anys 2008, 2009 i 2010, va conservar la mateixa plantilla de treballadors, sense variar la jornada de treball, i sense que del nombre menor de dies treballats es pugui deduir una intenció de reduir-la. Per tant, en aquest cas s'assoleix la finalitat perseguida pel legislador en la configuració del benefici fiscal com a instrument de política econòmica: el manteniment i la creació d'ocupació. Aquest criteri és mantingut igualment pel TEAC.

ITPiAJD MODALITAT TPO

Base imposable en casos de pagament de deutes hipotecaris mitjançant lliurament d'immobles

Ref EDE 2020/3224. TEAC Res. 4835/2016, de 21 gener 2020

RESUM: Dació en pagament. Base imposable ITPiAJD modalitat TPO. Segons el TEAC, en una dació en pagament subjecte a l'ITPiAJD, modalitat transmissions patrimonials oneroses, la base imposable no s'ha de fixar en funció del valor real del bé immoble que es transmet, sinó de l'import del deute pendent d'amortitzar quan aquest deute sigui superior al valor real, ja que la dació en pagament no respon a una mera transmissió del bé immoble, sinó que té una finalitat extintiva de la càrrega hipotecària que suporta el deutor i que opera com a contraposició de l'adjudicació de la finca del creditor hipotecari (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: Contra l'acord de liquidació de l'ITPiAJD, en la modalitat de TPO, de la Gerència Provincial de Còrdova de la Conselleria d'Hisenda, Caixabank va formular una reclamació econòmica administrativa al·legant una determinació incorrecta de la base imposable perquè no atenia al valor real de l'immoble lliurat com a dació en pagament. Tant el TEAR com ara el TEAC en aquest recurs d'alçada desestimen aquesta pretensió, perquè cal atendre l'import del deute hipotecari a extingir quan sigui superior al valor de l'immoble, com és el cas.

DGT

IVA

Adquisició de béns per ajuntament per combatre la COVID-19

Ref EDE 2020/559600. DGT Consulta n. V1456-2020, de 18 maig 2020

RESUM: Adquisició de béns per un ajuntament per a combatre la COVID-19. IVA: tipus zero. La DGT resol que a l'adquisició de béns necessaris per un ajuntament per combatre els efectes de la COVID-19 és aplicable el tipus zero de l'IVA, perquè el destinatari és una Administració Pública. Determinades activitats d'interès general realitzades per entitats de Dret públic n'estan exemptes, com l'assistència sanitària, perquè s'entén que dins el concepte d'entitat pública s'inclouen les Administracions territorials i qualsevol altra entitat integrada o que en depengui.

ITER PROCESSAL: El consultant és un ajuntament que es disposa a adquirir béns necessaris per combatre la COVID-19 i vol saber si és aplicable el tipus zero de l'IVA, previst en l'art. 8 RDL 15/2020, per ser Administració Pública. La DGT respon afirmativament, ja que les administracions territorials estan incloses en l'exempció.

IGIC

Béns adquirits per centres sanitaris per combatre la COVID-19

Ref EDE 2020/10187. DGT Canàries Consulta n. 2011/2020, de 28 abril 2020

RESUM: Impost General Indirecte Canari. Tributació zero. Centres sanitaris: COVID-19. Segons la DGT Canàries la importació o l'adquisició de determinats béns necessaris per combatre els efectes de la COVID-19 per una clínica dental han de tributar al tipus zero de l'Impost General Indirecte Canari, no així si es tracta de clíniques veterinàries. Aquest tipus impositiu només afecta els centres sanitaris dedicats a la salut de les persones, no dels animals.

ITER PROCESSAL: Es consulta si tributa al tipus zero l'adquisició o la importació per part d'una clínica dental o d'una clínica veterinària dels béns relacionats en l'apartat 2 de l'art. únic del Decret llei 8/2020, de 23 d'abril, d'establiment del tipus zero en l'IGIC aplicable a la importació o al lliurament de determinats béns necessaris per combatre els efectes de la COVID-19. Són béns que no es comercialitzen, sinó que es dediquen al desenvolupament de l'activitat professional d'odontologia i veterinària. La resposta passa per determinar si una clínica dental o una clínica veterinària es consideren "clínica o centre hospitalari", ja que aquest tipus de centres tributen al tipus zero, i la DGT respon que sí en el primer cas però no en el segon, perquè només tenen aquesta consideració els dedicats a la salut de les persones.

IRPF

Període impositiu de les diferències salarials no abonades a funcionaris

Ref EDE 2020/514933. DGT Consulta n. V138-20, de 21 gener 2020

RESUM: Període impositiu IRPF. Diferències salarials no abonades a funcionaris. La DGT diu que, a l'efecte de l'IRPF, les diferències



salaries reconegudes a un funcionari per sentència l'import de les quals no va ser abonat, s'han d'imputar al període impositiu en el qual sigui ferma. I en les quals no resulten d'una sentència pròpia, sinó que es reconeixen per una resolució administrativa com a conseqüència de sentències estimatòries prèvies, l'exigibilitat ve donada per la data de la resolució.

ITER PROCESSAL: Fa la consulta el funcionari d'un ajuntament que va reclamar, juntament amb uns altres quatre, unes diferències salarials, i dels quals tres van obtenir sentència favorable. En el cas dels altres dos, un dels quals és el consultant, no es va arribar a celebrar judici i les diferències van ser reconegudes per l'ajuntament. Es va consultar com tributen en l'IRPF, temporalment parlant, les diferències esmentades, i la DGT distingeix en funció de si van ser reconegudes judicialment o administrativament (com a conseqüència de sentències estimatòries prèvies).

Reducció aplicable a la retribució variable d'un advocat per l'èxit obtingut en un litigi

Ref EDE 2020/515685. DGT Consulta n. V73/2020, de 15 gener 2020

RESUM: Retribució variable d'un advocat per l'èxit obtingut en un litigi. IRPF: reducció. La DGT respon la consulta d'un advocat que presta els seus serveis en un despatx mitjançant relació laboral i que té la possibilitat d'arribar a percebre una retribució variable en funció de l'èxit obtingut en la defensa jurídica d'un dels clients. Respecte de la qüestió de si es podria aplicar a aquesta retribució la reducció del 30% sobre l'IRPF que la llei preveu per determinats rendiments del treball, diu que seria d'aquesta manera si el període de generació fos superior a dos anys, sempre que el rendiment s'imputi en un únic període impositiu, i no hagués aplicat la dita reducció a altres rendiments amb períodes de generació superior a dos anys, en els cinc períodes impositius anteriors.

ITER PROCESSAL: El consultant, advocat per compte aliè, planteja la consulta sobre si la retribució variable percebuda per l'èxit en un litigi li és aplicable la reducció del 30% de l'IRPF prevista en l'art. 18.2 Llei de l'impost per a determinats rendiments del treball. La resposta de la DGT és afirmativa si el període de generació és superior a dos anys i el rendiment s'imputa en un únic període impositiu, i sempre que no s'hagi aplicat a altres rendiments amb període de generació superior a dos anys en els cinc períodes impositius previs.

Període impositiu dels rendiments del treball

Ref EDE 2020/514906. DGT Consulta n. V135/2020, de 21 gener 2020

RESUM: IRPF. Rendiments del treball: període impositiu. La DGT diu que, a l'efecte de l'IRPF, la regla general és que els rendiments del treball s'imputen al període impositiu que siguin exigibles pel seu perceptor, tret que, per circumstàncies justificades no imputables al contribuent, els rendiments es percebin en períodes impositius diferents d'aquells en els quals eren exigibles. En aquest cas s'imputaran als períodes que eren exigibles i, si és el cas, es practicaria autoliquidació complementària, sense sanció ni interessos de demora ni cap recàrrec.

ITER PROCESSAL: La DGT respon la consulta d'una empresa que va posar de manifest errors en el pagament de nòmines l'any 2017, pel qual es va abonar a un treballador una retribució superior a la que li correspondria i a un altre una d'inferior, i el 2018 es va procedir a regularitzar la situació després de consultar quina és la incidència que això té en l'IRPF. Respon que en el cas del treballador que ha cobrat de més, la devolució dels imports indegudament percebuts l'any 2017 no té cap incidència en la declaració de l'IRPF de l'exercici en què es fa. Però com que es tracta d'un import percebut indegudament, no exigible pel seu perceptor i que ha de ser reintegrat al pagador, la incidència en la liquidació de l'IRPF té lloc quan aquest el va declarar com a ingrés, és a dir, en el període impositiu 2017. El treballador ha d'instar la rectificació de la seva corresponent autoliquidació del 2017. I en el cas del treballador que va cobrar de menys, els retards percebuts el 2018 que es corresponen amb el període impositiu 2017 s'imputaran a aquest període aplicant la regla especial d'imputació temporal i ha de presentar autoliquidació complementària.

Indemnització per acomiadament, conveni amb la SS i plans de pensions

Ref EDE 2020/536715. DGT Consulta n. V445/2020, de 26 febrer 2020

RESUM: IRPF. Indemnització per acomiadament, conveni amb la SS i plans de pensions. La DGT considera exempta d'IRPF la indemnització per acomiadament col·lectiu fins a un límit que un cop superat implica que l'excés estigui subjecte, no exempt, i es qualifica com a rendiment de treball, i pot resultar aplicable el percentatge de reducció del 30%. Quan la indemnització es fraccioni en dos o més períodes impositius, aquesta reducció només es pot aplicar si el coeficient que resulta de dividir el període de generació (determinat pels anys de serveis en l'empresa, comptats data a data) pel nombre de períodes impositius de fraccionament és superior a dos. Respecte del conveni especial amb la SS, les cotitzacions que siguin a càrrec de l'empresari no tenen cap incidència en la liquidació de l'impost dels treballadors, ni com a ingrés ni com a despesa deduïble, per determinar el rendiment net del treball. Però si l'obligació de cotitzar correspon al treballador prejubilat, l'abonament per l'empresa constitueix un rendiment íntegre del treball al qual no li és aplicable ni l'exempció ni la reducció esmentada anteriorment per a la indemnització. Finalment, les contribucions empresarials al pla de pensions de treball que faci l'entitat promotora del pla tindran la qualificació tributària de rendiments íntegres del treball en espècie, que es valoraran pel seu import i no estaran subjectes a ingrés en compte. El treballador podrà reduir aquestes contribucions en la base imposable general de l'impost, tenint en compte els límits màxims de reducció regulats en la LIRPF.

ITER PROCESSAL: La DGT respon la consulta d'una treballadora que va extingir la seva relació laboral amb una entitat financera l'any 2015 en l'àmbit d'un acomiadament col·lectiu, aconseguint-se una baixa per prejubilació, i va percebre la indemnització per acomiadament de manera fraccionada. Així mateix, l'entitat financera finança el cost del conveni especial amb la Seguretat Social i contribueix en el pla de pensions de la consultant. Es pregunta quin és el tractament fiscal, a l'efecte de l'IRPF, dels diversos conceptes econòmics previstos percebuts per la consultant a causa de l'extinció de la relació laboral. Respecte de la indemnització abonada de manera fraccio-

nada, en la part no exempta, l'aplicació de la reducció del 30% es produeix de manera limitada. Sobre el conveni amb la SS, no s'aplica ni l'exempció ni la reducció si l'obligació de cotitzar correspon al treballador, però l'abona l'empresa. I respecte del pla de pensions, el treballador pot reduir les aportacions de l'empresa en la base imposable, dins uns límits.

Imputació de rendes d'un immoble d'una persona morta

Ref EDE 2020/515682. DGT Consulta n. V76/2020, de 15 gener 2020

RESUM: IRPF. Imputació de rendes d'un immoble d'una persona morta. Segons la DGT la imputació de rendes immobiliàries que pugui correspondre a un immoble que pugui correspondre respecte de l'immoble que forma part del cabal hereditari d'una persona morta s'haurà de fer al o als qui (en la seva proporció respectiva si són uns quants) els hagi estat adjudicada *mortis causa* la titularitat o el dret de gaudi d'aquesta part dels immobles, sempre que no constitueixin el seu habitatge habitual. Si l'herència continués jacent perquè encara no hagués estat acceptada per les persones cridades (hereves o legatàries), la imputació es farà en els mateixos termes, però tenint en compte la participació que els correspondria (d'acord amb les disposicions testamentàries o legals) quan es produeixi l'acceptació i l'adjudicació de l'herència. Es podrà presentar una complementària per regularitzar la situació tributària per no haver inclòs la imputació de rendes immobiliàries d'aquest habitatge en les autoliquidacions de l'IRPF..

ITER PROCESSAL. La DGT respon la consulta sobre si es pot fer imputació de rendes per l'habitatge d'una persona morta el 2016 que havia designat com a hereus dos fills al 50%, per les quals es va liquidar en el seu moment l'impost de successions i la plusvàlua, però sense encara haver atorgat escriptura d'acceptació d'herència. Diu que a partir de la defunció la imputació s'ha de fer a les persones cridades a l'herència, és a dir, els dos fills al 50%.

IMPOSTOS LOCALS

Bonificacions per a activitats paralitzades totalment o parcialment per l'estat d'alarma

Ref EDE 2020/13275. DGT Informe n. IE0181/20, de 25 maig 2020

RESUM: Estat d'alarma. Bonificacions en impostos locals. Activitats paralitzades totalment o parcialment. Un ajuntament sol·licita si, a causa de les circumstàncies de l'estat d'alarma, es podria bonificar la taxa de recollida de residus als establiments i locals que s'hagin vist obligats a tancar o a suspendre la seva activitat per aquest motiu. Igualment aplicar bonificació en l'IVTM dels vehicles destinats a l'activitat d'autònoms i pimes obligats a paraitzar totalment o parcialment l'activitat. I, finalment, extensió de la bonificació a l'IBI i a l'IAE. La DGT parteix del caràcter no retroactiu de les normes tributàries, concretament de les ordenances fiscals reguladores d'aquests impostos, i denega l'aplicació de les bonificacions sol·licitades durant l'any en curs, perquè són aplicables les ordenances que estiguin vigents en data 1 de gener de 2020. Si s'aproveessin les bonificacions esmentades, no es podrien aplicar a situacions sorgides amb anterioritat a la seva entrada en vigor, tret que una norma amb rang

de llei així ho prevegi, la qual cosa no ha succeït durant la vigència de l'estat esmenat. Les bonificacions en aquest cas tindrien eficàcia l'any següent.

ITER PROCESSAL: L'Ajuntament de Xove sol·licita informe sobre si és possible, per l'estat d'alarma, d'aplicar bonificacions en alguns impostos locals (taxa d'escombraries, IVTM, IBI i IAE) a les activitats afectades per una paralització total o parcial (establiments i locals, així com autònoms i pimes). La DGT considera que no es possible cap bonificació per aquest any perquè, si s'aprovés, no es podria aplicar de manera retroactiva. Les bonificacions, si existissin, serien per l'any 2021.

TS CIVIL

IVA

Repercussió de l'impost acordada en un contracte d'execució d'obra

Ref EDE 2020/505291. STS 1a, de 21 gener 2020. Rec. 829/2017. Ponent: Sr. Antonio Salas Carceller

RESUM: Contracte d'execució d'obra. Repercussió de l'IVA. Contracte com a font d'obligacions. El TS declara que l'obligació de pagament de l'IVA pactada en un contracte és una obligació civil que forma part del pagament del preu i, per tant, vàlida i eficaç, i ha de prevaldre el que s'ha pactat davant qualsevol incidència de caràcter administratiu (FJ 3).

ITER PROCESSAL: Una consultora va formular acció de reclamació de quantitat davant una constructora pel preu que se li devia en virtut d'un contracte d'execució d'obra en el qual s'incloua l'abonament de l'IVA corresponent als seus honoraris. La sentència de primera instància va desestimar la pretensió respecte del pagament d'aquest impost, perquè va entendre que el dret de la demandant de repercutir-lo havia quedat extingit pel transcur d'un any des de la prestació dels serveis (data de meritament de l'impost) sense que s'hagués emès la factura corresponent. Davant això, la sentència de l'AP Madrid raona que l'obligació de pagament de l'IVA per part de la constructora va ser pactada especialment en el contracte, per la qual cosa es tracta d'una obligació vàlida i eficaç, raonament compartit pel TS que fa prevaldre el que s'ha pactat.

TS ADMINISTRATIU

IMPOST DE SOCIETATS

Incentius fiscals a empreses de dimensió reduïda dedicades a l'arrendament d'immobles

Ref EDE 2020/516656. STS 3a, d'11 març 2020. Rec. 6299/2017. Ponent: Sr. José Montero Fernández

RESUM: IS: incentiu fiscal. Empresa de dimensió reduïda: activitat d'arrendament de béns immobles. El TS declara aplicable els incentius fiscals de l'IS a una empresa de dimensió reduïda dedicada a l'arrendament d'immobles, encara que no hagi dut a terme una veritable activitat econòmica. És suficient que l'import net de la xifra de negocis del període impositiu anterior sigui inferior a la legalment establerta (FJ 1 i 2).



ITER PROCESSAL: Davant la desestimació de la sol·licitud de rectificació de diverses autoliquidacions de l'IS, l'empresa afectada va accionar i li va ser denegada la petició en les diferents instàncies judicials perquè van considerar que no li era d'aplicació l'incentiu fiscal per a empreses de dimensió reduïda, perquè s'exigeix la realització d'una veritable activitat econòmica de lloguer d'immobles. El TS prescindeix en cassació d'aquest requisit i simplement exigeix una xifra de negocis en el període anterior l'import net de la qual sigui inferior a la prevista en l'art. 108 TRLIS.

IVA

Instal·lació de màquines escurabutxaques com a prestació de serveis subjecta/exempta

Ref EDE 2020/556108. STS 3a, de 18 maig 2020. Rec. 4217/2017. Ponent: Sr. Jesús Cudero Blas

RESUM: Instal·lació de màquines escurabutxaques. Subjecció a l'IVA: exempcions. El TS fixa com a criteri interpretatiu que, independentment de la qualificació del contracte entre un empresari titular d'un establiment hostaler i un empresari titular de màquines recreatives tipus "B", el titular d'aquestes porta a terme l'activitat econòmica de joc, subjecte a IVA però exempta, i el titular de l'establiment fa una prestació de serveis subjecte a IVA però exempta, i el titular de l'establiment fa una prestació de serveis subjecte i no exempta. La seva prestació, que consisteix principalment en la posada a disposició d'un espai per a la instal·lació de les màquines a canvi d'una contraprestació, independentment que la retribució que percebi pugui variar en funció de la recaptació que s'obtingui de la màquina, és reconeixible de manera autònoma i individualitzada (FJ 2 i 3).

ITER PROCESSAL: La qüestió objecte d'aquest recurs de cassació consisteix a determinar si, subscrit un contracte qualificable com associatiu o d'explotació conjunta entre un empresari titular d'un establiment hostaler o un empresari titular de màquines recreatives tipus "B", existeix o no una prestació de serveis del primer al segon que està subjecte a IVA i que no es pot considerar exempta a l'empara de l'art. 20.1.19è LIVA (exempció de loteries, apostes i jocs). EL TSJ Comunitat Valenciana va estimar el recurs contenciós administratiu de l'empresa de màquines recreatives i va declarar exempts els serveis prestats pels hostalers a favor seu. No obstant això, el TS considera que es produeix una prestació de serveis subjecte a l'impost i que no es pot considerar exempta sobre la base d'aquest criteri.

IRPF

Prestacions derivades de contractes d'assegurances col·lectives que instrumenten compromisos per pensions

Ref EDE 2020/516638. STS 3a, de 03 març 2020. Rec. 2983/2018. Ponent: Sr. Francisco José Navarro Sanchís

RESUM: Reducció IRPF: règim transitori. Prestacions derivades de contractes d'assegurances col·lectives que instrumenten compromisos per pensions. El TS declara que, per aplicar la reducció de l'IRPF prevista com a règim transitori en la disp. trans. 11a LIRPF de 2006, la renovació anual de la pòlissa d'assegurança col·lectiva ha de ser considerada com una pròrroga del contracte inicial, que permet mantenir la data de contractació. Som davant una novació merament

modificativa, que no extingeix la relació d'assegurança ni la reinicia en cada renovació, pròrroga o alteració, per la qual cosa cal ajustar-se a la data de celebració del contracte originari per poder acollir-se a la reducció (FJ 3).

ITER PROCESSAL: Aquest litigi judicial va ser iniciat per un contribuent que va sol·licitar la rectificació de la liquidació de l'IRPF de l'exercici 2013 i va ser denegada per l'Administració tributària, com també pel TEAR Comunitat Valenciana, la resolució del qual va ser anul·lada per la sentència del TSJ de la mateixa comunitat ara correguda en cassació per l'Administració de l'Estat. El TS admet l'aplicació de la reducció de l'IRPF prevista en la disp. trans. 11a LIRPF de 2006, perquè considera la renovació de la pòlissa d'assegurança col·lectiva com una pròrroga del contracte inicial i cal tenir la data d'aquesta com a referència per acollir-se a la reducció.

IRNR

Institucions d'inversió col·lectiva de residents i no residents. Tractament fiscal discriminatori

Ref EDE 2020/507955. STS 3a, de 05 febrer 2020. Rec. 4275/2018. Ponent: Sr. Isaac Merino Jara

RESUM: Institucions d'inversió col·lectiva de residents i no residents. Tractament fiscal discriminatori. El TS diu que sotmetre les institucions d'inversió col·lectiva de residents i no residents d'Espanya a un tipus de gravamen diferent suposa un tractament fiscal discriminatori no justificat, restrictiu de la lliure circulació de capitals i contrari al Dret de la Unió Europea (FJ 3).

ITER PROCESSAL: Un fons d'inversió resident fiscal a Irlanda va sol·licitar a l'AEAT la devolució de les quantitats en concepte d'impost sobre la Renda de No Residents sobre els dividendes obtinguts en inversions en accions cotitzades espanyoles, ja que els fons d'inversió residents a Espanya tributen a l'1% en l'IS, per la qual cosa sol·licitava la devolució de la diferència. La seva petició va ser desestimada, tant pel TEAR com pel TSJ Madrid, perquè es considera que no havia quedat acreditat el compliment dels requisits. El TS no comparteix aquest criteri, que admet el recurs de cassació de l'entitat i proclama que el tracte restrictiu a les no residents respecte de les residents vulnera el principi recollit en l'art. 63 del TJUE.

ITPiAJD

Esriptura de novació de préstec hipotecari

Ref EDE 2020/515804. STS 3a, de 04 març 2020. Rec. 5580/2017. Ponent: Sr. Ángel Aguillo Avilés

RESUM: Impost sobre actes jurídics documentats. Exempcions. Esriptura de novació de préstec hipotecari. El TS declara que, per determinar si les escriptures públiques de novació de préstecs hipotecaris en les quals no només es modifiquen les condicions sobre el tipus d'interès i/o el termini del préstec, sinó addicionalment un altre tipus de clàusules financeres, estan subjectes i exemptes de l'ITPAJD en la modalitat d'AJD, caldrà atènyer-s'hi per constatar si, tot i complir-se els requisits legalment exigits, essencialment el d'inscripció i tenir per objecte quantitat o casa valuosa, aquesta està subjecte o no al gravamen AJD (FJ 1 i 2).

ITER PROCESSAL: Una entitat inicia el procediment davant les liquidacions provisionals de l'ITPAJD reclamant-ne l'exempció respecte de les escriptures de novació d'un préstec hipotecari. El TEAR de La Rioja va estimar la petició, però el TSJ va revocar-ne el pronunciament perquè l'exempció només afecta els canvis sobre el tipus d'interès o termini del préstec, malgrat la novació addicional d'aquests altres tipus de clàusules. El TS, en cassació, dona la raó a la contribuent, ja que, a la vista de la liquidació de l'Administració tributària, s'observa que es prescindeix absolutament de quantificar les clàusules financeres amb contingut material valorable en relació directa amb els efectes jurídics de la novació modificativa documentada, i anul·la per això la liquidació.

Declaracions d'obra nova i constitució d'edificis en règim de propietat horitzontal

Ref EDE 2020/513282. STS 3a, de 26 febrer 2020. Rec. 6422/2017. Ponent: Sr. Isaac Merino Jara

RESUM: ITPiAJD. Declaracions d'obra nova i constitució d'edificis en règim de propietat horitzontal. El TS indica que, per a l'exempció de l'ITPAJD per a les declaracions d'obra nova i constitució d'edificis en règim de propietat horitzontal, els habitatges construïts no poden tenir una superfície protegible que excedeixi de la màxima permesa en la normativa estatal per als habitatges de protecció oficial quan estiguin destinats a famílies nombroses. Afegeix que les escriptures notariales de declaració d'obra nova i de constitució d'edificis en règim de propietat horitzontal estan subjectes a l'impost sobre actes jurídics documentats perquè es tracta d'instruments públics que tenen per objecte quantitat o cosa valuosa i contenen actes inscripibles en el Registre de la Propietat (FJ 4).

ITER PROCESSAL: L'Empresa Municipal de l'Habitatge de Rivas Vaciamadrid recorre en cassació en relació amb l'autoliquidació de l'ITPAJD, després que fos rebutjada la seva petició, tant pel TEAR com pel TSJ Madrid, que se li aplicués l'exempció de l'impost prevista en l'art. 45.I.B.12 TR de la Llei de l'impost (RDLeg. 1/1993). El TS confirma els pronunciaments anteriors perquè entén que la normativa estatal limitativa de la superfície màxima de protecció no preveu exempcions en la quantificació d'aquesta exempció pel fet que l'habitatge sigui destinat a famílies nombroses, de manera que si la sobrepassa no compliria els paràmetres necessaris per aplicar l'exempció.

Constitució d'una societat amb aportació d'immobles garantits amb hipoteca

Ref EDE 2020/556149. STS 3a, de 18 maig 2020. Rec. 5194/2017. Ponent: Sr. Jesús Cudero Blas

RESUM: Impost de transmissions. Constitució d'una societat amb aportació d'immobles hipotecats. El TS declara que la constitució d'una societat el contravalor de la qual consisteix en l'aportació de béns immobles garantits amb hipoteca suposa l'existència d'una primera operació subjecte a la modalitat operacions societàries (constitució de societat) i, a més, una segona operació (adjudicació en pagament d'assumpció de deutes), subjecte a la modalitat de transmissions patrimonials oneroses pels béns immobles que es lliuren quan s'assumeix el deute hipotecari que els grava (FJ 4). Formulen

vot particular els Excms. Sr. José Antonio Montero Fernández i Sr. Isaac Merino Jara.

ITER PROCESSAL: Davant la STSJ Madrid que va confirmar la resolució del TEAC que admetia la liquidació pel concepte d'impost de transmissions, l'entitat afectada recorre en cassació perquè considera que en la seva constitució com a societat només es va produir una operació gravada per l'impost. Contraent canvi, el TS entén que les operacions gravades són dues, acollint així el criteri del TSJ.

IVA: Càlculs de la prorrata

Plusvàlua per la transmissió de participacions socials en una filial

Ref EDE 2020/516631. STS 3a, de 02 març 2020. Rec. 2465/2017. Ponent: Sr. Jesús Cudero Blas

RESUM: IVA. Regla de prorrata. El TS declara que el benefici obtingut per una entitat bancària com a conseqüència de la transmissió de participacions socials en una filial l'activitat principal de la qual coincideix plenament amb la del propietari d'aquesta participació, que porta a terme la seva activitat principal en un altre Estat a través de la filial esmentada és una operació que no és una prolongació de l'activitat financera principal, per la qual cosa no es pot tenir en compte per a la determinació del percentatge de prorrata general en l'IVA (FJ 2).

ITER PROCESSAL: En aquest recurs de cassació es discuteix si la plusvàlua obtinguda per l'entitat bancària accionadora en les transmissions de les seves participacions a filials bancàries d'un altre país, s'havia d'incloure tant en el numerador com en el denominador del còmput del percentatge de la prorrata general de l'IVA pel motiu essencial que l'activitat en aquelles operacions de transmissió s'havia de considerar habitual i no accidental. Tant el TEAC com el TS, en contra del criteri mantingut per l'AN en la sentència recorreguda, entenen que no s'ha de tenir en compte perquè no és una activitat habitual i desestimen el recurs de cassació.

Venda de participacions i operacions amb derivats financers

Ref EDE 2020/556164. STS 3a, de 18 maig 2020. Rec. 34/2018. Ponent: Sr. Jesús Cudero Blas

RESUM: IVA. Càlcul de la prorrata. Venda de participacions i operacions amb derivats financers. El TS declara que la venda de participacions en empreses del grup no mereix la qualificació d'accessòria en les circumstàncies concretes del cas, perquè l'entitat recurrent realitza serveis de suport financer, comptable, legal, tècnic i comercial a les participades, mitjançant tasques permanents d'assessorament, de consultoria i d'intermediació i de concessió de préstecs, la qual cosa permet concloure que aquesta venda de participacions és, realment, una prolongació directa, permanent i necessària de l'activitat principal de la companyia. Les operacions amb derivats financers, també en les circumstàncies del cas, no suposen la realització d'operacions subjectes a IVA i, per tant, no s'han d'incloure en el càlcul de la prorrata per la raó essencial que la subscriptora en el cas de les actuacions no només es presta un servei en contractar el producte derivat, sinó que amb aquesta contractació es limita a garantir la



cobertura de certs riscos que puguin comprometre amb bon fi les activitats que li són pròpies (FJ 9).

ITER PROCESSAL: L'empresa TELEFONICA INTERNACIONAL, SAU va interposar recurs contenciós administratiu contra la resolució del TEAC que va confirmar la liquidació de la Delegació Central de Grans Contribuents de l'AEAT en relació amb els períodes 06/2006 a 12/2007 de l'IVA. Pretenia que les operacions amb derivats i les relatives a la tinença i transmissió d'accions s'exclouessin del càlcul de la prorrata. L'AN va desestimar el recurs i ara, en cassació, el TS estima parcialment les pretensions d'aquesta empresa de holding. Tenint en compte les circumstàncies del cas i la finalitat de la subscripció de productes derivats, opta per incloure només en la prorrata les operacions sobre les accions.

IIVTNU

Prova de l'existència de la plusvàlua

Ref EDE 2020/511693. STS 3a, de 12 febrer 2020. Rec. 4372/2017. Ponent: Sr. Jesús Cudero Blas

RESUM: IIVTNU. Prova de l'increment. Determinació del fet imposable. El TS declara que correspon a l'obligat tributari provar la inexistència de l'increment de valor del terreny que s'ha transmès onerosament, que constitueix el fet imposable de l'IIVTNU i l'únic mètode possible per determinar-lo és el previst en la normativa de l'impost. Aquesta normativa només està afectada per una inconstitucionalitat parcial i, per tant, només s'haurà de deixar d'aplicar quan, mitjançant prova practicada pel subjecte passiu, jurídicament idònia i eficaç per acreditar l'evolució realment experimentada pel valor del sòl concret al qual es refereixi el gravamen, s'hagi constatat quin ha estat l'increment patrimonial realment obtingut pel contribuent i la determinació de la base imposable condueixi al resultat d'una quota a satisfer superior a l'increment realment obtingut (FJ 4).

ITER PROCESSAL: La mercantil demandant, segons el Jutjat del contenciós administratiu n. 1 de València i del TSJ valencià, no ha demostrat la inexistència de plusvàlua a l'efecte de l'IIVTNU, pronunciantment corroborat pel TS en rebutjar-ne el recurs de cassació per entendre que el que pretén és desvirtuar la valoració de la prova realitzada per aquests òrgans jurisdiccionals, la qual cosa no és possible en aquest recurs. A més, en les diverses instàncies s'estableix que l'únic mètode possible per a determinar l'increment que constitueix el fet imposable de l'impost és el previst en l'art. 107.4 TR Llei reguladora de les hisendes locals, i no es pot substituir per un altre.

Revisió de la liquidació de l'impost

Ref EDE 2020/515280. STS 3a, de 06 març 2020. Rec. 5923/2018. Ponent: Sr. Rafael Toledano Cantero

RESUM: IIVTNU. Revisió d'actes fermes. El TS declara que en els casos que es produeixi un increment de valor del terreny que determina el meritament de l'IIVTNU, les declaracions d'inconstitucionalitat efectuades no permeten revisar a favor de l'obligat tributari actes administratius de liquidació de l'IIVTNU que siguin fermes perquè han estat consentits en el moment de la publicació d'aquestes sentències. En tot cas, la revisió d'aquestes liquidacions fermes

queda exclosa per la pròpia limitació dels efectes de la declaració d'inconstitucionalitat (FJ 4 i 5).

ITER PROCESSAL: Diversos contribuents als quals l'Ajuntament de Toledo va denegar la devolució d'ingressos indeguts per l'IIVTNU van interposar recurs contenciós administratiu, que va ser estimat pel Jutjat Contenciós Administratiu n. 2 de Toledo basant-se en la declaració parcial d'inconstitucionalitat del TRLHL per mitjà de singles resolucions del TC, en entendre que no hi va haver increment dels terrenys. L'Administració local demandada va recórrer en cassació perquè va considerar que les liquidacions van esdevenir fermes i van ser abonades pels demandants i que no es pot revisar després de la inconstitucionalitat un acte administratiu que no va ser impugnat, criteri que acull el TS en estimar el recurs.

ISiD

Parament domèstic per adquisicions *mortis causa*

Ref EDE 2020/556145. STS 3a, de 19 maig 2020. Rec. 6027/2017. Ponent: Sra. M. de la Esperanza Córdoba Castroverde

RESUMEN: ISiD. Parament domèstic per adquisicions *mortis causa*. El TS declara, a l'efecte de l'ISiD, que el parament domèstic comprèn el conjunt de béns mobles dedicats al servei de l'habitatge familiar o a l'ús personal del causant. No és correcta la idea que el 3 % del cabal relict que s'estableix com a presumpció legal, comprèn la totalitat dels béns de l'herència, sinó només els que es puguin dedicar, per la seva identitat, valor i funció, a l'ús particular o personal del causant, excloent-ne tots els altres. En conseqüència, exclou les accions i les participacions socials, com també els diners, els títols, els actius immobiliaris o altres béns incorporals. El contribuent pot destruir tal presumpció acreditant que determinats béns, com que no formen part del parament domèstic, no són susceptibles d'incloure's en l'àmbit del 3 % (FJ 2 i 3). Formulen vot particular els Excms. Srs. José Díaz Delgado, José Antonio Montero Fernández i Sr. Isaac Merino Jara.

ITER PROCESSAL: Davant la sentència d'instància que va permetre al contribuent de l'ISiD destruir la presumpció legal establerta en l'art. 15 LISD a fi d'acreditar judicialment que determinats béns, com que no formen part del parament domèstic, no són susceptibles d'inclusió en l'àmbit del 3 % de l'import del cabal relict del causant, el Principat d'Astúries va recórrer davant el TSJ i el seu recurs va ser desestimat. En cassació, el TS confirma la sentència recorreguda indicant quins elements o béns han de ser inclosos en el parament i quins n'han de quedar clarament exclosos.

TSJ ADMINISTRATIU

IRPF

Bonificació a Notari per creació o manteniment d'ocupació

Ref EDE 2020/531912. STSJ Madrid, de 23 gener 2020. Rec. 1141/2018. Ponent: Sra. M. Antonia de la Peña Elías

RESUM: IRPF. Bonificació. El TSJ reconeix el dret del Notari recurrent a la reducció en l'IRPF per creació o manteniment d'ocupació. Si una

comunitat de béns porta a terme l'activitat notarial, com que es tracta d'una activitat personalíssima que només poden exercir els Notaris, aquests han de complir els requisits per poder gaudir d'aquest benefici fiscal i, en aquest cas, el fedatari compleix tant el requisit dels ingressos anuals inferiors a 5.000.000 euros com el de la plantilla mitjana (FJ 4).

ITER PROCESSAL: Un Notari interposa recurs contenciós administratiu contra la resolució del TEAR de Madrid que va conèixer de la seva reclamació econòmica administrativa interposada contra la liquidació provisional en concepte d'IRPF exercici 2011. El TSJ estima el recurs i declara el dret del recurrent a la reducció per creació o manteniment d'ocupació amb devolució, si és el cas, de la quantitat ingressada amb els seus interessos legals corresponents.

TJUE

IMPOST DE SOCIETATS

Règim fiscal aplicable a societats matrius constituïdes a Gibraltar

Ref EDE 2020/522696. STJUE 5a, de 02 abril 2020. Assumpte C-458/18

RESUM: IS. Societats matrius i filials: règim fiscal aplicable. El TJUE resol la qüestió prejudicial sobre l'art 2 a), incisos i) i iii), de la Directiva 2011/96/UE, relativa al règim fiscal comú aplicable a les societats matrius i filials d'Estat membres diferents, i del seu annex I, part A, lletra ab) i part B, últim guió. Considera que els conceptes "societats constituïdes de conformitat amb el Dret del Regne Unit" i "corporation tax al Regne Unit", que figuren en aquestes disposicions, no es refereixen a les societats constituïdes a Gibraltar i subjectes a l'impost sobre societats en aquest territori. Per tant, no es poden acollir a l'exempció de la retenció en la font dels beneficis distribuïts per les seves filials domiciliades als Estats membres que la directiva preveu, ja que no entren dins el seu àmbit d'aplicació (FJ 28-42).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial té per objecte l'art 2 a), incisos i) i iii), de la Directiva 2011/96/UE, relativa al règim fiscal comú aplicable a les societats matrius i filials d'Estat membres diferents, i del seu annex I, part A, lletra ab) i part B, últim guió. Es planteja en el context d'un litigi entre una societat domiciliada a Bulgària i el director de la Secció de Impugnació i Pràctica Fiscal i de la Seguretat Social de Sofia, en relació amb una liquidació tributària de regularització en la qual es determinen deutes per l'IS sobre els dividends aprovats i pagats per aquesta a la seva societat matriu, establerta a Gibraltar. El TJUE exclou les societats matrius constituïdes a Gibraltar i subjectes a l'IS en aquest territori de l'àmbit d'aplicació de la Directiva per la qual cosa no es poden acollir a l'exempció prevista en l'art. 5, que considera exempts de la retenció en origen els beneficis distribuïts per una societat filial a la seva matriu.

IMPOSTOS SOBRE EL VI I LES BEGUES FERMENTADES DIFERENTS DEL VI I DE LA CERVESA

Llibertat dels Estats per fixar impostos diferenciats

Ref EDE 2020/540530. STJUE 7a, de 30 abril 2020. Assumpte C-184/19

RESUM: Impostos sobre el vi i begudes fermentades. El TJUE resol les qüestions prejudicials sobre els arts. 7, 11 i 15 de la Direc-

tiva 92/83/CEE, relativa a l'harmonització de les estructures dels impostos especials sobre l'alcohol i les begudes alcohòliques i l'art. 5 de la Directiva 92/84/CEE sobre l'aproximació dels tipus de l'impost especial sobre l'alcohol i les begudes alcohòliques, com també dels principis de seguretat jurídica i de protecció de la confiança legítima. Considera que les directives no obliguen a fixar impostos idèntics sobre les begudes alcohòliques compreses en la categoria de vins i en la de begudes fermentades, diferents del vi i de la cervesa, ja que els Estats membres tenen, en principi, llibertat per establir, fent servir criteris objectius, un sistema d'impostos diferenciats per a determinats productes, fins i tot similars (FJ 35-50). Afegeix que els principis de seguretat jurídica i de protecció de la confiança legítima no s'oposen a una legislació nacional que modifica el tipus de l'impost especial sobre les begudes fermentades diferents del vi i de la cervesa sense preveure un règim transitori, ja que aquesta modificació va entrar en vigor vuit dies després de la publicació de l'acte que l'origina i no implica que els subjectes passius procedeixin a ajustos econòmics conseqüents, cosa que correspon que comprovi l'òrgan jurisdiccional remitent (FJ 51-61).

ITER PROCESSAL: És objecte de decisió prejudicial la interpretació dels arts. 7, 11 i 15 de la Directiva 92/83/CEE, relativa a l'harmonització de les estructures dels impostos especials sobre l'alcohol i les begudes alcohòliques i l'art. 5 de la Directiva 92/84/CEE sobre l'aproximació dels tipus de l'impost especial sobre l'alcohol i les begudes alcohòliques. Es planteja en el marc d'un litigi entre una societat i l'Agència Tributària i Oficina Duanera de Romania i la Direcció General Regional d'Hisenda de Galați, en relació amb una liquidació fiscal que determina els impostos especials deguts per una societat en els drets de la qual la litigant s'ha subrogat. El TJUE permet als Estats establir impostos diferenciats per a determinades begudes alcohòliques, fins i tot similars, cosa que permet modificar en determinats productes el tipus d'impost sense establir un règim transitori, quan els subjectes passius no hagin de fer ajustos econòmics conseqüents, cosa que no vulnera així ni el principi de seguretat jurídica ni el de confiança legítima.

IVA: EXEMPCIONS

Assistència sanitària telefònica

Ref EDE 2020/513076. STJUE 6a, de 05 març 2020. Assumpte C-48/19

RESUM: Exempció de l'IVA: assistència sanitària telefònica. El TJUE resol la qüestió prejudicial sobre l'art. 132.1 lletra c), de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema comú de l'IVA. Considera que les prestacions efectuades per telèfon, consistents a assessorar sobre la salut i les malalties queden exemptes de l'IVA sempre que perseguixin una finalitat terapèutica (FJ 16-34). Afegeix que, pel fet que l'assistència a persones físiques s'efectui per telèfon, no s'exigeix que els infermers i els auxiliars mèdics que portin a terme aquestes prestacions estiguin subjectes a requisits addicionals de qualificació professional perquè aquestes prestacions es puguin acollir a l'exempció, sempre que es puguin considerar d'un nivell de qualitat equivalent al de les prestacions efectuades per altres prestadors que utilitzen aquest mateix mitjà de comunicació (FJ 35-47).



ITER PROCESSAL: La qüestió prejudicial que té per objecte la interpretació de l'art. 132.1 lletra c), de la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema comú de l'IVA; es planteja en un litigi entre una societat de responsabilitat limitada alemanya i l'Agència Tributària, en relació amb la negativa d'aquesta a eximir de l'IVA les consultes telefòniques prestades per la societat, per compte de les assegurances mèdiques obligatòries, sobre diferents temes relatius a la salut i als programes d'acompanyament per telèfon de pacients afectats per malalties cròniques o de llarga durada. El TJUE conclou que estan exemptes d'IVA aquestes consultes si tenen finalitat terapèutica i no exigeix cap qualificació addicional als professionals que la presten per poder aplicar l'exempció.

Assistència sanitària per centre hospitalari privat

Ref EDE 2020/513082. STJUE 6a, de 05 març 2020. Assumpte C-211/18

RESUM: exempció de l'IVA. Centre hospitalari privat. El TJUE resol les qüestions prejudicials sobre els arts. 132.1, lletra b), 377 i 391 de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema comú de l'IVA. Entén que, a l'efecte de determinar si els serveis d'assistència sanitària prestats per un establiment hospitalari privat, que són d'interès general, es presten en condicions socials comparables a les que regeixen per a entitats de dret públic, les autoritats competents d'un Estat membre poden prendre en consideració el fet que aquests serveis es proporcionin en virtut de convenis subscrits amb autoritats públiques d'aquest Estat, a preus fixats per aquests convenis, i que el cost d'aquests serveis sigui assumit, en part, per les institucions de seguretat social del dit Estat (FJ 19-32). I afegeix que no s'oposa a l'exempció de l'IVA d'aquests serveis d'assistència sanitària prestats per un establiment hospitalari privat que entri en l'àmbit d'aplicació de l'art. 132.1, lletra b), a causa d'un canvi en les condicions en què exerceix les seves activitats, produït després que hagi optat pel règim de tributació previst per la legislació nacional de l'Estat membre en qüestió, que estableix l'obligació que tot subjecte passiu que es decanti pel tal règim, hi romangui sotmès durant un període de temps determinat, quan aquest període encara no hagi expirat (FJ 33-48).

ITER PROCESSAL: Es plantegen diverses qüestions prejudicials sobre els arts. 132.1, lletra b), 377 i 391 de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema comú de l'IVA, en un litigi entre una societat que gestiona i explota, amb finalitats lucratives, cinc establiments sanitaris i l'Administració d'Impostos i Duanes de Portugal, en relació amb la decisió d'aquesta última d'exigir a la societat el pagament d'un import corresponent a l'IVA deduït indegudament en relació amb els serveis d'assistència sanitària prestats entre els anys 2014 i 2016, que estaven exemptos, com també el pagament dels interessos compensatoris i de demora corresponents. L'exempció d'aquests serveis es va produir arran del fet que la societat, que havia optat inicialment pel règim general de tributació de l'IVA, celebrés acords i convenis amb l'autoritat pública per a prestar serveis a preus establerts per endavant. El TJUE permet l'exempció com a conseqüència d'aquest canvi tot i que no hagi expirat el període de temps en què el subjecte passiu està obligat a romandre en el règim escollit prèviament i previst en la legislació del seu Estat.

IMPOST SOBRE ACTIVITATS PUBLICITÀRIES

Obligació d'informació i multes per incompliment

Ref EDE 2020/513109. STJUE Gran Sala, de 03 març 2020. Assumpte C- 482/18

RESUM: Impost sobre activitats publicitàries. Obligació d'informació. Multes per incompliment. El TJUE resol la decisió prejudicial que té per objecte la interpretació dels arts. 18 i 56 TFUE, com també dels arts. 41 i 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. Permet que un Estat membre sotmeti als prestadors de serveis publicitaris establerts en un altre Estat una obligació d'informació, a l'efecte de la seva subjecció a un impost sobre la publicitat, mentre que els prestadors dels dits serveis establerts en l'Estat membre de tributació estan exemptos d'aquesta obligació (FJ 24-36). En canvi, no permet que als prestadors que no hagin complert aquesta obligació se'ls imposi, en uns quants dies, diverses multes l'import de les quals, a partir de la segona, es triplica respecte de l'import de la multa anterior en cada nova declaració d'incompliment de la dita obligació per la qual cosa s'arribi a un import acumulat de diversos milions d'euros, sense que l'autoritat competent, abans d'adoptar la resolució en la qual s'estableix definitivament l'import acumulat d'aquestes multes, concedeixi a aquests prestadors el temps necessari per complir les seves obligacions, els doni l'oportunitat de presentar les seves observacions, ni examini ella mateixa la gravetat de la infracció, mentre que l'import de la multa que s'imposaria a un prestador establert en l'Estat membre de tributació que hagi incomplert una obligació d'informació o de registre similar és notablement inferior i no s'incrementa en el cas d'incompliment continu d'aquesta obligació, ni en les mateixes proporcions ni necessàriament en terminis tan breus (FJ 37-54).

ITER PROCESSAL: La petició de decisió prejudicial, que té per objecte la interpretació dels arts. 18 i 56 TFUE, com també dels arts. 41 i 47 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, es planteja en un litigi entre una societat domiciliada a Irlanda i l'Administració tributària d'Hongria, en relació amb diverses multes imposades a aquesta societat per haver incomplert l'obligació d'informació que incumbeix els qui exerceixen una activitat subjecta a l'impost sobre la publicitat que preveu la legislació hongaresa. El TJUE permet, a l'efecte d'aquest impost, imposar una obligació d'informació als prestadors de serveis d'un Estat membre que no és el de tributació tot i que els nacionals d'aquest darrer no hi estiguin obligats. En canvi, no permet la imposició de multes per incompliment d'aquesta obligació en quanties superiors a les que s'imposaria als nacionals, com tampoc les proporcions i els terminis d'increments en el cas d'incompliment continu sense haver donat l'oportunitat i el temps necessari perquè els prestadors compleixin les seves obligacions.

IMPOST ÚNIC SOBRE LES APOSTES

Lliure prestació de serveis. No-discriminació

Ref EDE 2020/511180. STJUE 1a, de 26 febrer 2020. Assumpte C- 788/18

RESUM: Impost únic sobre les apostes. Lliure prestació de serveis. No-discriminació. La petició de decisió prejudicial resolta pel TJUE té per objecte la interpretació dels arts. 52, 56 i 57 TFUE i dels principis de no-discriminació en matèria fiscal i d'igualtat de tracte. El Tribunal no s'oposa



Resolucions

a la normativa d'un Estat membre que grava amb un impost sobre les apostes els centres de transmissió de dades establerts en aquest Estat i, amb caràcter solidari i subsidiari, els operadors d'apostes, els seus mandants, establerts en un altre Estat membre, i això amb independència del lloc del domicili d'aquests operadors i de la inexistència de concessió per a l'organització de les apostes. No hi ha restricció discriminatòria de la lliure prestació de serveis ja que la normativa d'aquest Estat no preveu un règim tributari diferent en funció del fet que aquesta prestació es porti a terme en aquest o en d'altres Estats membres (FJ 15-30).

ITER PROCESSAL: Es planteja qüestió prejudicial que té per objecte la interpretació dels arts. 52, 56 i 57 TFUE i dels principis de no-discriminació en matèria fiscal i d'igualtat de tracte. El litigi es produeix entre dues societats que operen en el sector de les apostes i l'Agència de Duanes i Monopolis, Oficina de Monopolis d'Emília-Romanya, Centre Operatiu Territorial de Parma, Itàlia, en relació amb l'obligació de pagar a Itàlia un impost únic sobre les apostes de l'exercici tributari 2011, que incumbeix, amb caràcter principal, una de les societats com a centre de transmissió de dades que és i, amb caràcter subsidiari, la segona societat com a coobligada solidària. El TJUE considera que no es restringeix de manera discriminatòria la lliure prestació de serveis d'aquestes societats per haver de pagar aquest impost, ja que l'impost s'aplica a tots els operadors que gestionen concursos d'apostes, amb independència que operin per compte propi o per compte d'un tercer, que siguin o no titulars d'una concessió, o del lloc del seu domicili, encara que estigui situat a l'estranger.

IRPF

Diferent tractament fiscal no discriminatori per a abonament de pensió de jubilació

Ref EDE 2020/540535. STJUE 8a, de 30 abril 2020. Assumpte C- 168/19

RESUM: IRPF. Convenis per evitar la doble imposició. Abonament pensió de jubilació: diferent tractament fiscal no discriminatori. El

TJUE resol la qüestió prejudicial que té per objecte la interpretació dels arts. 18 i 21 TFUE. Considera conforme a aquests articles una normativa fiscal resultant d'un conveni per evitar la doble imposició celebrat entre dos Estats membres en virtut del qual la competència fiscal d'aquests en matèria d'imposició de les pensions de jubilació es reparteix en funció del fet que els beneficiaris d'aquestes pensions hagin exercit la seva activitat professional en el sector privat o en el sector públic i, en aquest darrer cas, en funció de si són o no nacionals de l'Estat membre de residència. Per això no s'aprecia restricció discriminatòria a la lliure circulació de persones ni discriminació per raó de nacionalitat quan un jubilat del sector públic d'un Estat trasllada la seva residència a un altre sense poder-se acollir als beneficis d'aquest perquè continua abonant la seva pensió al seu país d'origen perquè està previst així en funció del conveni bilateral entre els dos Estats (FJ 9-22).

ITER PROCESSAL: La qüestió prejudicial, l'objecte de la qual és la interpretació dels arts. 18 i 21 TFUE es planteja en sengles litigis entre dos nacionals italians, antics agents del sector públic d'aquest país, que van traslladar la seva residència a Portugal, i l'Institut Nacional de la Seguretat Social italià, en relació amb la negativa d'aquest darrer a abonar l'import de les pensions de jubilació dels agents sense que se'ls practiquin les retencions fiscals italianes. El TJUE considera conforme a aquests articles el Conveni italo-portuguès que dispensa un tracte fiscal diferent a les pensions dels nacionals italians que han traslladat la seva residència a Portugal, en funció de si han estat treballadors del sector públic o del sector privat, atès que, per poder tributar a Portugal, els segons només necessiten el requisit de la residència, mentre que els primers necessiten, a més, l'adquisició de la nacionalitat portuguesa. Aquesta diferència de tracte no pot constituir com a tal una discriminació prohibida pel TFUE, ja que aquest tipus de convenis no garanteix que el gravamen que s'apliqui al contribuent en un Estat no sigui superior al que se li imposaria en l'altre Estat contractant.

Resolucions de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notari del Masnou

INSCRIPCIÓ AL REGISTRE

Els dubtes del registrador sobre les dades d'identificació de la finca han d'estar justificats perquè se'n pugui impedir la inscripció.

RESOLUCIÓ JUS/3601/2019, de 19 de desembre (DOGC 10.01.2020)

RESUM.- Se suspèn la inscripció d'una escriptura de compra-venda per manca de coincidència de la descripció que consta en el títol i en el Registre de la Propietat amb la que consta a la cèdula d'habitabilitat i de la resta de certificats que s'incorporen a l'escriptura. A més, el registrador considera incompleta la documentació que justifica el pagament dels impostos derivats del contracte de compravenda.

En primer lloc, la DGDEJ justifica la seva competència per entendre del recurs davant la remissió de l'expedient a la DGRN per part del registrador. I basa la seva competència en què és aplicable la Llei catalana, encara que també siguin aplicables normes de la legislació estatal, sobre la base de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, i la STC 4/2014, de 16 de gener.

Respecte del primer defecte al·legat pel registrador, la discrepància entre la descripció registral reproduïda en l'escriptura i la que resulta de la documentació que s'uneix rau únicament en el fet que s'hi omet el número de la porta del pis objecte de la venda, i la resta és totalment coincident. La DGDEJ revoca en aquest punt la nota de qualificació, perquè considera que aquesta simple omisió no impedeix la identificació correcta de la finca objecte del contracte, sobretot tenint en compte que el registrador en la seva nota no ha manifestat l'existència de dubtes raonables que justifiquin la seva decisió i la coincidència plena de les dades identificadores de tota la documentació.

Respecte de la justificació indeguda del pagament dels impostos, la DGDEJ considera suficient la documentació aportada perquè consten les dades de l'impost que es satisfà i de l'acte jurídic autoliquidat de manera telemàtica, encara que no inclogui la totalitat de la certificació emesa per l'Agència Tributària.

COMENTARI.- Malgrat l'escassa rellevància doctrinal d'aquesta resolució, em sembla especialment interessant per a la pràctica notarial i registral. És cert que, per denegar la inscripció, el registrador no ha seguit una bona praxi: no es pot emparar en una diferència descriptiva que no impedeix la identificació correcta de la finca sense justificar l'existència de dubtes raonables sobre aquesta identificació. Però l'actuació del Notari tampoc no ha estat totalment correcta. Com poso de manifest en el meu treball *La descripción de la finca en la escritura pública* (Ed. Marcial Pons, en premsa), el Notari no s'hauria de limitar a transcriure la descripció registral en l'escriptura pública, sinó que hauria de requerir als atorgants la descripció correcta actualitzada amb la finalitat que quedin ben determinats l'objecte del negoci jurídic i la concordança amb la cèdula d'habitabilitat i amb la resta de certificats que s'incorporen en el document, especialment la certificació cadastral descriptiva i gràfica (la incorporació de la qual és obligatòria, com també ho és la transcripció de la referència cadastral), que en molts casos pot ser suficient per actualitzar les dades d'ubicació de la finca en el Registre, com ja van indicar tan la DGDEJ en la R. de 22 de setembre de 2017 com la DGRN en la R. de 29 de novembre de 2017. Entenc que aquesta actualització s'hauria de fer sempre, independentment de si va poder accedir al Registre de la Propietat o no (en alguns casos, com el dels elements privatis d'un immoble en règim de propietat horitzontal, no ho serà, a falta d'acord de la junta de propietaris), perquè tan important és que l'escriptura es pugui inscriure en el Registre de la Propietat com que determini correctament l'objecte del negoci jurídic.

DRET D'ADQUISICIÓ PREFERENT A FAVOR DE L'ADMINISTRACIÓ

La manca de notificació a l'Ajuntament de Barcelona de la decisió de vendre la meitat indivisa d'un edifici plurifamiliar és causa de denegació de la inscripció de la venda a favor d'un tercer.

RESOLUCIÓ JUS/743/2020, de 12 de març (DOGC 20.03.2020)

RESUM.- Es transmet la meitat indivisa d'un edifici plurifamiliar situat a Barcelona, destinat parcialment a habitatge. L'Ajuntament d'aquesta ciutat té un dret de tanteig i retracte sobre aquests edificis derivat del Pla General Metropolità, per la qual cosa la registradora de la propietat exigeix que se li notifiqui la transmissió a aquest efecte per poder inscriure l'escriptura de venda.

La DGDEJ confirma la nota de qualificació emparant-se en el fet que, malgrat que la propietària de l'altra meitat indivisa —el dret d'adquisició de la qual considera preferent respecte del de l'Ajuntament— no ha comparegut davant el Notari autoritzant per renunciar a aquest dret, «*sí que vende la totalidad de dicho inmueble —su 50 % del total inmueble, que en definitiva es el 100 % de la participación que tiene— tal como consta en la parte dispositiva I de la escritura otorgada ante Notario, en la que textualmente se dice “A. M. P. vende el pleno dominio de la mitad indivisa que le pertenece de la finca descrita en el expositivo de esta escritura...”*», ya que si se vendiera una o más entidades que forman parte del inmueble, entonces el derecho de tanteo y retracto se tiene que entender que no sería aplicable (FD 1.5)». I afegeix que, en un altre cas, «*nos podríamos encontrar ante una situación clara de fraude de ley, ya que se utiliza una norma legal con un propósito contrario a su finalidad, en el sentido que en los edificios plurifamiliares enteros destinados principalmente a vivienda y que sean propiedad de dos o más copropietarios, para evitar aplicar el derecho de tanteo y retracto —establecido en el caso que nos ocupa a favor del Ayuntamiento de Barcelona— se burlaría la normativa establecida si se efectúan ventas parciales de los inmuebles y así poder eludir los mencionados derechos de tanteo y retracto, y en especial el espíritu y la finalidad de la norma que es la de posibilitar la adquisición por parte del Ayuntamiento de Barcelona de dichos inmuebles para destinarlos a viviendas sociales*» (FD 1.6).

Per tant, en vendre's la totalitat de la participació de la venedora de l'immo­ble, el dret de tanteig i retracte a favor de l'Ajuntament de Barcelona continua plenament vigent i eficaç, i li ha de notificar «la decisión de vender su parte y las condiciones esenciales de la transmisión, sin perjuicio del derecho de la otra copropietaria, que en el supuesto de querer ejercer su derecho de retracto deberá acudir a la vía judicial» (FD 1.5).

COMENTARI.- Pot sorprendre que la manca de notificació a l'Ajuntament de Barcelona a l'efecte de l'exercici del dret de tanteig impedeixi la inscripció de la transmissió i, en canvi, no passi el mateix per la manca de notificació a la copropietària malgrat que el seu dret d'adquisició té rang preferent respecte del de l'Administració. La raó d'aquest tracte diferenci­at rau en el fet que els arts. 134 i 135 de la Llei de la Generalitat de Catalunya 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, imposen als Notaris el deure d'exigir el compliment de la notificació i als registradors, el de denegar la inscripció de les escriptures en què es formalitzin actes subjectes al dret preferent d'adquisició de les Administracions; aquests preceptes preveuen

aquest dret en el cas de transmissió d'habitatges de protecció oficial, però l'apartat 4 de l'art. 134 ho fa extensible a la declaració d'àrees subjectes als drets de tanteig i retracte de l'art. 15 de la mateixa Llei. L'apartat 1 d'aquest precepte és el que habilita els municipis perquè puguin delimitar aquestes àrees, delimitació que l'Ajuntament de Barcelona va acordar mitjançant l'Edicte de 14 de desembre de 2018, esmentat en la resolució. Aquest edicte, que té una vigència de sis anys, atribueix a l'Ajuntament de Barcelona els drets de tanteig i retracte sobre els immobles subjectes en tota transmissió onerosa.

Amb anterioritat a la resolució que comentem, la RDGDEJ de 5 de maig de 2008, per poder inscriure una escriptura de compravenda, va exigir la notificació prèvia a la Generalitat en un supòsit de dret d'adquisició preferent d'un habitatge de protecció oficial. En canvi, la RDGDEJ de 6 de febrer de 2008 també havia declarat inscriptible la venda d'una porció indivisa d'una finca sense la notificació als comuns; la DG es basava en el fet que el Codi civil de Catalunya no exigeix la notificació per poder inscriure la transmissió en el Registre de la Propietat, sinó que, més aviat al contrari, permet la inscripció en preveure que el termini per a l'exercici del dret de retracte començarà a comptar des de la inscripció (o des que el titular del dret tingui coneixement de la transmissió).

El fet que no transmeti la totalitat del domini, sinó una participació indivisa d'aquest (la DG peca aquí d'imprecisió en parlar que es ven la totalitat de l'immo­ble) no és una excepció a la norma, com bé reconeix la resolució, independentment del possible frau de llei, que no s'hauria de presumir: la norma no preveu com una excepció la transmissió d'una participació indivisa, cosa que hauria de ser suficient, i fins i tot n'estén l'aplicació a la transmissió d'accions o de participacions socials de societats mercantils, cosa que reforça encara més el criteri de la DG.

LLEGAT

El llegat d'usdefruit universal no perd aquesta naturalesa pel fet que el testador exclouí alguns béns del dret d'usdefruit, per la qual cosa el legatari pot prendre possessió de les coses objecte del llegat per si mateix.

RESOLUCIÓ JUS/1366/2020, de 5 de juny (DOGC 19.06.2020)

RESUM.- Es planteja si és inscriptible un dret d'usdefruit sobre un habitatge que s'adjudica la usufructuària com a legatària en l'herència del seu marit, sense el consentiment de tots els hereus. En el testament, el testador va llegar a la seva cònjuge el que va denominar “usdefruit universal dels seus béns”, amb l'exclusió de dues places d'aparcament (que va prelle­gar en ple domini a dos fills d'un matrimoni anterior) i d'uns actius financers (que va llegar a la mateixa usufructuària). Els hereus “en el romanent dels seus béns” eren els quatre fills i no es va facultar la cònjuge vídua per prendre possessió dels béns objecte del dret d'usdefruit.

La registradora de la propietat suspèn la inscripció al·legant que el dret d'usdefruit no és universal malgrat que el testador el qualifi­qués així, ja que va excloure alguns béns, per la qual cosa en necessita el lliurament per part dels hereus d'acord amb l'art. 427-22 CCCat.

LA DGDEJ revoca la nota de qualificació perquè considera que el dret d'usdefruit llegat té caràcter universal i, per tant, entra dins les excepcions que preveu l'art. 427-22 per a no requerir-ne el lliu-



rament pels hereus. Prèviament a entrar en el fons de la qüestió, la DG resol sobre la seva pròpia competència per conèixer del recurs, ja que la registradora (de manera incomprensible i inacceptable, com posa de manifest la resolució) el va elevar a la DGRN, la qual, com la DGSJFP, es va inhibir perquè versa exclusivament sobre matèria de Dret català. Aquesta irregularitat procedimental va provocar que la DGDEJ conegués del recurs dos dies abans d'expirar el termini legal per resoldre'l (tres mesos des del dia que va entrar en el Registre, d'acord amb l'art. 3.7 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril); si s'apliqués estrictament aquesta norma, resultaria que la mateixa interessada a mantenir la nota de qualificació es convertiria en àrbitre del temps atribuït a la DGDEJ per resoldre el recurs, amb la sanció que el silenci per part d'aquesta té com a efecte la seva resolució negativa. La DG evita aquesta situació interpretant que el termini de tres mesos comença a comptar des que el recurs es presenta en el Registre de la mateixa DGDEJ, per la qual cosa procedeix a resoldre'l.

La resolució basa la qualificació de l'usdefruit d'universal en la voluntat del causant, manifestada clarament en el testament, i en l'art. 427-34.2 CCCat, que estableix que «*el llegat d'usdefruit universal, llevat que la voluntat del causant sigui una altra, s'estén a tots els béns relictos*», del qual es dedueix que l'exclusió d'alguns béns no fa perdre a l'usdefruit el seu caràcter universal: com que es tracta d'una crida de tipus universal, s'estén a tot allò que no s'ha exclòs de manera expressa. En el cas particular d'aquest recurs cal tenir en compte altres circumstàncies, com que els legataris dels béns exclosos de l'usdefruit són legitimaris i l'atribució d'aquests béns seria una forma de pagar-los la llegítima, per la qual cosa l'exclusió s'estableix en la mateixa llei (en el cas contrari, sempre que hi hagi legitimaris no hi podria haver un usdefruit universal); el valor del dret d'usdefruit representa un 7 % del valor de l'herència, la qual cosa dificulta la possibilitat que la usufructuària estigui actuant en frau dels drets dels hereus, ni de mala fe (que no es pot presumir); la legatària és la cònjuge vídua, i és poc plausible que la voluntat del testador fos que els fills del primer matrimoni (als quals atribueix només dues places de garatge) tinguessin el control sobre el lliurament de l'usdefruit; i l'immoble objecte de la inscripció pretesa és el domicili habitual de la usufructuària, que ja en té possessió, la qual cosa priva de fonament l'exigència legal de lliurament d'aquesta possessió.

En relació amb aquest últim argument, la resolució fa una reflexió sobre el sentit de la norma general que el legatari no pugui ocupar per la seva pròpia autoritat la cosa llegada amb eficàcia real. No es pot explicar com una garantia de l'hereu que té la possibilitat de demanar la reducció dels llegats amb motiu de la quarta falcídia o de les llegítimes, ja que els arts. 427-45.2 i 451-22.4 «faculten el legatari afectat per la reducció a evitar-la abonant a l'hereu o al legitimari, en diners, l'import de la reducció i que, en tot cas, de conformitat amb l'article 427-15.1 el legatari adquireix la propietat de la cosa llegada en el mateix moment de la delació. Per tant, l'únic sentit pràctic de l'exigència de l'entrega de la cosa llegada per part de l'hereu és el de preservar la pau social protegint la possessió física de la cosa llegada i evitant que el legatari actuï unilateralment, sobretot quan es tracti de béns mobles» (FD 3.4).

COMENTARI.- Sens dubte és evident el sentit d'aquesta resolució sobre la base de tots els arguments exposats, dels quals en

destacaria un: mitjançant la institució de l'usdefruit universal, el testador fa una crida a tots els béns no exclosos expressament, la qual cosa té una doble utilitat pràctica: 1) la innecessarietat de detallar un per un tots els béns sobre els quals recau; i 2) l'extensió de l'usdefruit a béns que no formen part del patrimoni del testador en el moment de testar. Per tant, és preferible utilitzar la figura de l'usdefruit universal abans que l'ús d'expressions com «llega l'usdefruit dels altres béns» o «en el romanent dels seus béns», que pot donar lloc a dubtes interpretatius en relació amb els béns dels quals el testador no sigui propietari en testar.

A propòsit de l'expressió «institueix hereu en el romanent dels béns», que figura en el testament que dona lloc a aquest cas, sovint s'acostuma a utilitzar en la pràctica notarial quan, després d'ordenar algun llegat, el testador vol deixar clar que aquest llegat o llegats queden fora de la institució d'hereu, per evitar una certa contradicció entre el nomenament d'«hereu universal» i els llegats ordenats. Ambdues expressions són tècnicament incorrectes, ja que la institució d'hereu ja comporta la universalitat en la successió i l'obligació de complir les càrregues hereditàries. Per tant, el qualificatiu d'«universal» en relació amb la institució d'hereu és redundant, i ja no diguem la d'«hereu universal en tots els seus béns i drets, presents i futurs» que potser s'utilitza per donar més realç a la figura, però que fins i tot pot donar lloc a dubtes interpretatius respecte dels béns que el causant posseeixi en testar i que transmeti posteriorment; en tot cas, és una descripció incompleta. També, l'expressió «nomena hereu en la resta dels seus béns», que s'utilitza per evitar qualificar d'universal l'hereu quan s'ordenen llegats, és incorrecta perquè desconeix la naturalesa pròpia de la institució d'hereu a Catalunya, que proclama la frase inicial del primer article Llibre Quart del CCCat (em refereixo a l'art. 411-1), quan diu que «l'hereu succeeix en tot el dret del seu causant». Per tot això, és recomanable, en una bona i precisa tècnica jurídica que sempre afavorirà la claredat i la disminució de conflictes, no modelitzar la institució d'hereu concretant si és universal o si només ho és respecte dels béns no llegats, i limitar-se simplement a instituir algun hereu.

Pel que fa a l'exigència legal de lliurament de la possessió per part de l'hereu, coincideixo amb la DGDEJ que no té gaire sentit respecte dels béns immobles llegats amb eficàcia real, la propietat del qual és adquirida de ple dret pel legatari sense necessitat de lliurament per aplicació de l'art. 427-15. Considero que la norma, per la meua experiència pràctica ja dilatada, acostuma a contravenir la voluntat del testador (com el cas de la quarta falcídia), que no té en ment que el legatari hagi de demanar a l'hereu el lliurament de la possessió de l'immoble llegat, fet que fa necessari preguntar en cada cas sobre la qüestió i consignar, normalment, que es faculta el legatari per prendre possessió de la cosa llegada per la seva pròpia autoritat. La qüestió és especialment punyent en el cas del testador casat en segones núpcies (o en relació de parella estable) amb fills d'una relació anterior (com el de la resolució que comentem), que decideix evitar que la segona parella i els fills que no siguin comuns hagin de dependre els uns dels altres per poder exercir els seus drets successoris.

Recensió bibliogràfica

Per Àngel Serrano de Nicolás
Notari de Barcelona

L'obra que recensiono en els seus dos volums analitza, de forma detinguda i científica i, per això, amb un clar avanç sobre la situació anterior (en molts aspectes, inexistent), les qüestions més rellevants que s'han donat als països occidentals i a la mateixa Xina en la darrera dècada; anàlisis i plantejaments que, acomodats al nostre Dret positiu, tenen sens dubte un interès pràctic manifest en el dia a dia notarial. Els testaments cada cop més sovint ja no només són llegats o disposicions sobre finques —rústiques o urbanes— i diners efectius, sinó sobre el nou, però molt puixant, món digital, com ja preveu el Codi civil català; per tot això, i encara que sigui succintament, convé ressaltar —dins aquesta àmplia gamma d'estudis doctrinals de Dret comparat i, per descomptat, també espanyol— les qüestions que es plantegen.

Amb estructura coincident s'examina en cada volum i per l'ordre següent, la teoria general del Dret successori; la successió en general; la successió legítima (amb quasi dedicació exclusiva, tant pel que fa a l'estudi del dret italià com al comparat dels altres països, a les unions civils); la successió testamentària; la divisió; la donació i, finalment, la interferència amb altres qüestions rellevants en matèria successòria, com pot ser la tutela *post mortem* de les dades personals.

En l'anàlisi de cada un dels volums, i pel seu mateix ordre, en la *Prefazione* S. Troiano ja destaca que el dret successori sempre s'ha mogut —i en essència encara continua sent així, una altra cosa és que la mateixa transformació dels dos pols també exigeix la readequació de les disposicions testamentàries i de les lleis— entre la conservació del patrimoni —què es pot dir des d'Espanya amb les lleis desvinculadores, l'amplitud de la substitució fideïcomissària, en què els dos graus (art. 781 CC) no són dues generacions (v., no obstant, art. 426-10 CCCat), ni per descomptat s'explica l'instituit ja que, com ha dit la doctrina més autoritzada antiga (DE DIEGO) i actual (CÁMARA), l'instituit no és substituït, v., també, STS 22 novembre 2010— i la tutela de la família, tan diferent en aquest segle XXI a l'època de la codificació; en passar-se —en el nostre Dret positiu no només per la realitat social, sinó fins i tot per exigència constitu-

«Casi controversi in materia di diritto delle successioni»

Vol. I - Esperienze italiane, editat per Sara Scola i Mauro Tiescaro, amb prefaci de Stefano Troiano,
Vol. II - Esperienze straniere, editat per Esther Arroyo Amayuelas, Christian Baldus, Elena de Carvalho Gomes, Anne-Marie Leroyer, Quing Lu i Johannes Michael Raine, amb prefaci d'Alessio Zaccaria, Nàpols, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 996 pàgs.

cional— de la patriarcal i jeràrquica a la democràtica i igualitària, no solament entre els cònjuges sinó fins i tot respecte dels fills. I cal, per això, coincidir amb ell —i A. M. Leroyer— quan —recordant G. Gilmore i el seu cèlebre (fins i tot amb veu a la Viquipèdia) *The Death of Contract*— sobre la “mort” del dret de successions, en realitat tan viu com el dret contractual (gairebé mig segle després de l'obra de Gilmore), una altra cosa és la prevalença —en la realitat quotidiana— del dret de consum, com ho és també —excepte per a la classe mitjana, que ni gaudeix de beneficis socials ni d'estructures financeres i successòries— d'altres formes d'adquisició *mortis causa*, siguin les disposicions anòmales, com la legislació d'HPO per a les classes més humils, com el societari, l'instrumental, les assegurances, etc., per a les més benestants.

En el segon volum A. Zaccaria, per donar sentit a l'actualitat de la temàtica, recorda el 53è Congresso del Notariato, de novembre de 2018, en el qual es va proposar, i no és una matèria que només s'hagi discutit allà, la revisió de la *llegítima* (que resulta innecessari



dir que no és el mateix que la seva supressió, en la qual cosa no tots coincidim ni veiem la raó que hagi de ser així); *la superació de la prohibició del pacte successori*, regulat adequadament en el CC-Cat i altres drets civils, però no el CC que, sens dubte, per a la successió de l'empresa familiar, de béns concrets o com a garantia de l'adquisició per alguns familiars o fins i tot estranys –cert que com a pacte familiar, que no aquest com a atorgant– i sense necessitat que hagi de tenir hereu, sinó com a pacte d'atribució particular, susceptible de complementar-se amb testament és d'indubtable utilitat i no requereix canviar l'estructura successòria; a la qual cosa s'afegiria l'ampliació del seu "*patto di famiglia*" i la introducció del certificat successori.

El també professor de Verona, M. Tescaro, en la seva *Introduzione al Volumen I*, ens recorda la multiplicitat dels països de procedència dels autors –cosa que demostra la rellevància de l'obra en l'ordre comparat, sobretot amb el caràcter universal del Reglament successori europeu (en endavant RSE–; així, hi ha estudis procedents no només d'Itàlia i d'Espanya, sinó també d'Alemanya, d'Àustria, de França, del Brasil i de la Xina. A més de fer un repàs interessant, des del Dret positiu italià, de cada un dels apartats en què es divideixen els dos volums, que ara examinaré.

Per a una millor comprensió del tractat, i com que té més interès per al lector o l'investigador espanyol, l'analitzaré per blocs temàtics, tal com es distribueixen els dos volums; així en el que és *la teoria general de la successió*, el romanista M. Miglietta comença al·ludint a la temptació d'una "neoscolàstica romanística", i la recuperació de la tradició jurídica occidental comuna en la successió *mortis causa*, i què dir –fins i tot amb les clares diferències nacionals– de la seva conveniència, perquè, pel ja citat RSE, res no en facilitarà tant l'aplicació com partir d'unes categories generals, tot i que, sens dubte, caldrà donar cabuda al *trust*, això sí, adequat a les nostres categories jurídiques, sigui el fideïcomís, l'usdefruit amb facultat de disposició o l'hereu de confiança o fiduciari. Continua el també romanista R. Cardilli continua ressaltant la resistència dels termes "erede" i "successione", amb un minuciós recorregut per les fonts romanes i la romanística italiana.

En el vol. II, la prof. A.M. Leroyer comença amb una introducció general al dret successori francès, centrant la seva reflexió en la rellevància econòmica de la successió (la gran via per a la transmissió de béns juntament amb el contracte i la donació), no solament des de l'òptica de la persona sinó, també, respecte dels béns, defensant la llibertat individual que es manifesta, com diu, després de ressaltar la *donation-partatge* tan freqüent allà (que no el testament) en la introducció del salt transgeneracional, cosa que es pot aconseguir perfectament a Aragó, amb la seva configuració de la llegítima, i més limitadament al CC, amb la millora i el terç de lliure disposició. Conclou el seu estudi amb l'anàlisi de la seva reforma de l'any 2006 pel que fa al *pacte civil de solidaritat*.

Des del punt de vista espanyol, G. Galicia Aizpurúa estudia la proposta doctrinal de reforma del sistema successori del CC (accessible a la mateixa pàgina de l'APDC, http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf), amb consideració compendiada però justificant-ho a cadascuna de les parts, des de la llegítima a la successió testamentària, el testament conjunt, el pacte successori i la llegítima del cònjuge vidu. La veritat és que hi ha estudi de reformes, però en el si de la mateixa Comissió general de codificació.



Amb la rellevància que té pel gran nombre dels seus nacionals a Espanya, segueix l'estudi de Qing Lu amb una introducció general al dret successori xinès, en què, per a més utilitat del cridat a aplicar-lo, s'examina cadascuna de les seves parts habituals, des dels seus principis generals fins a la successió testada, intestada o legítima i els llegats. El prof. i docent a la China University of Political Science and Law S. Porcelli es refereix al mateix sistema successori xinès i ho fa des de la perspectiva de l'elaboració del nou Codi civil, –és innecessari ressaltar-ne l'interès–, sobretot per la considerable cita d'autors xinesos, cosa que dona un coneixement complet de com ho entén la seva doctrina.

La part destinada a *la successió en general*, en aquest segon volum, comença amb l'aportació de la catedràtica de la UB E. Arroyo Amayuelas al voltant de la llibertat de testar, amb una consideració especial a utilitat (o potser inutilitat, si no fos perquè pot afectar tota l'herència o només la llegítima i pel moment en què s'ha pogut produir el fet determinant, que pot ser abans o després de testar) de la distinció entre causes d'indignitat i de desheretament, però interessa més, per la seva cada cop –i desgraciadament– més freqüent realitat de l'abandonament sentimental, com a abús psicològic, i l'absència de relació familiar, especialment recollit com a causa de desheretament al CCCat, art. 451-17.2.e). La seva conclusió és que la supressió de la llegítima faria veritablement realitzable la solidaritat familiar, la qual cosa posa en relleu quina funció té el dret successori i en quina mesura està relacionat amb la concepció de



la família en cada moment i amb la llibertat individual, sobretot en aquells patrimonis que el titular actual l'única cosa que ha fet és anar consumint sense aportar res, ni tan sols mínima diligència en la seva administració.

V. Ferreira Mese escriu des de l'òptica del Dret brasiler per tractar de les limitacions –en la formació del dret successori brasiler– a una planificació eficient; així després de començar indicant que el Dret brasiler coneix dos tipus de successió, la llegítima o d'acord amb la llei (o sigui intestada, el seu art. 1829) i la testamentària, que són compatibles, quan, per aquesta última, no s'hagi disposat de tot, reconeixent com a hereus necessaris, art. 1845, els descendents, ascendents i el cònjuge. Reconeix el codicil (art. 1881), la funció i formalitat del qual és lluny de ser equiparable al català; així n'hi ha prou que sigui per escrit, i el seu contingut s'acostaria més a la memòria testamentària, en ser-li propi poder disposar de la sepultura, actes de beneficència o béns mobles d'ús personal. Per dedicar una àmplia consideració al pacte successori, prohibit pel seu art. 426 del CC brasiler de l'any 2002, no obstant això, i com a qüestió pràctica d'interès, apunta la figura del *holding* com a via per superar la prohibició.

Des de la regulació positiva de l'ABGB, J.M. Rainer escriu al voltant de la llegítima i els legitimaris i destaca la possibilitat de reduir la llegítima a la meitat en determinades circumstàncies o fins i tot imposar-se dilació en el pagament. D'un altre professor de la mateixa Universitat de Salzburg, N. Krausler, és l'aportació sobre la reunió fictícia ("*Hinzurechnung*") i la imputació ("*Anrechnung*"), en la seva reforma del 2015 (ErbRÄG 2015); les formes, els modes i les maneres

d'anticipar-la són ben conegudes, una cosa diferent i interessant és el com es fa, així amb un mètode unitari de càlcul, de la mateixa manera que ressalta la discussió doctrinal, relativa a la donació *mortis causa*, sobre si aplicar-li la doctrina del llegat (i considerar-la part de la massa hereditària) o la teoria contractual i, en conseqüència, seria un contracte entre vius, amb efectes a la mort. Per a una discussió pròxima cal acudir a la RDGRN de 27 de març de 2019 i als efectes fiscals a la RDGTJ de la Generalitat de Catalunya, de 21 de març de 2018, quan hi ha lliurament de present.

M. de Olivera Milagres es refereix a la transmissió *mortis causa* de la possessió i del dret real d'habitatge, des de l'òptica brasilera i, encara que totalment superada a Espanya, la discussió sobre el contingut patrimonial necessari o no del testament, sí que s'ha de negar que sigui testament el mal anomenat "testament digital", com no ho és tampoc l'anomenat testament vital. Una cosa diferent, i cada cop més rellevant, com diu, és la transmissió de dades, de plataformes com Youtube, Spotify o Facebook. O fins i tot, es podria afegir, del mateix ordinador en què es guarden coses personals o textos que no es vol es publiquin sinó després de la mort o que es destrueixin, encara que això pot ser més problemàtic, i alguna coneguda obra s'hauria perdut si s'hagués respectat la voluntat del causant, i no és una cosa kafkiana.

Al vol. I, des de l'experiència italiana, I. Riva escriu per referir-se a l'impacte, en el Dret italià, del RS UE 650/2012, i, com no pot ser menys, analitza els ja cèlebres casos *Kubicka*, *Mahnkopf* i *Oberle*, dels quals va conèixer el TJUE el 12 d'octubre de 2017, 1 març de 2018 i 12 de juny de 2018, respectivament. En destaca del segon (*Mahnkopf*) la seva aplicació a la "comunione de residuo" italiana, com també als efectes patrimonials de la clàusula d'atribució, a la mort, de tots els béns al cònjuge supervivent, tal com preveu la comunió universal francesa, art. 1524 i ss. Code civil. Segueix U. Roma amb l'acceptació a benefici d'inventari i l'administració "di sostegno", que de passada direm que ja es proclama la necessitat de reforçar-se (a aquest efecte, la proposta de P. Cendon a https://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/PDL_abrogare_interdizione_28_06_2020.pdf), i els problemes principals dels quals que identifica són l'acceptació a benefici d'inventari, que sembla que hauria de ser imperativa i, a més, el problema de l'autorització de la venda dels béns hereditaris que, com bé diu, haurà de ser amb solucions radicalment innovadores respecte del passat; no sembla assumible, si es parteix de fomentar-ne la capacitat que se sotmeti a autoritzacions, controls, etc.

S. Troiano analitza un tema tan freqüent en la pràctica com és el dels saldos als comptes bancaris i la seva titularitat, si s'ha de reputar mancomunada o solidària, amb fàcil prova en contrari, amb tots dos cònjuges cotitulars però només un fa ingressos, o clarament en diverses proporcions, per ser les pensions, les nòmines, etc., on la forma de titularitat no atribueix imperativament els saldos dipositats.

L'herència jacent és objecte d'estudi per E. D'Amico amb una anàlisi breu i clara de la curatela fins i tot durant la *actio interrogatoria*; sembla innecessària a Catalunya, justament per les facilitats que atorga l'art. 411-9.4 CCCat quan ha acceptat algun hereu, ja que –com reconeix la RDGDEJ de 8 de gener de 2018– fins i tot pot pagar llegats, i gairebé actes idèntics (no dispositius) que pot fer el marmessor universal de lliurament de romanent, v. art. 429-10 CCCat.



A. Owusu es refereix al desheretament del legitimari i als seus efectes en el fenomen successori i resalta la controvèrsia doctrinal sobre la seva aplicació i, singularment, els efectes inherents al desheretament, just quan no és del progenitor per desatendre les seves obligacions, sinó en els altres supòsits possibles, per la descoordinació amb la resta de sistema successori.

En aquest mateix volum I, i ja en el conjunt d'estudis dedicats a les "sucesioni legittime", el treball s'obre amb un dels diversos que es dediquen a les unions civils. Així comença R. Pacia, estudiant la seva *Legge n. 76, 20 maggio 2016*, en què cal destacar que no es produeix una assimilació automàtica amb el matrimoni; així expressament es preveu que només s'apliquin les normes del *Codice civile* quan siguin esmentades expressament, com també es requereix que estigui de manera expressa previst el que es pugui derogar per pacte. Aquest apartat continua amb l'aportació de T. Pertot, sobre el dret d'habitació i d'ús per al cònjuge vidu, destacant l'adhesió de la *Corte, sez. Unite*, a la tesi del prellegat, en ésser cridat en absència de testament, cosa que no deixa de ser totalment xocant admetre un "llegat *ex lege*", llevat que sigui com a forma de parlar.

M. Tescaro és qui s'endinsa en la successió de l'Estat, en comparar el model publicista del Dret francès amb el contraposat alemany, de caràcter privatista (en el qual situa el nostre ordenament, en considerar l'Estat com hereu, llevat, cal dir, que ho siguin –per raó territorial– altres institucions, com la Generalitat de Catalunya i, en qualsevol cas, s'autodeclaren per resolució administrativa, no mitjançant la declaració notarial d'hereus abintestat (v. Disp. Final 8a LJV 2/2015, de 2 de juliol i RDGRN de 27 de gener de 2015), i el resultant de l'art.

33 RSE, Reglament 650/2012. Cal destacar-ne el caràcter universal i la unitat del títol successori, però, igualment, com un tercer Estat pot declarar propietat seva els béns arrels sense hereu radicats allà.

Pel que fa a aquesta mateixa matèria, el vol. II comença amb l'estudi de J. Tarabal Bosch, sobre el que és clàssic i el que és nou en la successió legal a Espanya, examinant els diferents grups i preferències entre ells; és cert que, encara que es va donant preferència al cònjuge vidu, atesa la diversitat successòria d'Espanya, no és igual en tots els ordenaments, ni menys l'equiparació del cònjuge amb la parella estable (que sí que ho és a Catalunya). Segueix en aquesta mateixa línia la prof. brasilera, E. de Carvalho Gomes en tractar de la successió del cònjuge i el convivent de fet després del seu nou Codi civil de 2002, en el qual encara és lluny de ser preminent la posició del cònjuge. Al mateix ordenament es refereix N. Posenato, que tracta de la convivència i la jurisprudència vinculant. També sobre la unió civil, però en el Dret austríac, és l'estudi de D. Mattiangeli, que destaca que en la seva reforma de 2015, en el paràgraf 757 ABGB, es disposa que són successors en la quota legitimària els fills, el cònjuge i el "partner", com també l'obertura, el 2019, segons diu, del "matrimoni clàssic" a l'homosexual".

Aquest mateix volum continua amb la nova secció dedicada a la successió testamentària, i aquí comença l'aportació del reconegut prof. alemany C. Baldus, referint-se a la forma i la funcionalitat de la disposició *mortis causa*, de gran interès, ja que es passa revista de forma compendiada a tot el dret successori alemany. Convé destacar, atesa la regulació del mode en el CCCat i en el CC espanyol.



yol, que el *modus* en el Dret romà no era una disposició autònoma –com sí que ho és en el CCCat i en el seu BGB–, sinó una variant menys perfilada dogmàticament del llegat. Suposa una visió al dia del dret successor del BGB relacionat amb l'RSE i el seu Dret internacional privat; sembla evident la utilitat per a la pràctica notarial. Al seu pacte successor (*Erbvertrag*) i el testament conjunt (*gemeinschaftliches Testament*) es destina l'article següent, que signa T. Raff, assenyalant les analogies i les diferències entre tots dos, i convé destacar, com fa ell, que el pacte successor no participa de la naturalesa del contracte típic del dret d'obligacions, sinó que és una disposició *mortis causa*, igual que el testament conjunt, no és tampoc un contracte, sinó, i com bé diu, “una ‘reunione’ de disposizioni di ultima volontà degli ereditandi”, que, a més, també pot contenir disposicions completament independents, com seria el cas que cita que l'un institueixi hereu l'altre i aquest, això no obstant, un tercer.

A la revocació del testament, des de l'òptica del Dret romà i del xinès, es refereix R. Marini. Així partint que el Dret romà no coneix pròpiament la revocació, sinó que la incompatibilitat, l'existència d'un de nou revocaria l'anterior en el que és incompatible, juntament amb la revocació tàcita del llegat per l'alienació de la cosa; amb tot, la reforma successòria xinesa, de 1985, art. 20, atribueix al testador la plena facultat de revocació, si bé destaca que, justament amb la pròpia expressió d'última voluntat, és la que implica la prevalença del segon sobre el primer i de l'acte públic sobre el que no ho és en la dita forma. Una solució que recull l'art. 411-10.4 CCCat, quan disposa que el document que recull les voluntats digitals per a cas de mort no produeix efectes si hi ha disposició d'última voluntat. No

es tracta, doncs, de compatibilitzar una disposició i l'altra, sinó que l'existència del segon deroga això d'abans i, òbviament, no es pot modificar si no és a través d'una altra forma testamentària, no amb un simple document privat.

Des de la perspectiva italiana, es considera aquesta matèria en el vol. I, començant amb l'article d'U. Stefani, sobre destinació patrimonial i testament, en primer lloc a partir de la institució més típica de destinació com és el *trust*, basat com és sabut a la *equity* i d'aquí la dificultat del seu acomodament en els drets continentals, al marge de les seves no escasses implicacions fiscals, i dedica les darreres pàgines a la incidència de l'autonomia privada en la configuració o la planificació de la successió. El segueix l'aportació d'A. Venturelli sobre la impugnació del testament per vici de la voluntat, en una contraposició molt encertada amb la regulació i dogmàtica de la disciplina contractual, on sempre s'ensopega –en ordenaments com el seu en què és sempre unilateral– amb l'existència d'una única voluntat i, per descomptat, la regla del *favor testamenti*, negant –com no pot ser d'una altra manera– que es pugui traslladar d'una declaració de voluntat a una altra tota la seva construcció dogmàtica. En aquest àmbit d'interpretació de la voluntat continua el conegut prof. A. Zaccaria, amb el llegat i la determinació de quan es pot considerar que l'atribució té caràcter d'universal, relacionant-lo –amb supòsits pràctics de gran interès– amb el llegat a compte de llegítima. Als llegats es refereix també P. Lanni per estudiar el llegat de posició contractual, com a llegat atípic i que no necessàriament pot arribar a tenir contingut beneficiós per al legatari i, per això, juntament amb el fet de trobar dificultat per considerar-lo com a llegat (cfr. art. 427-9.1 CCCat que el veu com un benefici patrimonial, enfront del mode que és una càrrega, art. 428-1.1 CCCat). RO Salè també es refereix a la revocació. Tracta de la revocació testamentària en el cas de sobrevenir un fill (a la manera de la donació), en realitat en els nostres drets civils es pot revocar o no, i el que hi haurà és preterició errònia, amb tendència legislativa clara a salvar la disposició testamentària, v., a aquest efecte, art. 451-16 CCCat, òbviament per a la llegítima, enumera els diferents possibles supòsits, fins i tot la mateixa previsió del testador que es pugui produir, però no sembla una previsió a la qual no es pugui donar solució a través de la preterició, en la mesura que el fill sempre és legitimari (llevat que incorri en causa de desheretament).

Continua aquest mateix vol. I, dedicant la secció següent a la divisió i comença amb l'aportació de L. Bullo, que considera la successió *mortis causa* dins la relació obligatòria, situació d'evident presència en la pràctica, singularment en els préstecs hipotecaris, en què la durada per diversos decennis pot donar lloc a defuncions, fins i tot de fidadors, i en què la hipoteca és merament accessòria, també pot ser el causant el creditor i, per descomptat, la solució més clara –i que àmpliament considera– és l'acceptació a benefici d'inventari. Les opcions són la divisió o no del deute entre els deutors, i sense respondre *cum* o *pro viribus*, assenjala com el principi clàssic el de la divisió entre els cohereus “*nomina (et debita) hereditaria ipso iure dividuntur*”. En tot cas, s'inclina per considerar que la successió produeixi una legitimació conjunta i, a aquest efecte, cita la sentència Cass. n. 11128, 13 ottobre 1992, que nega la legitimació individual.

En aquest mateix àmbit de la divisió, i des de l'òptica comparatista, el vol. II incorpora únicament el treball de Dret francès de M. Saulier sobre la ruptura de la unitat de la successió per mor dels “*droits de retour légaux*”, que nega el principi genèric de no fer distinció en la



successió per raó de la procedència del bé (a aquest efecte, nega les reversions i reserves legals, l'art. 411-8 CCCat, una cosa diferent són les d'origen voluntari), i tot seguit fa una anàlisi molt interessant de la seva consideració com a successió anòmala, particular o simple dret de retorn en l'àmbit successori, per considerar-les com una mera excepció a la unitat, però lluny de poder configurar-se com a successió anòmala. En tot cas, sí que recorda —amb el seu evident interès i conseqüència pràctica— com des de 1903 (*Ménard vs. Roux*) la jurisprudència francesa considera el “*caractère successoral*” del *droit retour*.

Aquest mateix vol. II continua amb la secció següent destinada a la donació, que comença amb l'aportació de la prof. de la UB, M. Anderson, sobre el tema rellevant —ja estudiat per ella en altres aspectes, com la donació remuneratòria o sobre la mateixa llegítima— de la disciplina de la donació en la successió, analitzant-la en la seva relació amb la llegítima, la mateixa incidència de la naturalesa de la llegítima (*pars bonorum* al CC, —postura que també manté la RDGRN de 9 de gener de 2018 i la 22 de febrer de 2018, tot i que recorda com en alguns casos pot ser “*pars valoris bonorum*”— i *pars valoris* al CCCat), i els temes clàssics de la computació i la imputació, que afecten la llegítima davant la col·lació, que també considera, que pretén la igualtat hereditària, i aquests dos últims sí que dispositius per al causant; cal destacar la interessant comparació que fa entre el CC, el CCCat i la proposta de l'APDC, inclinant-se per reforçar la posició del donatari, reduint les causes per les quals es pot veure afectat i, per descomptat, les conseqüències o els efectes que pugui patir.

Des d'una òptica contraposada al que és patrimonial, com és la de les dades personals i la seva possible “*donazione*”, l'examinen M. Schmidt-Kessel i T. Pertot, i en el seu estudi molt interessant, per tan innovador com és encara avui, l'estudien des de la contraposició al que és patrimonial, i així confronten les dades personals amb la seva possibilitat de ser objecte d'una obligació i/o d'una relació contractual, la seva possible configuració com a donació (mista) i els límits a l'autonomia del causant juntament amb la possible aplicació de la reducció a la donació derivada del contracte de concessió en gaudi gratuït. S'admet que l'hereu subentri, com a tal, en una plataforma, ja que queda dins la tutela *post mortem* dels drets de la personalitat i no hi ha contraposició entre el paràgraf 1922, 1 BGB i la regulació del BGH (si bé d'acord amb aquest no cal que necessàriament s'estengui a l'ús actiu del compte).

Continua el tema de la donació amb l'article, referit al Dret brasiler, de L. M. Zanitelli, sobre col·lació quan es tracta de donació (remuneratòria) a l'assistent, art. 2011 Codi civil brasiler, defensant que la donació a l'assistent s'ha de presumir remuneratòria, per als possibles efectes de la col·lació.

En aquesta mateixa matèria de la donació, el vol. I comença amb el treball doctrinal de M. Criscuolo sobre l'acció de simulació pel futur legitimari, ressaltant com la doctrina en general, i de forma granítica la jurisprudència la nega, justament pel seu caràcter de *futur legitimari*, però les coses han canviat amb la sentència de *Cass. n. 11012, 9 maggio 2013*, conseqüència de la reforma operada per la L. n. 80/2005.

El segueix l'aportació de S. Scola, que tracta del cas tan habitual del contracte bancari en l'àmbit successori, en què destaca —el que passa també en el nostre àmbit successori—, que la forma de titulari-



tat no és sinó una simple presumpció *iuris tantum* de pertinença dels fons per determinar quina quantitat incloure en la massa hereditària del difunt—cal pensar que són titulars indistints tots dos cònjuges—, però només s'ingressa la pensió de l'un, o les de tots dos però l'un va ingressar recentment —o no tan recentment— el que va heretar ell. I, per descomptat, de la cotitularitat no es desprèn cap *animus donandi*, v., per a la liquidació del REM, la STS, núm. 78, de 4 de febrer de 2020. Continua amb l'estudi de M. Faccioli sobre la rescababilitat *iure hereditario* del dany mortal, i la pèrdua de les *chances* de supervivència, estudiant tant el dany tanatològic com la necessària distinció entre dany-esdeveniment (lesió del dret considerada en si mateixa) i dany-conseqüència (o efectes derivats, fins i tot patrimonials, que sí que seria el transmissible, fins i tot en el que deriva dels seus efectes negatius). Això centrat en si la indemnització rescabalatòria, per raó de la mort, s'adquireix o no *iure hereditario*, sembla que sí i sota la perspectiva de “*danno biologico da morte*”, i la necessitat de la indemnització apareix de l'evidència que el contrari reportaria beneficis per al causant de l'il·lícit. Amb l'estudi de matèria similar conclou aquest vol. I. Així, S. Gatti estudia el problema de la *compensatio lucrum cum damno* derivat de l'il·lícit mortal i l'avantatge patrimonial que podria derivar de considerar la indemnització com adquirida *iure proprio*, en la qual resulta rellevant per la seva unificació de jurisprudència el pronunciament de la *Cass. n. 12564, Sez. Un., 22 maggio 2018*, en què es nega la seva autonomia dogmàtica, s'afirma la multiplicitat de supòsits, i, en tot cas, que no pot derivar en benefici de la causa de l'il·lícit, al costat de la seva compatibilitat amb la pensió.

Al vol. II, hi ha una secció diferent destinada a avaluar la interferèn-



Recensió

cia amb altres matèries. Així comença amb l'estudi de Dret francès de J. Houssier sobre l'ambigüitat del Dret francès pel que fa a la successió de la *persona vulnerable*, centrant-lo en els aspectes durant la seva vida i en previsió de la seva mort, admetent que se'ls pugui fer donacions o atribucions per raó de la seva circumstància; el problema és d'ajust de les institucions, juntament amb la seva consideració integral i la possibilitat de la reversió, però caldria afegir que del problema, igual que aquí, sorgeix la necessitat d'invertir la regla, com es va fer amb els menors, de passar de considerar-los incapaços a capaços excepte per a allò estrictament restringit o exclòs de la seva actuació, llevat de quan es troben en circumstància tal que es fa absolutament impossible actuar d'alguna manera.

G. Cattalano torna a tractar de la mort del contractant i, després simplement d'assenyalar com ja la finitud humana s'ha considerat en l'assegurança de vida, la *tontine* o el *mandat à effet posthume*, el problema és la transmissió de les relacions jurídiques o fins i tot prestacions, només cal pensar en la *prestation compensatoire* (que el CCCat, art. 233-14.3, preveu que també es pugui reclamar en els tres mesos següents), i centrant-se en la simplicitat aparent de la transmissió del contracte, en veritat –i en general– de les prestacions derivades del contracte, precisa que no és tan fàcil, fins i tot més enllà dels *intuitu personae*, entre els quals no sempre es pot incloure la locació d'arrendament i, en tot cas, sembla que la regla hauria de passar per mantenir les prestacions, però tampoc es pot desconèixer la incidència del dret successori i les opcions que aquest dona als hereus.

Aquest vol. II conclou i, per tant, l'obra, amb l'aportació del conegut prof. italià G. Resta, que torna a la matèria de la successió en l'àmbit digital i en la tutela *post-mortem* de les dades personals, una qüestió cada cop més freqüent tot i que encara no estigui genera-

litzada en els testaments, ja que no és infreqüent que així sigui per l'edat dels testadors i la seva escassa participació en aquest àmbit, però sense dubte cada cop està més generalitzada, no tant per l'aspecte econòmic, que també s'anirà incrementant, sinó, també per la seva clara incidència en la pròpia personalitat i la forma de "continuar-la". L'alternativa es troba entre la solució d'emergència (o legislació especial) o dins la normativa successòria, i l'opció o no per un model personalista. Així es refereix a l'opció alemanya, francesa i italiana, aquí ja *supra* he assenyalat que el CCCat català la preveu en el Llibre IV de les successions i, així, el Tribunal de més alta instància alemany admet que el progenitor conegui el contingut del compte Facebook de la seva filla, morta en tràgiques circumstàncies, emprant entre altres arguments el caràcter de títol universal de la successió per l'hereu, paràgraf 1922 BGB, cosa que també succeeix en els nostres drets successoris; més restrictiva sembla que es mostri la legislació francesa, però, en qualsevol cas, amb possibilitat d'accés també, encara que no de forma indiscriminada. Per a la reforma italiana recalca la necessitat de justificació de l'interès, distingint segons es tingui o no un lligam successori, familiar o fiduciari. I, per descomptat, segons si hi ha un mandatari o no, com preveu l'art. 411-10.1 CCCat, que preveu l'hereu, marmessor universal o fins i tot un de designat específicament a aquest efecte.

En conclusió, l'obra presenta un interès evident per a qualsevol operador jurídic mitjanament interessat en el dret successori ja present i, sobretot, de rellevància futura creixent, no només pels temes tractats, que com s'haurà pogut comprovar ja són universals i globals, en qualsevol ordenament occidental, o fins i tot a la Xina com s'ha pogut comprovar per les aportacions, sinó pel rigor, l'exhaustivitat, l'aportació bibliogràfica i la clara distribució de les matèries, que permeten observar un gran àmbit de Dret comparat.

Jornades sobre el nou model de la discapacitat: propostes i principis

El nou enfocament jurídic de la discapacitat per complir amb la Convenció de Nova York, que suposa un canvi de paradigma situant la voluntat de la persona en l'eix central, ajudada pels suports jurídics que siguin necessaris en aquesta nova proposta jurídica, es va analitzar i debatre a les jornades organitzades pel Col·legi juntament amb la Fundació dels Notaris de Catalunya, els passats 29 i 30 de gener. Aquestes "Jornades sobre el nou model de la discapacitat: propostes i principis. La Convenció dels drets de les persones amb discapacitat", tenia l'objectiu de donar a conèixer les propostes existents en el marc jurídic català i espanyol sobre aquest nou enfocament de la discapacitat, com també els mitjans jurídics de suport que garanteixen l'autonomia a totes les persones perquè puguin exercir els seus drets en condicions d'igualtat. M. Carmen Gete-Alonso, catedràtica de Dret civil de la Universitat Autònoma de Barcelona i presidenta de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya va coordinar les jornades.

D'esquerra a dreta: Carmen Gete-Alonso, presidenta de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya; Xavier Bernadí, director general de Dret i Entitats Jurídiques; Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, i Rocío Maestre, directora de la Fundació dels Notaris de Catalunya





Vida corporativa

M. Carmen Gete-Alonso, catedràtica de Dret civil de la Universitat Autònoma de Barcelona i presidenta de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya va coordinar les jornades

La inauguració va anar a càrrec de Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, que va assegurar que “els juristes pràctics, i entre aquests els Notaris –que tenim una sensibilitat especial amb persones i col·lectius vulnerables i fem una tasca important mitjançant la Fundació dels Notaris de Catalunya i Aequitas– tenim molt a dir en aquesta matèria, en la cerca de la millor solució, l'encaix i l'equilibri en aquesta reforma”. Ollé va afirmar que “és necessari un nou sistema, urgent i just, però sense perdre la seguretat jurídica”. Rocío Maestre, directora de la Fundació dels Notaris de Catalunya, va afirmar que “la funció del Notari en aquest àmbit és important perquè ha de combinar el judici de capacitat amb la garantia dels drets de les persones discapacitades”. Finalment, Xavier Bernadí, director general de Dret i Entitats Jurídiques, va posar en valor la tasca de la Comissió de Codificació de Catalunya com a òrgan assessor que fa propostes en l'àmbit del Dret civil de Catalunya i va manifestar la dificultat –compartida amb altres països– d'implementar el Conveni de Nova York, malgrat “coincidir amb l'esperit i els principis de la Convenció, com ho hem fet en els treballs que s'han fet en els darrers anys, com la Llei de discapacitats sensorials, l'esborrany de les bases normatives per abordar la recepció d'aquest Conveni i el pacte nacional per les persones amb discapacitat de juliol de 2019”. En definitiva, va afirmar, “es tracta d'acompanyar aquestes lleis amb més suport financer i d'un canvi de paradigma”.

M. Paz García Rubio, catedràtica de Dret civil de la Universitat de Santiago de Compostel·la i vocal permanent de la Secció primera (Dret civil) de la Comissió General de Codificació, va repassar en la seva intervenció l'avantprojecte de Llei pel qual es reforma la legislació civil i processal per al suport de les persones amb discapacitat en el marc estatal, i va afirmar que “el canvi de paradigma no és una opció, és una qüestió de drets humans”. Va assegurar que cal substituir la idea de protecció de la persona amb discapacitat per la idea de respectar la seva voluntat i el seu desig; substituir la idea de “el millor per a la persona amb discapacitat” per la idea de “fer valdre'n voluntat”. Després d'afirmar que el sistema actual, tal com està, no s'ajusta a la Convenció, va assegurar que “els Notaris, en el marc de la seva tasca preventiva, són un suport fonamental per a les persones amb discapacitat” i va assegurar que “el Dret civil també ha de servir com instrument de tutela dels drets humans de les persones, no solament per a aspectes patrimonials”.

Jordi Ribot, catedràtic de Dret civil de la Universitat de Girona i vocal de la secció de persona i família de la Comissió de Codificació de Catalunya, va exposar les bases de la reforma del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica, encara en fase preliminar. Així, va afirmar que s'està elaborant un esborrany de bases de la reforma del Codi en aquesta matèria d'acord amb els principis de la Convenció de Nova York, que preveu “la desaparició de la incapacitat i la qüestió de la capacitat natural, partint sempre de la projecció de la voluntat i de les preferències de la persona en qualsevol mecanisme de suport, entenent el suport com un dret i, en cap cas, com una obligació ni un gravamen”, sempre segons si hi ha prou suports informals de la família i a la comunitat i de la subsidiarietat dels procediments judicials. En aquest nou model, va destacar la importància del poder preventiu i dels acords de suport, ja siguin bàsics, amb codecisió vinculant o un acord de suport representatiu, ja siguin suports judicials com l'assistència o els nomenaments judicials sense durada predeterminada, o la figura del defensor judicial, designacions pensades per resoldre una qüestió concreta on falti el suport per a la presa de decisions, quan no s'hagi pogut obtenir d'una altra manera. Tot i així, el ponent va posar de manifest la dificultat per vèncer el manteniment de certes premisses del model actual.

Martín Garrido Melero, Notari de Tarragona i vocal de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya va centrar la seva exposició en el judici de capacitat notarial en els testaments i altres negocis jurídics. Va exposar que, de fet, “el judici de capacitat és una multiplicitat de judicis”, entre ells el de la capacitat natural, del negoci jurídic, de l'existència d'una voluntat lliure, de l'autenticitat del document, de la suficiència de les facultats representatives, de la mateixa capacitat del representant i del representat, de la inexistència d'una prohibició legal que impedeixi l'acte o el negoci projectat, i de la valorització dels complements de capacitat. També va exposar la regulació actual sobre el judici de capacitat i la seva importància, el procediment o la invalidació. Va afirmar que el Notari



no té un criteri únic per apreciar la capacitat, sinó que ho fa en funció de la capacitat del negoci jurídic, i va fer un repàs d'alguns problemes que es troben als despatxos, com ara amb persones d'edat avançada, persones amb una conducta estranya, però no incapaços, o persones amb discapacitat sensorial; casos en els quals, quan és necessari, cal recórrer al reforç del judici de capacitat, com pot ser la presència de testimonis o l'opinió d'experts (facultatius), entre altres.

M. Ángeles Parra Lucán, magistrada de la Sala Primera del Tribunal Suprem va exposar la discapacitat en la doctrina judicial i les propostes de provisió, coincidint amb la resta de ponents que "el nostre context normatiu, el nostre Codi civil, es basa en un sistema diferent del que dissenya la Convenció". Va assegurar que la Sala Primera treballa en dues grans línies: interpretar i aplicar el sistema vigent d'acord amb els principis de la Convenció i garantir els drets mitjançant les tuteles que ofereix l'ordenament jurídic. D'aquesta manera, va afirmar que "la limitació de la capacitat s'ha de fer amb el principi de proporcionalitat i, en funció d'aquest judici de capacitat, s'estableix el contingut de la guarda que s'adopta, en un sistema molt judicialitzat". Va assegurar que es detecta una certa preferència per la curatela i que hi ha una heterogeneïtat total en les parts dispositives, com també que "és necessari que la sentència determini en quin àmbit és necessària l'assistència per part del curador". Segons Parra, "aquest judici de discapacitat desprestigia la persona". "La Sala Primera ha insistit en la interpretació de les institucions vigents d'acord amb la Convenció i els drets de les persones amb discapacitat en vista de la Convenció", i va assegurar que "en el cas dels testaments, per rebatre el judici de capacitat del Notari han de ser casos molt evidents, i la Sala Primera encara no s'ha pronunciat de forma expressa sobre la possibilitat que es pugui privar de la capacitat de fer testament o del dret de contraure matrimoni, amb un control judicial, fet que planteja l'interrogant de què cal fer en el cas de matrimoni o de divorci davant Notari. En aquest cas, la ponent va afirmar que "en casos de discapacitat no es preveu la legitimació del tutor i, en conseqüència, no és preveu la boda o el divorci notarial". Va manifestar la importància de respectar la voluntat de la persona i la idoneïtat de la guarda de fet com a institució majoritària en la realitat social, sobretot amb gent gran, que no presenta litigiositat, i va recordar que, tot i això, "no s'han de descuidar els controls perquè no hi hagi abusos de tercers".

Josep M. Valls Xufré, Notari de Barcelona i vocal de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya va iniciar la intervenció afirmant que "tots els problemes que plantejava la magistrada s'haurien evitat amb els poders preventius", un poder cada cop més utilitzat, però amb una "legislació incompleta, depenent i contradictòria". Valls va destacar que "el Conveni de Nova York passa d'un sistema judicial a un sistema de suport extrajudicial", de gran ajuda davant la saturació dels tribunals per resoldre temes d'incapacitat. Va assegurar que "el poder preventiu és el centre de la futura regulació de la discapacitat, ajudat per suports" i va posar de manifest que "l'article que exigeix l'autorització judicial és pertorbador", en referència a l'article 222 CCCat que recull que el poder preventiu, a diferència de l'ordinari, requereix autorització judicial. Va analitzar a fons tant els poders preventius com els mandats de suport, els acords de protecció personal i les autolimitacions de disposició, com també tot allò relatiu a l'autorització judicial i la figura dels apoderats i del supervisor. Finalment, va destacar el subjecte com a punt fonamental de la reforma en la qual es treballa, i va afirmar que en el cas de tenir plena capacitat podrà recórrer a qualsevol suport, en el cas de discapacitat actual serà necessari un mandat de suport atorgat amb requisits previs posteriors i tan sols en el cas d'incapacitat serà necessari un suport judicial.

Finalment, Judith Solé, catedràtica de Dret civil de la Universitat Autònoma de Barcelona i vocal permanent de la Secció primera (Dret civil) de la Comissió General de Codificació i de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya, va parlar de la doctrina sobre l'internament en centres tancats, exposant la legislació que regeix sobre atenció a la salut mental i addiccions, dades sobre l'hospitalització involuntària a Catalunya –que l'any 2016 va ser més del 30% del total– i els convenis i tractats sobre drets humans. En relació amb les malalties que impliquen manca de voluntat –com l'Alzheimer, anorèxia greu, brot psicòtic... – va afirmar que, al seu parer, no hi pot haver un consentiment per substitució, ja que es tracta d'un dret personalíssim, i va posar de manifest la necessitat d'una reforma "defugint la classificació obsoleta

La inauguració va anar a càrrec de Joan Carles Ollé, degà del Col·legi, que va assegurar que "els juristes pràctics, i entre aquests els Notaris –que tenim una sensibilitat especial amb persones i col·lectius vulnerables i fem una tasca important mitjançant la Fundació de Notaris de Catalunya i Aequitas– tenim molt a dir en aquesta matèria, en la cerca de la millor solució, l'encaix i l'equilibri en aquesta reforma"



de les persones en funció de la capacitat d'obrar i eliminant l'exercici dels drets fonamentals en substitució." També va assegurar que cal regular la mesura de l'internament involuntari, que sempre requereix autorització judicial i és susceptible de recurs, en què és recomanable fixar l'assistència lletrada obligatòria i recórrer a aquesta mesura "únicament si no hi ha cap mesura o salvaguarda alternativa". Finalment, va exposar les propostes principals de la Comissió de Codificació –amb atenció especial a l'article 212.4– i el cas de l'ingrés involuntari en residències geriàtriques, cada cop més habitual atesa la piràmide de població, cada cop més envellida. En aquest sentit va afirmar que "en el cas de no voler l'ingrés, es necessiten mesures de suport i d'acompanyament, que en moltes ocasions no existeixen."

Presentació del llibre "Jornades sobre Dret, Immigració i Empresa"

La celebració de les jornades del mateix nom que va coorganitzar el Col·legi i la Fundació dels Notaris de Catalunya l'any 2018 han donat fruit amb la publicació del llibre "Jornades sobre Dret, Immigració i Empresa", presentat el passat 5 de febrer, que recull les ponències dels experts en la matèria que van participar en aquestes jornades.

Santiago Ripol, catedràtic de Dret internacional públic de la Universitat Pompeu Fabra, i coordinador del llibre, va afirmar que "el llibre estudia la resposta de les institucions de la Unió Europea davant la crisi migratòria després de l'aprovació de l'espai Schengen i analitza l'estatus jurídic dels migrants que resideixen a Europa, fruit de la normativa existent al nostre espai de llibertat, seguretat i justícia". També va destacar que tracta aspectes com les relacions familiars o successions i analitza la reacció de la societat civil a Catalunya davant la crisi migratòria. Va posar de manifest que l'Agenda 2030 per al desenvolupament sostenible de les Nacions Unides, aprovada l'any 2105, que va fixar 17 objectius universals i 169 metes complementàries, "tracta la migració internacional des d'una perspectiva extremadament positiva, i se centra en la contribució important dels immigrants al creixement mundial i al desenvolupament com a mecanisme per contribuir al desenvolupament sostenible". Va aportar la dada que els migrants són un 3% de la població mundial, però produeixen el 9,2% del PIB mundial, "molt més que si s'haguessin quedat al seu país d'origen". Entre els objectius va esmentar la cogovernança de la migració –la necessitat de regular-la, que sigui ordenada i segura; i el flux mundial de remeses, fixat en 450 mil milions de dòlars l'any 2017, i que es pretén "oferir més cultura financera als migrants, que suposarà estalviar, diversificar transferències i invertir en salut i educació".

El diplomàtic Juan Antonio March va ser l'encarregat de pronunciar la conferència "Europa i Àfrica: demografia i immigració", exposant el context actual: una gran facilitat de mobilitat, una Europa molt estructurada per la Història i amb una població envellida, mentre que Àfrica compta amb una part àrab totalment desestructurada per temes polítics i una altra de subsahariana, amb un gran creixement demogràfic i el risc d'Estats fallits per la ràpida evolució dels esdeveniments i la poca estabilitat. La seva població és jove i molts Estats, nascuts després de la colonització, s'enfronten a molts reptes alhora. March va afirmar que

La celebració de les jornades del mateix nom que va coorganitzar el Col·legi i la Fundació dels Notaris de Catalunya l'any 2018 han donat fruit amb la publicació del llibre *Jornades sobre Dret, Immigració i Empresa*, presentat el passat 5 de febrer, que recull les ponències dels experts en la matèria que van participar en aquestes jornades



“a Europa som a la causa, no a les conseqüències” i va posar d'exemple Orient Mitjà, zona de conflicte permanent, “on intervenen actors no locals i desorganitzen l'espai, sense pagar-ne les conseqüències, com vam veure amb la primavera àrab, a Síria, Iraq, Egipte... incidint molt negativament en l'Orient mitjà africà”. Va afirmar que “Europa ha de tenir la seva política exterior pròpia, no pot fer seguidisme nord-americà mentre Estats Units no consulta res a la Unió Europea”. Va apel·lar a l'humanisme i a “recuperar una certa dignitat, no permetent que Estats Units desestabilitzi la zona d'Orient Mitjà”. En referència a l'Àfrica subsahariana va exposar que la situació és totalment diferent, amb poca història i el pas de models colonials a la descolonització després de guerres per la independència i que actualment avança en tecnologia i viu una globalització accelerada, mentre baixa el pes de l'Administració, “la qual cosa suposa un problema d'ordenació greu de la vida social en aquests països”. Va afirmar que en els propers anys es preveu una especialització econòmica i un gran augment de la població, pendent de veure com s'estructuren les societats. Va assegurar que tant la Xina com Europa mostren interès a tenir un paper important en aquesta zona, ja que Estats Units “no està gaire interessat en Àfrica, mentre que, per Europa, Àfrica és vital ja que, perquè no tinguem una migració impossible d'assumir, han de tenir mercats emigrants exitosos.” Per la seva banda, la Xina creix de forma exponencial, compta amb una població jove i molt formada i veu Àfrica com un mercat idoni. Així, va afirmar que “els xinesos han demostrat que tot és possible i la clau del desenvolupament és com organitzes el joc. La Xina compta amb més de 200 milions de joves, molt ben preparats, que en els darrers anys han viscut un gran creixement del nivell de renda, 140 milions dels quals ja es preparen per ser líders en el seu sector. Mentrestant, la població jove d'Estats Units es xifra en 30 milions i la meitat no es prepara en absolut, de manera que “mentre ells comptaran amb 7,5 milions de líders, la Xina en tindrà 140 milions”. També va afirmar que “dels dos imperis actuals, Estats Units i la Xina, el primer només compta amb 300 milions de persones, cosa que és una debilitat”. Va assegurar que “ambdós països no són gaire expansionistes” i la clau se centra en “el gran concepte dels drets humans”. Finalment, va concloure que “anem cap a un món diferent. Durant 190.000 anys hem utilitzat el cervell per entendre què passava i copiar coses. En el segle XXI l'ésser humà descobrirà el seu cervell, qui és i quines són les

El diplomàtic Juan March (esquerra) va ser l'encarregat de pronunciar la conferència “Europa i Àfrica: demografia i immigració”





Vida corporativa

seves potencialitats. Tot canviarà, cada individu es converteix en un tresor; cada cervell i cada iniciativa és única. Abans l'home servia per a una funció molt determinada i molts pocs tenien una funció creativa. Ara, la funció repetitiva la fan les màquines i en un món intel·ligent cada individu serà essencial. Ni tan sols podrem estar agrupats en Estats, sinó en una nova estructura del món, que permeti un joc global." A aquesta humanitat, "l'única espina dorsal que la podrà aguantar és el concepte universal dels drets humans i hem d'avançar en aquesta arquitectura mundial basada en drets humans i millorar la situació dels qui tenen menys".

Jornada sobre règim econòmic matrimonial organitzada per l'Institut Notarial de Dret Internacional Privat

El passat 13 de febrer va tenir lloc la Jornada sobre règim econòmic matrimonial i efectes patrimonials de les unions registrades, organitzada per l'Institut Notarial de Dret Internacional Privat, creat des del Col·legi el passat més d'octubre amb la finalitat de fomentar la formació tant de Notaris com d'altres juristes en aquesta matèria, aprofundint en el Dret estranger i en la competència internacional en aquestes matèries. La jornada va repassar, en primer lloc, els dos nous reglaments, UE 2016/1103 pel reconeixement i l'execució de règims econòmics matrimonials i el reglament UE 2016/1104 del Consell, de 24 de juny, d'unions registrades, que van entrar en vigor el 19 de gener de 2019. Beatriz Año-veros, doctora en Dret per la Universitat de Barcelona, responsable de Dret privat i directora de Relacions Internacionals d'ESADE, partint de la voluntat dels dos reglaments d'acumulació de procediments, va comentar quan s'apliquen aquests reglaments, el seu àmbit d'aplicació personal, i en va analitzar casos concrets; l'àmbit d'aplicació material, en quins casos és competent el jutge espanyol i les normes de competència judicial internacional. Per la seva banda, Cristina González Belfuss, catedràtica de Dret internacional privat de la Universitat de Barcelona i membre del Comitè organitzador de la Comissió de Dret de família europeu, va exposar el reglament i la llei aplicable, quin ordenament jurídic regeix les relacions matrimonials, patrimonials i parelles registrades, i què passa en matrimonis anteriors als nous reglaments, com també l'autonomia privada, la llei aplicable en defecte d'elecció, efectes davant tercers, les normes internacionalment imperatives i efectes plurilegislatius. Va afirmar que "el Dret internacional privat és molt més que una aplicació mecànica de les normes, busca construir solucions que funcionin a través de les jurisdiccions" i va reflexionar sobre el pas següent "pensar en l'organització del Dret material, que ha de canviar de textura, perquè els supòsits internacionals ja no són excepcionals".

Javier Micó, Notari de Sabadell, va analitzar quan s'ha d'aplicar el Dret internacional privat i quan el Dret intern; què es considera un matrimoni o unió registrada transfronterera i quin moment s'ha de tenir en compte; com determinar la llei aplicable i saber la competència jurisdiccional; el reconeixement i força executiva de resolucions, i l'acceptació de documents públics. També va abordar la qüestió de si els Notaris poden ser considerats òrgan jurisdiccional, esmentant diverses opinions i elaborant la seva pròpia tesi sobre el tema. Finalment, va repassar breument els efectes patrimonials i la llei aplicable, i aspectes com el Dret successori del vidu i en el matrimoni, l'habitatge

La jornada va repassar, en primer lloc, els dos nous reglaments, UE 2016/1103 pel reconeixement i l'execució de règims econòmics matrimonials i el reglament UE 2016/1104 del Consell, de 24 de juny, d'unions registrades, que van entrar en vigor el 19 de gener de 2019



familiar, el cas d'Espanya amb les parelles de fet, i l'evolució de la legislació dels Estats plurilegislatius.

El segon bloc va comptar amb la participació d'experts internacionals destacats, tots membres del Comitè organitzador de la Comissió europea de Dret de família (Organizing Committee of the Commission on European Family Law), els quals van exposar el context legislatiu d'aquesta matèria als seus països. Hi van participar Frédéric Ferrand, catedràtic i director de l'Institut de Dret comparat Edouard Lambert de la Universitat Jean Moulin Lyon 3 (França); Dieter Martiny, catedràtic emèrit de l'Europa- Universität Viadrina a Frankfurt/Oder (Alemanya); Nigel Lowe, catedràtic emèrit de la Universitat de Cardiff, QC d'Inner Temple (Anglaterra i Gal·les); i Maarit Jänthera-Jareborg, catedràtica de la Universitat d'Uppsala i presidenta de la Research Foundation Riksbankens Jubileumsfond (Països Nòrdics). Finalment, la jornada va concloure amb la conferència "Commission on European Family Law: els principis europeus de Dret de família", a càrrec de Katharina Boele-Woelki, catedràtica de Dret comparat i rectora de la Bucerius Law School i presidenta de l'Acadèmia internacional de Dret comparat i del Comitè organitzadora de la Commission on European Family Law.



Javier Micó, notari de Sabadell i ponent de la Jornada, al costat de Pablo Vázquez, coordinador de l'Institut Notarial de Dret Internacional Privat i membre de Junta; Cristina González Belfuss, catedràtica de Dret internacional privat a la Universitat de Barcelona; i Beatriz Añoveros, responsable de dret privat i directora de relacions internacionals d'ESADE



Referent notarial*

Gabriel Suau Rosselló (1947-2020)
Notari

El notari Gabriel Suau va néixer al poble d'Es Capdellà (Mallorca), prop de la superba Serra de la Tramuntana, a tocar de Calvià i Andratx. De ben jove se li va desvetllar la vocació notarial, atret pel prestigi que tenia la professió entre la pagesia de Mallorca. Va formar part de la primera promoció notarial de la democràcia, i després d'un inici feliç a Galícia (Castroverde) aviat es va traslladar a Catalunya, d'on ja no va voler marxar mai. El seu pas per la notaria de Montblanc va ser inoblidable per a ell: sempre recordava amb joiosa nostàlgia que allí havia tingut el privilegi d'ocupar el Palau Desclergues de la Plaça Major i, sobretot, que hi havia conegut la que després seria la seva estimada esposa, l'Eugènia. La prematura mort de la seva muller, al cap d'uns anys, va ser un cop duríssim per a en Gabriel, del que mai es pogué sobreposar del tot. Després de servir les places de Sant Celoni, Sant Joan Despí i Hospitalet, el 1988 es va traslladar a Barcelona, on durant gairebé vint-i-cinc anys va distingir-se en l'exercici de la professió notarial al seu despatx de la Rambla Catalunya, fins a la seva jubilació, que va voler anticipar per raons personals al moment de complir els seixanta-cinc anys.

Gabriel Suau va tenir un paper actiu en el debat corporatiu. Tot junt amb el seu gran amic Eladi Crehuet i altres destacats notaris catalanistes, el 1995 va ser un dels fundadors i després membre actiu de l'Associació Notarial Àpoca, així com de la Revista que porta el mateix nom, de la que n'ha estat un reeixit col·laborador habitual. Els notaris d'Àpoca han fet una molt bona tasca tots aquests anys en la defensa i l'impuls de l'ús del català en els documents notarials, així com en la reivindicació d'un tipus de notariat arrelat al país i proper al ciutadà. El seu ideari sempre ha tingut una certa inspiració en el model de notari, savi i conseller, que Josep Pla va lloar als seus llibres i, de manera especial, a l'obra mestra "El pagès i el seu món". Vivim en una societat que canvia vertiginosament i que cada cop és més global i digital, fet que obliga a totes les professions a renovar-se en profunditat, però com bé malden Suau i els companys d'Àpoca, això s'ha de fer mantenint la fidelitat als valors que ens van llegar els nostres il·lustres predecessors. Només cal fer un petit recorregut pel milers de volums del tresor que és l'Arxiu de Protocols del Col·legi de Notaris, que abasten del segle XIII fins l'actualitat, per fer-se càrrec d'aquesta herència notarial de prestigi i responsabilitat.

L'Any 2010, amb ocasió del cinquantè aniversari de la Compilació de Dret Civil de Catalunya, des de la Junta Directiva del Col·legi de Notaris li vàrem encomanar a en Suau, per la seva ascendència i tarannà de consens, que presidís la Comissió encarregada d'organitzar els actes commemoratius de l'esdeveniment. Recordo que em va dir: "Degà, moltes gràcies, però prefereixo que no em doneu títols, no m'agraden gaire. No et preocupis, ja me n'ocuparé, ja farem bona feina amb els companys". Així va ser i, amb els altres notaris que integraven la Comissió, van impulsar un seguit de brillants iniciatives que tingueren el seu punt culminant amb la col·locació per part de la Consellera de Justícia de la Generalitat, Montserrat Tura, d'una placa en memòria dels compiladors al vestíbul d'entrada de la seu del Carrer del Notariat. Tot plegat ben segur que va influir en la decisió del Govern de concedir aquell mateix any al Col·legi de Notaris la Creu de Sant Jordi en reconeixement del paper de sempre dels notaris catalans en la defensa i desenvolupament del dret civil català.

L'amic Gabriel Suau fou un home modest i irònic, intel·ligent i murri, alhora que tolerant i afable, moderat i conciliador, tot i que de conviccions fermes i profundes, dotat d'uns amplis coneixements jurídics i culturals. Estimà intensament, de tot cor, a Catalunya i a Mallorca, que veia agermanades i unides per la llengua, la història i la cultura. Escrigué en una català ric i puclre, d'elegant i melodiós to insular. Sovint digué que es sentia notari de poble, però el ben cert és que fou un excel·lent notari de Barcelona, que es va guanyar el respecte i l'estima general tant de la seva fidel clientela com dels seus companys de professió. Durant més de tres dècades ha estat un notari exemplar i un referent d'ètica i dignitat del Col·legi de Notaris de Catalunya. El seu record perdurà.

Joan Carles Ollé i Favaró
Degà President del Col·legi de Notaris de Catalunya

* Obituari publicat a La Vanguardia el passat 27 de maig.

Normes per a la publicació de treballs a *LA NOTARIA*

1. **CORRESPONDÈNCIA.** Els originals es remetràn, en qualsevol cas, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

La primera 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 línies (alineades al marge dret).

2. **REMISSIÓ I FORMAT.** Cal enviar l'original per correu electrònic i *necessàriament* en format Word (de forma excepcional i prèvia autorització, caldrà enviar-lo en format convertible).

3. **EXTENSIÓ DELS TREBALLS:** Els treballs han de ser *originals*, sense que s'hagin publicat amb anterioritat ni en paper ni en qualsevol altre format. L'acceptació s'entendrà revocada automàticament si es publiquen en l'interim, excepte de forma excepcional i prèvia autorització, en idiomes que no siguin els de treball de la revista o en formats no habituals.

— Els articles *doctrinals* han de tenir una extensió d'unes 30 cares de foli (inclosos les notes, les conclusions, la bibliografia i els annexos), en *Times New Roman* 12, espai senzill i amb notes a peu de pàgina en *Times New Roman* 10.

— Els articles *pràctics* no han de superar les 10/15 cares de foli.

— Els comentaris de sentències o resolucions, unes 5 cares de foli, sempre amb divisió en els corresponents epígrafs i subepígrafs.

4. **ACEPTACIÓ.** La redacció de la revista acusarà recepció, mitjançant correu electrònic, dels treballs que li arribin i els passarà a *informe confidencial*. El resultat dels informes es comunicarà als interessats (en el termini de temps més breu possible, d'acord amb les normes habituals) i només podrà ser un dels següents:

— L'acceptació del treball i el número en què es publicarà.

— L'acceptació sempre que s'adapti l'extensió o la presentació del treball.

— La no acceptació del treball.

5. **PUBLICACIÓ.** S'indicarà el número de la revista on es publicaran els treballs acceptats, llevat que, per circumstàncies excepcionals, s'hagi de posposar. En aquest cas, es comunicarà amb l'antelació suficient.

6. **NORMES D'EDICIÓ.** Cal remetre *necessàriament* els articles *doctrinals* en català o castellà (l'autor ha d'acceptar la traducció a l'una o altra llengua, atès el caràcter bilingüe de l'edició de *La Notaria*; en el cas d'altres llengües, serà necessària una autorització). A més, els articles han de tenir un apartat bibliogràfic, que no serà necessari en els articles *pràctics* o en els comentaris de sentències o resolucions.

— No pot utilitzar-se *negreta* (excepte en els 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.



Tota l'actualitat del Col·legi a un sol click

Pots consultar la revista La Notaria,
altres publicacions i tota l'actualitat a
www.notarisdecatalunya.org

I també pots accedir a l'Arxiu Històric
de Protocols de Barcelona, conèixer la
Fundació dels Notaris de Catalunya,
informar-te sobre l'Acadèmia d'Opositors
de Catalunya...

**Tot això i molt més. Així de fàcil,
així de còmode, així de ràpid.**